

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA 2ª DE DECISIÓN ORAL
MAGISTRADA PONENTE: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, 02 de Julio de 2021

Radicación:	17001 33 39 008 2017 00533 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento Del Derecho
Demandante:	Isabel Patricia Castro Núñez
Demandado:	Colpensiones
Providencia:	Sentencia No. 2

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª de Decisión Oral, integrada por la Magistrada PATRICIA VARELA CIFUENTES en calidad de ponente, el Magistrado DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS y el Magistrado AUGUSTO MORALES VALENCIA, procede a dictar sentencia por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de octubre de 2019 proferida por la señora jueza 8ª Administrativa del Circuito de Manizales con la cual negó parcialmente las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, solicita:

“PRIMERA: Que se declare nula la Resolución SUB 9578 de Marzo 16 de 2017, expedida por el Doctor FELIPE ARTURO LEMUS RAMOS, Subdirector de Determinación I (A) COLPENSIONES, a través de la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación a la señora ISABEL PATRICIA CASTRO NÚÑEZ.

SEGUNDA: Que se declare nula la Resolución DIR 6629 de Mayo 25 de 2017, expedida por el Doctor LUIS FERNANDO UCROS VELÁSQUEZ, DIRECTOR DE PRESTACIONES ECONÓMICAS COLPENSIONES, a través de la cual se resuelve el recurso de apelación, ordenando la reliquidación de la pensión de Jubilación a la señora ISABEL PATRICIA CASTRO NÚÑEZ, pero no en la forma prevista en el Artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

TERCERO: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a la entidad demandada a proferir un nuevo acto administrativo por medio del cual reliquide la pensión de jubilación de ISABEL PATRICIA CASTRO NÚÑEZ, a partir del 26 de Septiembre de 2.011, con base en el promedio de salarios y demás prestaciones económicas devengadas durante el último año de servicios, el cual se encuentra comprendido entre el 21 de Marzo de 1.999 y el 21 de Marzo de 2.000, en el cual se incluya como **SALARIO:** Además de la asignación básica mensual, el 15% de incentivo, el recargo nocturno y los dominicales; y como **FACTORES SALARIALES:** La prima de vacaciones, la prima de antigüedad, la prima de servicios; la prima de navidad y demás prestaciones económicas y demás factores salariales.

CUARTA: A título de Restablecimiento del Derecho, también solicito que se ordene a la entidad demandada a actualizar la base de liquidación para obtener el valor de la primera mesada pensional desde el año 2.000 hasta el año 2.011, año en el cual mi mandante adquirió el status de jubilada.

QUINTA: A título de Restablecimiento del Derecho, también solicito que sobre las sumas que resulte adeudar a favor de ISABEL PATRICIA CASTRO NÚÑEZ el ente demandado dé cumplimiento a la sentencia conforme lo establece el artículo 176 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que si no da cumplimiento al fallo dentro del término legal reconozca los intereses moratorios de que trata el Artículo 177 del CPACA.

SEXTA: A título de Restablecimiento del Derecho, también se ordenará indexar los valores adeudados a mi poderdante desde el día 26 de Septiembre de 2.011, fecha a partir de la cual se causó el derecho a la pensión de jubilación.

[...]

2. Hechos.

La parte actora fundamentó sus pretensiones en los hechos que se narran a continuación:

La demandante nació el 26 de septiembre de 1956 y para el 30 de junio de 1995 contaba con 35 años de edad, haciéndose beneficiaria del régimen de transición. Laboró al servicio del Hospital de Caldas durante el periodo comprendido entre el 01 de mayo 1976 y el 21 de marzo de 2000. Mediante la Resolución No. 2221 del 26 de junio de 2012, el ISS reconoció la pensión de vejez a la demandante. Contra dicha decisión interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, con el objeto de obtener la reliquidación de la pensión con todos los factores devengados en el último año de servicio y la indexación de la primera mesada pensional.

Por medio de la Resolución 249644 del 18 de agosto de 2015, la Administradora de Pensiones aumentó el valor de la mesada pensional.

El 6 de marzo de 2017 la demandante solicitó la reliquidación de la pensión con el último año de servicio, esto es, entre el 21 de marzo de 1.999 y el 21 de marzo de 2.000¹, actualizando con el IPC la base de liquidación desde el año 2.000 hasta el año 2.011, fecha en la cual la actora adquirió el estatus de pensionada. La anterior petición fue negada con la Resolución No. SUB 9578 de marzo 16 de 2017, expedida por Colpensiones. Contra dicho acto administrativo se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por medio de la Resolución DIR 6629 de mayo 25 de 2017, ordenando la reliquidación de la pensión pero no en la forma prevista en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

3. Normas violadas y concepto de violación.

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

Se arguye en la demanda que la parte actora es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto está amparada por el régimen anterior contemplado en la Ley 33 de 1985 en atención al tiempo laborado como empleada pública. Se afirma que la pensión debe ser reliquidada con el 75% del salario devengado en el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales percibidos en dicho lapso, estipulados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Citó la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 14 de diciembre de 2011, radicado 19001233100020050173601, para sustentar su solicitud de que se tengan en cuenta todos los factores percibidos por la demandante como contraprestación por sus servicios. Así mismo, se refirió al alcance de la sentencia C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, proferidas por la Corte Constitucional.

4. Contestación de la demanda.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos adujo que unos son ciertos y otros no lo son.

Propuso como excepciones las que denominó:

¹ La señora Castro Núñez tuvo una licencia no remunerada durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2.000 y el 30 de marzo de 2.000, razón por la cual los salarios y factores salariales para obtener el valor de la primera mesada pensionada deben tenerse en cuenta durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1.999 y el 30 de diciembre de 1.999.

“Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional”, “Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados”, “improcedencia de reliquidar la prestación pensional”, “Prescripción del reajuste a la mesada pensional”, “Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA”, “Buena fe” y “declarables de oficio”. Concluye que no es procedente la reliquidación de la pensión en los términos solicitados por la parte demandante comoquiera que la postura jurisprudencial imperante fija las reglas a determinar el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, de modo que no es lo devengado en el último año de servicio sino el promedio de los últimos diez años lo que sirve de base para la liquidación, aunado a lo factores señalados en el Decreto 1158 de 1994 únicamente. (fls. 142 – 154, C. 1)

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales profirió sentencia el 28 de octubre de 2019 mediante la cual resolvió:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda en cuanto a la pretensión de reliquidación de la pensión a favor de la demandante.

SEGUNDO.- DECLARAR NO PROBADA la excepción de “AUSENCIA DEL DERECHO RECLAMADO – APLICACIÓN NORMATIVA Y RELIQUIDACIÓN PENSIONAL”, “IMPROCEDENCIA DE TOMAR TODOS LOS FACTORES SALARIALES DEVENGADOS” E “IMPROCEDENCIA DE RELIQUIDAR LA PRESTACIÓN PENSIONAL” formuladas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES frente a la pretensión de indexación.

TERCERO.- DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución SUB 9578 del 16 de marzo de 2017 y de la Resolución DIR 6629 del 25 de mayo de 2017.

CUARTO.- A título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a reconocer y pagar a **ISABEL PATRICIA CASTRO NÚÑEZ**, la suma resultante de:

-Actualizar el monto de la pensión de jubilación de la fecha de retiro de la demandante – 21 de marzo de 2000 -, a la fecha en que adquirió el estatus pensional – 26 de septiembre de 2011, aplicando para ello la fórmula establecida [...]

Actualizada en esos términos la base de liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, COLPENSIONES pagará la diferencia que resulte entre lo que pagó y lo que debió pagar en cada uno de los meses transcurridos entre la fecha en que adquirió el estatus pensional – 26 de septiembre de 2011 – y a fecha de cumplimiento de la sentencia, tomando en consideración los reajustes de ley en cada uno de esos años.

Las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado y lo que debió pagarse en virtud de esta providencia, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la fórmula [...]

QUINTO.- NO SE CONDENA EN COSTAS [...]

Como sustento de su decisión, el a quo citó la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, en la cual fijó las reglas a tener en cuenta para la liquidación de pensiones amparadas por el régimen de transición de la ley 100 de 1993.

En cuanto a la indexación de la primera mesada pensional citó la sentencia C-862 -06 del 19 de octubre de 2006, proferida por la Corte Constitucional, en donde aquello se reconoce como un derecho constitucional de los pensionados a fin de mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional. Así mismo, citó otros pronunciamientos emanados del Consejo de Estado en donde se argumenta en favor de dicho reconocimiento.

De las pruebas obrantes en el proceso extrajo que la señora Castro Núñez es titular de una pensión de vejez reconocida mediante la Resolución No. 2221 del 26 de junio de 2012, a partir del 26 de septiembre de 2011.

El 6 de marzo de 2017 la demandante presentó solicitud de reliquidación de la pensión con fundamento en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 tomando como base de liquidación el promedio de salarios y demás prestaciones económicas devengadas durante el último año de servicios, comprendido entre el 21 de marzo de 1999 y el 21 de marzo de 2000. Así mismo, solicitó la actualización de la base de liquidación con base en el IPC desde el año 2000 hasta el año 2011, fecha en la cual adquirió el status pensional. Mediante Resolución SUB 9578 de marzo 16 de 2017, Colpensiones negó la reliquidación de la pensión, acto frente al cual se interpuso recurso de apelación que fue resuelto a través de la Resolución DIR 6629 del 25 de mayo de 2017, ordenando la reliquidación de la pensión en cuantía mensual de \$810.621 a partir del 26 de septiembre de 2011

La pretensión de reliquidación con todos los factores devengados en el último año de servicio fue negada por la jueza de primera instancia con fundamento en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, en donde se establecen las subreglas para determinar el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; al respecto, encontró que el promedio de los últimos diez años aplicado por Colpensiones para determinar el IBL de la pensión de la demandante, se encuentra ajustado a las reglas sentadas por la Alta Corporación.

En torno a la solicitud de indexación de la primera mesada pensional, se determinó que: i) la demandante prestó sus servicios hasta el 21 de marzo de 2000; ii) Adquirió el estatus pensional el 26 de septiembre de 2011, fecha en la cual cumplió 55 años de edad; iii) La

pensión fue reconocida mediante la Resolución 2221 del 26 de junio de 2012, a partir del 26 de septiembre de 2011. En consecuencia, consideró que el salario liquidado en el acto de reconocimiento pensional estaba devaluado para la fecha de adquisición del status pensional, pues el último salario devengado por la actora lo fue en el año 2000 mientras que la consolidación del derecho a la pensión solamente tuvo lugar hasta el año 2011, data en la cual cumplió la edad legamente requerida para esos efectos. Concluyó que la base de liquidación pensional debe ser actualizada entre la fecha de retiro del servicio y la fecha de adquisición del estatus pensional, de conformidad con el mandato constitucional contenido en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia. (fls. 173 Vltm-181, C. 1)

6. Recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia al considerar que en calidad de beneficiaria del régimen de transición tiene derecho a que su pensión sea reconocida de conformidad con la Ley 33 de 1985 tomando para ello los salarios y factores salariales devengados en el último año de servicios, el cual se encuentra comprendido entre el 1° de enero de 1999 y el 30 de diciembre de 1999. Considera que se debe tomar en cuenta, además del salario básico, el 15% del incentivo y como factores salariales, la prima de servicios, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de antigüedad y demás factores salariales, actualizando con el IPC la base de liquidación desde el año 2000 hasta el año 2011, fecha de adquisición del estatus pensional. Añade que las reliquidaciones efectuadas por Colpensiones se hicieron bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993.

Considera que la tesis acogida por el a quo no es justa ni equitativa para la señora demandante, pues constituye una regresión de los derechos laborales y una violación flagrante del artículo 334 de la Constitución Política. Aduce que el mismo Consejo de Estado en sentencia del año 2017 hace un análisis del tema con el objeto de no modificar su tesis y respetar el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (fls. 184-193, C. 1)

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

6.1. Parte demandante.

Guardó silencio.

6.2. Parte demandada.

Reitera los argumentos expuestos en primera instancia en torno a la tesis que se aplica con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (SU-230 de 2015, C-395 de 2017) y del Consejo de Estado (SU 52001-23-33-000-2012-00143-01 del 28 de agosto de 2018); indica que el derecho pensional se adquiere con los requisitos de edad, tiempo de servicios/semanas cotizadas y monto, contemplados en el régimen anterior al cual se encontraran afiliados, sin remisión a norma anterior para la aplicación del IBL, ya que este aspecto no fue sometido a tránsito legislativo.

Indica que la pensión de la parte demandante fue liquidada con el promedio de los últimos diez años y los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994. Agrega que, los factores salariales pretendidos no son considerados como aquellos sobre los cuales se deba aportar, motivo por el cual tampoco pueden ser tenidos en cuenta al momento de liquidar la prestación pensional. (fls. 7 – 10, C. 2)

7. Concepto del Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que por esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales dicha entidad negó la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios; consecuentemente, se ordene la reliquidación de la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, esto es, con el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios.

La entidad demandada, por su parte, se opone a las pretensiones de la demanda pues según dice, dichos actos administrativos fueron expedidos de conformidad con el régimen de transición a que tenía derecho la parte actora, quien acreditó los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, procediendo a aplicar una tasa de reemplazo del 75% sobre el IBL de los últimos diez años.

1. Problemas Jurídicos.

- 1.1. ¿Cuál es el régimen legal aplicable a la situación pensional de la demandante?
- 1.2. ¿Procede el reajuste de la pensión de vejez con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

2. Del régimen pensional aplicable a la parte demandante.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, estableció en el artículo 11 -modificado luego por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003-, que **“Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo...”** /Subraya la Sala/.

El Sistema General de Pensiones (Ley 100 de 1993) entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional (art. 1º Decreto 691 de 1994), mientras que para los servidores públicos del orden territorial a más tardar el 30 de junio de 1995 (arts. 1 y 2); luego, el canon 36 de la Ley 100 de 1993 estipuló en lo pertinente que:

“...La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en Vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley...”

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos...” /Destacado también de la Sala/.

Siguiendo la normativa en cita, en el *sub lite* se pudo establecer que la señora Isabel Patricia Castro Núñez, al treinta (30) de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93, contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 26 de septiembre de 1956 /fl. 189, C. 1/, de suerte que es beneficiaria del régimen de transición a que alude el precepto 36 parcialmente transcrito. Es de agregar que a dicha fecha, contaba con más de 15 años de servicio público, pues su vinculación al Hospital de Caldas E.S.E. inició el 1º de mayo de 1976 sin solución de continuidad hasta la fecha de retiro que lo fue el 21 de marzo de 2000, aclarando que la señora Castro Núñez tuvo una licencia no remunerada durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2.000 y el 30 de marzo de 2.000, razón por la cual los salarios y factores salariales para obtener

el valor de la primera mesada pensional deben tenerse en cuenta hasta el 30 de diciembre de 1.999.

El régimen previsto para los servidores públicos con anterioridad a la Ley 100/93 se encuentra contenido en la Ley 33 de 1985², en cuyo artículo 1º señala:

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

En el expediente administrativo allegado al proceso, se observa que la demandante prestó sus servicios al Hospital de Caldas ESE durante más de 20 años, en calidad de empleada pública.

Con base en lo expuesto, es diáfano para la Sala que la accionante se encuentra cobijada por el régimen pensional de la Ley 33/85.

Precisado el régimen pensional aplicable, procede la Sala a determinar los factores salariales que resultaban aplicables a la liquidación pensional de la parte demandante.

3. Del Ingreso Base de Liquidación – IBL.

En el sub lite, se tiene que la accionante es beneficiaria del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y por ende, su situación pensional se halla gobernada por la Ley 33 de 1985. Ahora, el debate se circunscribe al alcance de los beneficios de la transición y los factores salariales a tener en cuenta en el cómputo pensional.

La citada Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, en sus artículos 1º y 3º previó:

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

(...)

***Artículo 3º** “Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha*

² Modificada por la Ley 62 del mismo año.

Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en jornada de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”-/Resalta la Sala/.

Como se vislumbró desde la etapa primigenia del proceso, el marco de discusión se contrae a la inclusión o no del ingreso base de liquidación (IBL) dentro del catálogo de beneficios previstos por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y a partir de ahí, si el IBL que debe tomarse en consideración es el contenido en las normas anteriores o si por el contrario, al quedar excluido de la transición, este aspecto en concreto ha de entrar a gobernarse por las previsiones del sistema pensional general que entró en vigencia el primero (1º) de abril de 1994.

El debate jurídico sobre el particular se enmarca en el contexto de posturas jurídicas encontradas, puntualmente a raíz de la adoptada por la Corte Constitucional que tiene como hitos jurídicos las providencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en las que se separó de la hermenéutica que el Consejo de Estado –y el mismo Tribunal Constitucional- venían otorgando al alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En relación con este tema, este Tribunal ha venido interpretando de manera pacífica y reiterada que cuando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone que “*La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez*” serán los previstos en el régimen anterior, ha de entenderse que en este último concepto se incluyen tanto la tasa de reemplazo como el ingreso base de liquidación (IBL) que contenían las normas precedentes a su vigencia, pues una intelección opuesta vulnera el principio de inescindibilidad normativa y de contera, crea un tercer régimen pensional no previsto por el legislador.

En consecuencia con esta línea de argumentación, el Tribunal también ha sostenido que la Ley 33 de 1985 ilustra que, así se hagan aportes a la Caja de Previsión basados en rubros distintos de los enlistados en el inciso segundo del artículo 3º, las pensiones se liquidarán teniéndolos en cuenta, intelección que se acompasa con lo estipulado en el canon 1º también trasunto³, y que se complementa con la definición de salario

³ Ver entre muchas otras, sentencias del 16 de junio de 2015, Exp. 2013-00299-02 y Exp. 2013-00369-02. M.P. Augusto Morales Valencia.

trazada por el Consejo de Estado, que lo define en su jurisprudencia como “*lo que el trabajador recibe en forma habitual o a cualquier título y que implique retribución ordinaria permanente de servicios, sea cual fuere la designación que las partes le den*”⁴.

El otro de los fundamentos que había venido tomando esta colegiatura como soporte de su hermenéutica se hallaba en la postura -también reiterada- del órgano de cierre de esta jurisdicción, que en varias oportunidades insistió⁵ en lo pregonado en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, de cuatro (4) de agosto de 2010⁶, por cuyo ministerio:

“(…) Así, esta Sala en la sentencia de Sección del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Expediente No. 0112-2009, Actor: Luis Mario Velandia, unificó los criterios en mención, para llegar a la conclusión de que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios...”. /Resalta la Sala/.

Sin embargo, ante la irrupción de la nueva postura interpretativa de la Corte Constitucional introducida en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, el Consejo de Estado reforzó su doctrina, y en fallo de veinticinco (25) de febrero de 2016, sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda⁷, ratificó una vez más la postura asumida por este Tribunal en cuanto a la aplicación del IBL del último año de servicios a los beneficiarios de la transición consagrada en la Ley 100 de 1993.

En síntesis, el máximo órgano de esta jurisdicción especializada acudió a la postura que de forma reiterada había plasmado frente a este tema específico⁸, corroborando que cuando las normas de transición contienen el concepto de “monto” de la pensión, este hace referencia no solo a un porcentaje, como quiera que este es un mero dato abstracto, sino a la suma de las partidas o promedio de los factores salariales devengados por el trabajador, a lo cual añadió que el Decreto 1158 de 1994 establece el Ingreso Base de Cotización (IBC) y no el Ingreso Base de Liquidación (IBL), que en el caso de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, debía continuar rigiéndose por las normas anteriores al primero (1º) de abril de 1994.

⁴ Sentencia del 19 de febrero de 2004, Sección Segunda, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, fecha: 4 de agosto de 2010, Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01.-, Número Interno: 0112-2009.-, Actor: Luis Mario Velandia.

⁷ Sentencia de veinticinco (25) de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 25000234200020130154101.

⁸ Acudió a la Sentencia de 21 de junio de 2007, Radicado 0950 de 2006, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

En la misma providencia, el Consejo de Estado convalidó la postura plasmada en la Sentencia de Unificación de cuatro (4) de agosto de 2010 con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila en el expediente Rad. 0112-2009 (citada líneas atrás), en punto a la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios en aras de establecer el monto de la pensión.

Respecto a la posición introducida en la Sentencia C-258 de 2013 por la Corte Constitucional, el supremo tribunal de esta jurisdicción indicó que no era posible extender la hermenéutica allí plasmada a la generalidad de los casos, básicamente por cuanto, (i) tal decisión aborda el estudio de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que consagra un régimen pensional de privilegio, y no la generalidad de beneficiarios de los regímenes anteriores a la Ley 100/93; (ii) las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 tienen justificación y racionalidad y no hicieron parte del examen de constitucionalidad, con lo cual no pueden extenderse sus efectos; y (iii) el Consejo de Estado ya hace varios años ha determinado que la enunciación de factores salariales de las Leyes 33 y 62 de 1985 no es taxativa, pronunciamiento que constituye precedente para los funcionarios de esta jurisdicción especializada.

Por su parte, en relación con la Sentencia SU-230 de 2015, que adoptó como precedente frente al régimen de transición en pensiones la argumentación consignada en la sentencia C-258 de 2013 ya referida, el Consejo de Estado planteó que dicha providencia avala la postura que sobre el particular ha mantenido la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en el marco de sus competencias y en concreto, en el escenario decisonal de la jurisdicción ordinaria.

El temperamento jurídico esbozado hasta este punto, que había permitido a este Tribunal mantener la posición del órgano supremo de esta jurisdicción, fue morigerado en cuanto a sus límites temporales con la expedición de la Sentencia T-615 de 2016, en la que adujo la Corte Constitucional que el precedente jurisprudencial consignado en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 sólo resultaba obligatorio para aquellos casos en los que se dictara sentencia con posterioridad a la ejecutoria de esta última, anotando en todo caso que si el estatus pensional se había adquirido antes de la ejecutoria de la providencia primeramente citada (C-258 de 2013), el criterio interpretativo esbozado por el Tribunal constitucional no resultaba obligatorio.

En el caso de este Tribunal Administrativo, se aplicó esta regla por un breve lapso, hasta cuando la Sentencia T-615 de 2016 fue declarada nula a instancias del mismo tribunal constitucional con Auto N° 229 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amaris).

Finalmente, la Corte Constitucional se pronunció una vez más sobre la interpretación que en su criterio debe dársele al régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993. Dicho pronunciamiento se halla en la Sentencia SU-395 de 2017⁹, de la cual el tribunal extracta lo pertinente:

(...) 10.2.2.1. Este caso se refiere al reconocimiento de la pensión de jubilación a un beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 con un monto del 75% liquidado con el IBL de la Ley 100 de 1993 que, al pretender la reliquidación de su mesada pensional con base en el último año de servicios -Ley 33 de 1985 y factores salariales de la Ley 62 de 1985- inició proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual ordenó la reliquidación de la mesada con base en el 75% de lo devengado por el demandante en el último año de servicio oficial con la inclusión de todos los elementos salariales percibidos. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó parcialmente lo decidido al incluirse la prima de bonificación -por no ser elemento salarial- y haberse compensado los aportes de los demás elementos salariales incluidos en la liquidación. (...)

10.2.2.2. Sobre las anteriores consideraciones, la Sala Plena estima que se configuran los defectos endilgados en la demanda de tutela por las siguientes razones:

*(...) Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a "monto de pensión" como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, **está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación**. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.*

En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

A través de las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a la Corte Constitucional le correspondió estudiar la constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin dejar lugar a dudas sobre el alcance del inciso tercero, en cuanto a que el mismo determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo.

Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: "Artículo 4º. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan". De manera que las consideraciones esbozadas sobre la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aplicables al caso concreto y, en general, a quienes se reqían por la Ley 33 de 1985. No obstante todo lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, interpretó dichas disposiciones de manera evidentemente contraria a como ha sido esbozado, desconociendo lo establecido expresamente por el legislador, así como lo dispuesto en la Sentencia C-168 de 1995.

⁹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

A este respecto, la sentencia impugnada concluyó que el inciso tercero sólo se habilita cuando el régimen anterior aplicable en el caso concreto no establece una norma expresa que determine el ingreso base de liquidación. Así las cosas, encontró también que el monto de la pensión incluía no sólo la tasa de reemplazo, sino también el Ingreso Base de Liquidación, los factores salariales y los demás elementos constitutivos de la liquidación. Perspectiva bajo la cual se advierte un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa de la Constitución.

Y aun cuando en sentencias de tutela posteriores a la Sentencia C-168 de 1995 se haya ordenado la reliquidación de pensiones al entender que la expresión “monto de la pensión” incluía ingreso base de liquidación, éstas simplemente ostentan un efecto inter-partes que no tiene la virtualidad de subsanar el defecto advertido en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

El Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6, introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual, Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Y, en cuanto al régimen de transición, hizo remisión a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...) En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Por último, cabe recordar que la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 sobre régimen especial de Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sostuvo que, no obstante que el Acto Legislativo 01 de 2005 haya respetado la existencia de un régimen de transición en materia pensional, “impuso límites temporales y materiales. En cuanto a los beneficios y condiciones, la reforma constitucional remitió a lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que establece que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les apliquen las normas pensionales anteriores, en relación con la edad, el tiempo de cotización o servicios prestados, y el monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo. Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, se sujetan a las disposiciones contenidas en el sistema general de pensiones”.

10.2.2.3. Por lo anterior, habrá de ser revocada la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta- el 11 de agosto de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en contra de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual denegó por improcedente la acción de tutela. En su lugar, se concederá la protección del derecho fundamental al debido proceso” /Líneas y resaltados son de la Sala/.

En igual sentido, el Consejo de Estado unificó su postura en la sentencia de veintiocho (28) de agosto de 2018¹⁰, en la cual indicó el Ingreso Base de Liquidación que debe tenerse en cuenta para las personas beneficiarias del régimen de transición:

¹⁰ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P.: César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-0143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: UGPP.

*“91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. **El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.** La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.*

(...)

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 hiciere 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.”

Asimismo, en la misma providencia esa Alta Corporación señaló que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional de los servidores públicos beneficiarios de la transición, deben ser únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes al sistema pensional.

Rectificación Jurisprudencial:

Tanto la sentencia SU-395 de 2017 y la de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018, marcan un precedente de especial incidencia en la interpretación del tema que ocupa la atención de esta Sala. A diferencia de las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, la primera providencia sí se refiere puntualmente al contenido del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aludiendo en especial a los servidores públicos, a tal punto que la decisión allí contenida revocó varias sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado que hacían parte de la línea de entendimiento tradicionalmente asumida por esta jurisdicción especializada.

En el nuevo pronunciamiento, la Corte Constitucional hace énfasis de manera contundente en que la interpretación constitucionalmente válida frente al citado régimen transicional en materia pensional involucra componentes esenciales que pueden

sintetizarse así: **(i)** el régimen de beneficios consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene la edad, el número de semanas cotizadas o tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendido exclusivamente como tasa de reemplazo o porcentaje; **(ii)** por el contrario, el Ingreso Base de Liquidación (IBL) se rige por las normas del sistema pensional general (Ley 100/93), pues no integra el ámbito de la transición; **(iii)** los factores salariales hacen parte de la base pensional o IBL y no del “monto” de la prestación, por lo que serán los señalados en los Decretos 691 y 1158 de 1994; y **(iv)** se ratifica el mandato de correspondencia entre las cotizaciones y el reconocimiento pensional, por lo que los factores que no sean objeto de aportes al sistema no se verán reflejados en la liquidación del derecho reconocido.

Como se anotó líneas atrás, el contenido de la transición ha atravesado por diversas posibilidades hermenéuticas, dentro de las cuales este Tribunal había adoptado de manera uniforme la que señalaba al IBL como parte integrante del catálogo de beneficios, y con ello, la posibilidad de reconocer todos los factores salariales y la base de liquidación de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Sin embargo, el hecho de que el último precedente constitucional aluda de manera directa a la situación de ex servidores públicos beneficiarios de la transición y cobijados por decisiones del máximo órgano de esta jurisdicción, revela sin lugar a equívocos que el marco de aplicación de la hermenéutica introducida por el Tribunal Constitucional se extiende a aquellos litigios que involucran la generalidad de los regímenes pensionales anteriores a 1994 y no solo aquellos especiales inicialmente abordados en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Todo ello teniendo en cuenta además la postura adoptada por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, pues la sentencia de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018 determinó las reglas aplicables en los casos de aquellos beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, estableciendo claramente que el IBL a tener en cuenta es aquel contenido en el inciso 3º del mencionado precepto y que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional son solo aquellos sobre los cuales se hayan realizado los respectivos aportes.

Con base en ello, y atendiendo a que en los términos de la guardiana de la Carta esta es la interpretación constitucionalmente admisible del beneficio de la transición y a la posición del H. Consejo de Estado fuerza que el Tribunal rectifique la postura hasta ahora esbozada y en consecuencia, acoja en adelante el precedente constitucional desarrollado con amplitud en la Sentencia SU-395 de 2017 y el precedente vertical obligatorio de la sentencia emanada del H. Consejo de Estado el veintiocho (28) de agosto de 2018.

4. El caso concreto.

Conclusión de lo dilucidado, y habida consideración de que las pretensiones de la demanda se contraen a la aplicación del IBL y demás factores salariales de la Ley 33 de 1985 respecto de la liquidación de la pensión de la parte demandante en su calidad de beneficiaria de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dable es concluir que le asiste razón a Colpensiones cuando afirma que no procede la reliquidación de la pensión de la parte actora con la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio.

Por ende, la entidad de previsión se sujetó a los mandatos del Decreto 1158 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.3 del Decreto 1833 de 2016, para determinar los factores salariales a incluir en la base de liquidación, norma que consagra lo siguiente:

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

Atendiendo a la postura adoptada por este Tribunal, el IBL de la Ley 33 de 1985 no es aplicable a la demandante en razón del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de su pensión son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Respecto a los argumentos de la parte recurrente en cuanto al precedente de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, es menester indicar que dicha posición estuvo vigente en cuanto a la interpretación de la transición del artículo 36 de la Ley 100/93, la cual luego fue reevaluada el 28 de agosto de 2018 a raíz de los distintos pronunciamientos tanto de esa Corporación como de la Corte Constitucional sobre las reglas de aplicación en la liquidación pensional, por lo que esta sentencia constituye de obligatorio acatamiento, ello teniendo en cuenta que según los dictados de los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, son tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contenciosa administrativa, al paso que la Corte Constitucional, al ser el órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución, tienen el

deber de unificar la jurisprudencia, de tal manera que sus pronunciamientos se erigen en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.

Es de iterar que el beneficio de la transición no comprende el derecho a que la pensión sea liquidada con el IBL del régimen anterior y por lo tanto, aunque la pensión deba ser reconocida al amparo de la Ley 33 de 1985, no lo será con todos los factores devengados en el último año de servicios sino con el promedio de lo devengado en los últimos diez años y los factores expresamente señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, teniendo claro que no procede la liquidación de la pensión en los términos solicitados por la parte demandante – 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios – la conclusión a la que se arriba en esta instancia es aquella según la cual, la pensión tal y como fue reconocida por la entidad accionada se ajusta a derecho.

En conclusión, se confirmará la sentencia proferida el 28 de octubre de 2019 por la Jueza Octava Administrativa del Circuito de Manizales en el proceso de la referencia.

5. Condena en costas

En el presente asunto no se condenará en costas a la parte demandante, considerando el cambio de jurisprudencia que sobre el tema objeto del proceso tuvo lugar en la historia reciente de esta jurisdicción.

Con fundamento en lo anterior, la **Sala 2ª Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida el 28 de octubre de 2019 por la Jueza Octava Administrativa del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Isabel Patricia Castro Núñez contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

Cuarto: En firme la sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese

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

Los integrantes de la Sala 2ª Oral de Decisión,

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17001-23-33-000-2017-00602-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dos (02) de JULIO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 177

Procede el Despacho a dar cumplimiento a lo ordenado por el H. Consejo de Estado en proveído datado el 4 de mayo de 2020, y en ese sentido, se pronuncia nuevamente sobre el llamamiento formulado por la **E.S.E HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA** respecto de **LIBERTY SEGUROS S.A.**, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por la señora **DOLLY ARIZA OCAMPO Y OTROS**.

ANTECEDENTES

Mediante escrito visible de folios 191 a 195 del cuaderno principal, y obrando dentro del término de traslado de la demanda, la **E.S.E HOSPITAL SAN FÉLIX** formuló llamamiento en garantía frente a la compañía **LIBERTY SEGUROS S.A.**; como fundamento de dicha solicitud, afirmó que, para la época de ocurrencia de los hechos de la demanda, tenía vigentes pólizas de seguro con dicha aseguradora.

Con proveído datado el 24 de agosto de 2018, este Despacho dispuso rechazar la solicitud de llamamiento en garantía en mención, por considerar que el mismo no cumplía con los requisitos legales para su procedencia, pues no se allegó copia íntegra de los documentos necesarios que acreditaran la existencia de un vínculo contractual de seguro. Dicha decisión fue apelada oportunamente por el apoderado judicial de la **E.S.E HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA**.

El 24 de mayo de 2020, el H. Consejo de Estado dispuso revocar la decisión adoptada en primera instancia, y su lugar, ordenó a este Despacho admitir el

llamamiento en garantía formulado frente a **LIBERTY SEGUROS S.A.**, por considerar que la documentación aportada por la entidad resulta suficiente para advertir la existencia de una relación contractual.

Para resolver se,

CONSIDERA

El precepto 225 de la Ley 1437/11, señala en cuanto a la figura procesal que contrae la atención de esta Sala Unitaria lo siguiente:

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

El llamado, dentro del término que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito del llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.
2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.
3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.

4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen”.

De conformidad con la norma transcrita, el H. Consejo de Estado consideró que en el presente asunto, la documentación aportada por la **E.S.E HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA** resulta suficiente para acreditar el vínculo contractual de seguro con **LIBERTY SEGUROS S.A.**, pues constan las pólizas N° 1342 y 49179 suscritas por la entidad para cubrir eventuales condenas en su contra como consecuencia de responsabilidad civil extracontractual y de yerros cometidos por personal médico.

Por modo, acatando los lineamientos expuestos por el supremo tribunal de lo contencioso administrativo, se admitirá el llamamiento en garantía formulado por la **E.S.E HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA** frente a **LIBERTY SEGUROS S.A.**

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA** formulado por la sociedad la **E.S.E HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA** frente a **LIBERTY SEGUROS S.A.**, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **REPARACIÓN DIRECTA** promueven la señora **DOLLY ARIZA OCAMPO Y OTROS.**

NOTIFÍQUESE al representante legal de la compañía de seguros “**LIBERTY SEGUROS S.A.**” conforme lo dispone el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 anexando copia de este proveído, de la demanda y del escrito de llamamiento respectivo.

El llamado en garantía podrá responder al llamamiento dentro del término de **QUINCE (15) DÍAS** contados desde el día siguiente a la notificación personal de este proveído (art. 225 inc 2° L. 1437/11).

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17001-33-33-001-2018-00018-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dos (02) de JULIO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 176

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 1º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **EDIER VELÁSQUEZ CANO** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación fue dictada en audiencia, y no se detecta causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

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

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 1º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y**

¹ Ley 1437 de 2011.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por el señor **EDIER VELÁSQUEZ CANO** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL**.

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

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

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-33-003-2019-00079-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dos (2) de JULIO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 175

Procede el Despacho a decidir sobre el recurso de apelación conforme al art. 125 de la Ley 1437/11 con la modificación que le introdujo el precepto 20 de la Ley 2080/21, interpuesto contra el auto dictado en desarrollo de la audiencia inicial por el señor Juez 3º Administrativo de Manizales el 1º de junio de 2021, con el cual decidió negar la prueba testimonial deprecada por la parte demandante, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el **CONSORCIO DKALDAS PONAL 2018** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL**.

ANTECEDENTES

Mediante el libelo demandador visible de fls. 1 a 121 del cuaderno 1, solicitó la parte actora, entre otras pretensiones, declarar la nulidad de las Resoluciones N° 031 y 032 de 25 y 26 de abril de 2018, respectivamente, por las cuales se adjudicó el proceso de contratación PN MEMAZ SA MC 001 2018 al CONSORCIO OQUE, así como del consecuente contrato estatal PN MEMAZ N° 91-6-1001518.

En el acápite de petición de pruebas, la parte demandante solicitó al Juez de primera instancia decretar la prueba testimonial en los siguientes términos:

“Testimoniales:

Ruego al señor Juez receptionar el testimonio de las (sic) siguientes profesionales:

- *Ingeniero civil **JHON ALBERT CASTRO CABALLERO**, identificado con cédula de Ciudadanía No. 91.294.791.*
- *Contadora Pública **LEIDI JOANA CLAVIJO MUÑOZ**, identificada con cédula de Ciudadanía No. 1.112.762.176”.*

LA PROVIDENCIA APELADA

En desarrollo de la audiencia inicial llevada a cabo el 1º de junio último, el operador judicial de instancia decidió no decretar la recepción de los testimonios solicitados por la parte demandante, al estimar que dicha solicitud, tal como fue presentada, no reúne los requisitos exigidos por el artículo 212 del Código General del Proceso, puesto que no se indicó el domicilio o lugar de residencia donde podrían ser citados los profesionales, y tampoco se enunció el objeto de la prueba o los hechos sobre los cuales declararían.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Una vez dictada la decisión en la audiencia inicial, el apoderado de la parte demandante interpuso y sustentó oralmente el recurso de apelación contra el auto que negó el decreto de los testimonios solicitados, exponiendo que la declaración de los profesionales enunciados es fundamental para llevar al conocimiento sobre los hechos que sustentan la presente actuación, pues, agregó, se trata de un Ingeniero Civil, especialista en Contratación Estatal, que se referiría a la valoración técnica del proceso contractual, y de una Psicóloga, quien expondría que en el presente asunto se han causado no solo perjuicios materiales, sino también morales a la parte demandante.

Por su parte, la apoderada judicial de la POLICÍA NACIONAL, manifestó que en efecto de la solicitud de la prueba no es posible determinar los asuntos sobre los que tratará la prueba testimonial, y, por tanto, la solicitud no cumple con los requisitos exigidos por la Ley para ser decretada.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

La atención de esta Sala Unitaria se contrae en determinar si la solicitud de prueba testimonial presentada por el **CONSORCIO DKALDAS PONAL 2018** en el libelo introductor, cumple con los requisitos de ley para su decreto y práctica.

Los artículos 212 y 213 del Código General del Proceso disponen a la letra:

“ARTÍCULO 212. PETICIÓN DE LA PRUEBA Y LIMITACIÓN DE LOS TESTIMONIOS. Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos, y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba.

El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, mediante auto que no admite recurso.

ARTÍCULO 213. DECRETO DE LA PRUEBA. Si la petición reúne los requisitos indicados en el artículo precedente, el juez ordenará que se practique el testimonio en la audiencia correspondiente”.

De la lectura de los artículos citados, que tienen la clara finalidad que los testigos se pronuncien de manera concreta sobre los hechos que la parte pretende probar evitando sorpresas a la contraparte y poder garantizar legítimamente el derecho de defensa, resulta por ello claro para esta unidad judicial, que existen unos requisitos mínimos que deben ser acatados por la parte interesada en la prueba, a efectos de que sea decretada por el operador judicial.

Sobre el primero de los requisitos, relativo a la indicación del domicilio o lugar de ubicación de la persona llamada a testificar, el H. Consejo de Estado ha

sostenido que el mismo constituye una exigencia meramente formal, cuando es solicitado por una de las partes, en los siguientes términos¹:

“De otro lado, si bien al momento de solicitar el testimonio es requisito indicar el domicilio, residencia o lugar donde puede ser citado el testigo, conforme al artículo 212 del C.G.P., lo cierto es que el mismo solo es un requisito sustancial en los casos de que trata el artículo 217 *ibídem*, esto es, cuando la declaración del testigo sea decretada de oficio o la citación de éste sea requerida por el peticionario de la prueba. En este orden, **la omisión de este requisito en situaciones distintas a las atrás mencionadas no es razón suficiente para negar el decreto del testimonio, como quiera que el solicitante de la prueba, interesado en su decreto y práctica, debe adelantar las actuaciones necesarias para la comparecencia del testigo a la diligencia**; precisamente, en su parte inicial, el artículo 217 citado prevé que “La parte que haya solicitado el testimonio deberá procurar la comparecencia del testigo.

La Sección Segunda de esta Corporación², refiriéndose al artículo 219 del C.P.C., que contiene una exigencia en el mismo sentido que la examinada, ha precisado que, **en aras del principio de prevalecía del derecho sustancial (art. 228 de la Constitución Política), se puede hacer caso omiso de dicho requisito formal, por cuanto al momento en que se decreten las mencionadas pruebas, la carga de hacer comparecer a los testigos es de la parte que los solicitó, toda vez que es la interesada en que se reciban sus testimonios y deberá hacer**

¹ Sección Primera, Auto de 3 de octubre de 2019, proferido en el proceso con radicación número: 11001-03-27-000-2015-00036-00, C.P. OSWALDO GIRALDO LÓPEZ.

² Sección Segunda, Subsección B, Auto de 24 de julio de 2008, proferido en el proceso con radicación número: 23001-23-31-0000-2002-0306-02 (0497-08), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

comparecer a sus testigos el día y hora establecidas por el juez".

Ahora, recuérdese que en el acápite de pruebas del libelo introductor, no sólo no se enunció el domicilio o lugar de citación de los testigos, sino que la parte actora tampoco especificó el objeto de la prueba testimonial ni los hechos sobre los cuales se pronunciarían los testigos llamados a declarar en el proceso. Sobre este aspecto en particular, el órgano de cierre de lo contencioso administrativo señaló:

“Ahora bien, comoquiera que la controversia del *sub examine* gira en torno a si fue expresado debidamente o no el objeto de la prueba testimonial, es menester aclarar que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la enunciación sucinta del objeto de la prueba testimonial, ha manifestado reiteradamente que:

“La enunciación sucinta del objeto de la prueba, consiste en determinar el hecho o hechos sobre los cuales deberá versar, postulado que involucra las siguientes razones:

2. Hacer factible el estudio por parte del juez de la eficacia, permisión legal y pertinencia de la prueba que solicita, y

3. Además, sitúa a la contraparte en un terreno conocido, para que haya verdadera contradicción, lo que implica, la igualdad de los sujetos procesales y garantiza entonces el derecho de defensa.

(...)”

En efecto, de conformidad con lo transcrito, la enunciación sucinta de la prueba testimonial en punto a establecer el objeto de la misma, es decir, sobre el qué

van a testificar los terceros, no es una mera formalidad que pueda ser acreditada por una vaga enunciación sobre los hechos materia de la prueba, sino, en cambio, aquella debe ser clara, expresa y suficiente para que la contraparte pueda ejercer su derecho de defensa de forma concreta en relación con los motivos que originaron la solicitud probatoria.

Por lo anterior, en el *sub lite*, el objeto de la prueba narrado en la contestación de la demanda de reconvencción soslaya el derecho de defensa de la contraparte y vulnera el principio de lealtad procesal, comoquiera que en los términos narrados en la solicitud -transcritos al inicio de esta providencia- no puede ser ejercitado el derecho de defensa, pues no se tiene conocimiento exacto sobre las circunstancias que van a ser motivo de la prueba testimonial. En igual sentido se ha expresado la doctrina especializada cuando se aseguró que: *“es necesario acreditar el motivo por el cual se cita al testigo a declarar, lo cual impide ocultamientos a la contraparte y asegura el principio de lealtad”*³.

Aunado a lo anterior, debe agregarse, que *“es deber de quien pide la prueba concretar el motivo de su solicitud, actitud que previene ocultamientos, sorpresas a la contraparte y mayor oportunidad de preparación al momento de ejercer la contradicción”*⁴.

Al respecto, conviene recordar, nuevamente, que esgrimir como objeto de la prueba testimonial *“los hechos de la demanda”*, no tiene el alcance de acreditar la finalidad de la misma conforme lo predica el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, pues, como se narró previamente,

³ NISIMBLAT, Nattan. *Derecho Probatorio. Tercera Edición. Ediciones Doctrina y Ley.*

⁴ *Ibíd.*

la enunciación sucinta del objeto de la prueba debe ser precisa para que el derecho de contradicción pueda ser ejercido debidamente por la contraparte. Así, entonces, sin duda alguna, comoquiera que no es posible establecer sobre qué se va a testificar no resulta plausible concluir que se cumplió con los parámetros establecidos en la Ley para acceder a su práctica.

Colofón de lo expuesto, es claro que en el presente asunto la parte demandante, interesada en el decreto y práctica de la prueba testimonial, no cumplió sobre todo con un requisito sustancial del artículo 212 del Código General del Proceso, pues se itera, pese a que el primero de ellos relativo a la exigencia de indicar el domicilio o lugar de citación del testigo constituye un mero requisito formal, la parte no indicó sucintamente en la oportunidad procesal, como era su obligación, la finalidad y el objeto de la prueba, requisito que comporta exigencia ineludible en la medida que está estrechamente ligado con el derecho defensa y contradicción de la parte contraria.

Así las cosas, en consideración a que la decisión adoptada por el Juez 3º Administrativo de Manizales halla plena consonancia con los dictados legales y jurisprudenciales sobre la materia, habrá de confirmarse el proveído impugnado.

Es por ello que,

RESUELVE

CONFÍRMASE el proveído dictado en audiencia inicial por el Juez 3º Administrativo de Manizales el 1º de junio de 2021, con el cual negó el decreto de la prueba testimonial solicitada por la parte demandante, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el **CONSORCIO DKALDAS PONAL 2018** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL**.

EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al despacho de origen, previas las anotaciones pertinentes en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, 02 de Julio de 2021

Radicación	17 001 33 33 003 2014 00571 02
Clase:	Reparación directa
Demandante:	Yamileth López López y otros
Demandado:	Nación – Rama Judicial - Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Fiscalía General de la Nación
Providencia:	Sentencia No. 5

La Sala 2ª de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por la Magistrada Patricia Varela Cifuentes quien la preside, y los Magistrados Augusto Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso de **reparación directa** promovido por la señora Yamileth López López y otros contra el **Nación – Rama Judicial - Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Fiscalía General de la Nación** decidiendo esta Sala los **recursos de apelación** interpuestos por las demandadas Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Manizales, el ocho (08) de agosto de dos mil diecisiete (2017), mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

Solicita la parte demandante, que por esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

“A. Declárese administrativamente responsable a la Nación – Rama Judicial – representada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial; a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional-; y a la Fiscalía General de la Nación, de los perjuicios (materiales y morales) causados a los demandantes por los errores jurisdiccionales cometidos dentro del proceso penal radicado en la Fiscalía al no. 17 001 61 06 940 2010 80027 04 y en el Juzgado 4° Promiscuo Municipal de Chinchiná (Caldas) con el no. 17 174 40 89 004 2012 00192, donde fue privado injustamente de la libertad el causante Juan Carlos Valencia Agudelo por el delito de extorsión.

B. Condénese a la Nación – Rama Judicial – representada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial; y la Fiscalía General de la Nación, a pagar a favor de los demandantes los siguientes perjuicios:

A. Perjuicios morales subjetivos (...)

B. Perjuicios materiales: Daño emergente (...)

B. Perjuicios materiales: Lucro Cesante (...)

2. Hechos.

Manifiesta el apoderado de la parte demandante que el 24 de noviembre de 2010 la Policía Nacional de Manizales, radica oficio en la Fiscalía General, con la noticia criminal número 17 001 61 06 940 2010 80027 04 por el delito de extorsión, siendo la víctima los señores Edwin Julián González Giraldo y Alexander Guarín Giraldo; apoyado el informe policivo en que a las víctimas se les solicitaba dinero de manera extorsiva por parte de los sujetos alias “Cachetes”, “Pacho” y “Pecas”; y los señores Uberney Holguín Patiño y Sebastián Andrés Marín.

Sostiene que la instrucción correspondió a la Fiscalía 2da Especializada de Manizales, concluyendo con el formato FPJ9 de 27 de diciembre de 2010, que las víctimas venían siendo extorsionadas por Jhon Fredy Serna Gallego, alias “Pacho”, y que el menor Rubén Darío Pimienta Castaño era autor de tentativa de homicidio del señor Edwin González Giraldo, y el señor John Edison Castaño Giraldo, también era extorsionado por el mismo “Pacho”; así como que el señor Wilson Enrique Grajales Cano, era extorsionado por alias “Pacho”, mediante un primo, llamado Luis Eduardo López Gallego.

Relata el apoderado que el 20 de enero de 2011, se solicita la captura de los señores Sebastián Andrés Marín, Ferney Torres, alias "Pecas", Luis Eduardo López Gallego y Jhon Fredy Serna Gallego, alias "Pacho"; y que, el día 24 de enero de 2011 fue capturado el señor Sebastián Andrés Marín y el 8 de febrero capturado el señor Luis Eduardo López Gallego, siendo legalizada la captura y la formulación de acusación el 21 de febrero de 2011, por el delito de extorsión agravada.

Refiere que en formato FPJ9 de 5 de mayo de 2011, concluye por interceptación telefónica, que alias "el taxista", tiene información precisa de la investigación penal, y se atribuye ser colaborador de alias "Pacho", informando a la Fiscalía, e identificando a alias "el taxista" como Juan Carlos Valencia Agudelo, siendo solicitada su captura, con apoyo del reconocimiento fotográfico hecho por el señor Jhon Andrés Ríos Pamplona, quien dijo que él era el que recogía a las personas que trabajaban con alias "Pacho", para cobrar extorsiones y los transportaba cuando cometían delitos; resultado de lo cual, el Juzgado Primero Promiscuo de Chinchiná, a petición de la Fiscalía Segunda Especializada de Manizales, el 15 de mayo de 2012, expide la orden de captura de Juan Carlos Valencia Agudelo por el delito de extorsión, siendo capturado el 20 de septiembre de 2012, imponiéndose finalmente medida de aseguramiento con detención preventiva en establecimiento carcelario; no obstante lo cual, la Fiscalía Segunda Local de Chinchiná el 16 de noviembre de 2012, radica solicitud de preclusión de la investigación en contra del señor Juan Carlos Valencia Agudelo, por el delito de extorsión, en el cual eran víctimas Edwin Julián González Giraldo y Alexander Guarín Giraldo; solicitud de preclusión, fundada en el informe de investigación de campo FPJ-11 de 10 de diciembre de 2012, en el cual se informa que dicho señor no tenía relación con los extorsionistas, ni transportó personas que visitaron a las víctimas; así como que las víctimas no tenían conocimiento del señor Juan Carlos Agudelo, ni por el nombre, ni por el alias, ni los visitó, ni transportó.

Así mismo, afirma que el sustento jurídico de la Fiscalía para solicitar la preclusión, fue la ausencia de intervención del imputado en el hecho

investigado, por cuanto no se demostró que éste hubiera infringido la normativa, decretando la preclusión el Juzgado Cuarto Promiscuo municipal de Chinchiná, en audiencia del 14 de diciembre de 2012, ordenando la libertad para el señor Carlos Valencia Agudelo, argumentando que no tuvo participación alguna en el delito imputado.

Del anterior argumento, concluye el demandante que es evidente el error de la administración de justicia, mediante los funcionarios de la Fiscalía y la Policía Judicial al vincular al señor Juan Carlos Valencia Agudelo al proceso penal por extorsión, al no cumplir el programa los requisitos necesarios para sustentar debidamente la medida de aseguramiento; así como por la falta de elementos materiales contundentes para vincular al imputado al proceso.

Sostiene que, el único fundamento de los investigadores para solicitar la medida de aseguramiento consistió en la credibilidad de un rumor de un tercero ajeno a la comisión del delito; y que de haberse advertido a través de una investigación más exhaustiva a las víctimas sobre el taxi y su conductor, se hubiera podido concluir que el señor Valencia no había participado en el delito; siendo privado injustamente de su libertad, durante 86 días, desde el 20 de septiembre de 2012 al 14 de diciembre del mismo año.

Cita que el señor Juan Carlos Valencia Agudelo falleció el 6 de septiembre de 2013, y que de dicho causante no se ha iniciado proceso de sucesión, por lo que sus hijos menores de edad, Juan Sebastián Valencia López y Manuela Valencia Giraldo solicitan para la sucesión de su padre; quien afirman que padecía diabetes y distrofia muscular polimiositis, padecimientos que aumentaron en su reclusión, y que al recobrar su libertad, salió muy impedido físicamente.

Por otra parte, sostienen los demandantes que el núcleo familiar del señor Juan Carlos Valencia Giraldo, era su compañera permanente la señora Yamileth López López, su hijo menor, Juan Sebastián Valencia López, su

suegra Rubiela López López, y sus hijastras Natalia Rodríguez López y Juliana Rodríguez López.

Así como que, simultáneo a lo citado, con la señora María Fanny Giraldo García había procreado al hijo mayor de edad Juan Camilo Valencia Giraldo y a la menor Manuela Valencia Giraldo; quienes pese a que no convivían bajo el mismo techo, sí dependían económicamente de su padre, al igual que la señora Lucena Ruth Ocampo Muñoz, quien concibió a Laura Victoria Valencia Ocampo, quien tampoco vivía con su padre, pero que también dependía económicamente de este.

Refiere que los familiares cercanos al fallecido señor Juan Carlos Valencia Agudelo eran sus hermanos Hammes Uriel Valencia Agudelo, su mamá Mariela Agudelo Duque y su padrastro Gabriel Antonio Ramírez Mejía; siendo éstos últimas las personas encargadas de sostener los gastos de enfermedad del señor Valencia Agudelo mientras estuvo detenido.

3. Fundamentos de Derecho.

El apoderado de la parte demandante cita el artículo 68 de la ley 270 de 1996 y el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia; así como un aparte jurisprudencial como fundamentos de derechos, sin ninguna otra consideración adicional.

4. Contestación de la Demanda.

- Policía Nacional (Folios 162 a 171 C. 1)

La demandada Policía Nacional afirma que en su contra no puede endilgarse actuación irregular, pues no fueron esgrimidos postulados contrarios a derecho para sustentar la orden de captura proferida en contra del señor Valencia Agudelo; así como tampoco fueron presentadas pruebas irregularmente recogidas en su contra para hacer incurrir en error al fallador, en desmedro del hoy fallecido y sus familiares; pues por parte del personal de la Policía Nacional, se hizo el trabajo correspondiente, como el de

recolectar información sobre los posibles autores de la extorsión, dentro de los cuales está la entrevista realizada al señor Jhon Andrés Ríos Pamplona, quien señaló al señor Juan Carlos Valencia como “el taxista” que recogía a quienes trabajaban con alisa “Pacho” para que cobrara las extorsiones; y que faltó verificar la veracidad de la información, pero que, dicha verificación corresponde a las órdenes que recibe la Policía Judicial por parte del director del proceso.

Refiere que la investigación culminó con lo mencionado por el testigo quien se retractó en medio del proceso penal, y corrigió su declaración inicial; la cual fue presentada al señor Fiscal para su procesamiento y valoración, siendo sólo el Fiscal General de la Nación, a través de sus delegados quien se encuentra facultado para solicitar la preclusión de la investigación.

Cita que la Policía Nacional no participó en la elaboración de la providencia con la cual se solicitaba la preclusión de la investigación a favor de los investigados; así como que, el Consejo de Estado ha precisado que la privación injusta de la libertad solo se configura con tres requisitos formales, por haber sido absuelto por sentencia ejecutoriada o por providencia que haya dispuesto la terminación del proceso; porque que el hecho no existió; el procesado no lo cometió o el mismo no era constitutivo de delitos.

Concluye que el ente policial no pudo haber incurrido en un acto enjuiciable o reprochable por no tener a su cargo la facultad discrecional predicable de quienes administran justicia diariamente; y propone una falta de legitimación en la causa por pasiva, incapaz de comprometer la responsabilidad administrativa de la Policía Nacional y su patrimonio.

- Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
(Fls. 173 a 175 C. 1)

La Rama Judicial contesta la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, toda vez que los presupuestos fácticos que fundamentan la misma, no conducen a atribuir responsabilidad alguna a la entidad y solicita

en consecuencia que se exonere a la demandada de los cargos en ella consignados

Así mismo indica que una vez realizado el estudio de los elementos de hecho y de derecho contenidos en la demanda se establece que en el presente asunto la entidad no tiene responsabilidad, dado que la acción penal seguida en contra del señor Juan Carlos Valencia Agudelo por la presunta comisión del delito de Extorsión Tentada, se rigió por lo dispuesto en la ley 906 de 2004.

Que el 21 de septiembre de 2012, y en cumplimiento al procedimiento establecido en la ley mencionada, se surtió audiencia preliminar dentro de la cual se solicitó por parte de la Fiscalía General de la Nación, la imposición de medida de aseguramiento de detención privativa en contra del señor Valencia Agudelo, medida que el Juez de Control de Garantías, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 307 de la ley 906 de 2004 halló procedente al encontrar reunidos los requisitos para su imposición.

Expone que dentro de la investigación adelantada por las autoridades competentes, se acopiaron elementos probatorios que conducían a establecer razonablemente que el señor Juan Carlos Valencia Agudelo podía ser autor de la conducta punible de “Extorsión Tentada”.

Por lo anterior considera que, la detención preventiva dispuesta en contra del accionante cumplió con los requisitos formales y fácticos para proceder a su interposición, estableciéndose la necesidad y proporcionalidad para proceder a su decreto, en consideración a las pruebas allegadas al plenario y a la gravedad del ilícito investigado; pues existía convicción de la probabilidad de que el procesado fuera el autor de la conducta punible, lo cual fuerza a establecer, que la restricción de la libertad sufrida por aquél era una carga que debía afrontar y por ende, el daño presuntamente padecido por la detención, al no ser antijurídico, no tiene la virtualidad de ser indemnizado por el estado.

Arguye que, en virtud a que la Fiscalía no logró sostener la acusación hasta el debate oral, probado más allá de toda duda la existencia del delito y la responsabilidad penal del señor Juan Carlos Valencia Agudelo en la comisión del delito “*Extorsión Tentada*”, era inexorable para el Juez de conocimiento precluir la investigación en su contra. De ahí que no se configure en el presente asunto una “*Privación injusta de la libertad*”, puesto que la absolución tuvo como origen la falta de claridad sobre la responsabilidad del accionante, con lo cual, queda aniquilada la posibilidad de atribuir como “*injusta*” la medida de detención preventiva adoptada en el caso bajo estudio.

Finalmente propone las siguientes excepciones:

Falta de configuración de los elementos que estructuran responsabilidad extracontractual del Estado: fundada en que el daño antijurídico, un delito o culpa generado por la conducta de un agente judicial, lo cual se traduce en una falla de la administración y el nexo causal, que implica la comprobación de que el daño o perjuicio se produjo como consecuencia del actuar de una autoridad jurisdiccional.

Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales: Toda vez que en el presente caso, fue la Fiscalía General de la Nación la que en ejercicio de sus facultades conferidas por el artículo 250 de la Constitución Política, capturó al demandante y aportó los elementos probatorios que llevaron al Juez de Control de Garantías al convencimiento de su participación punible.

- **Fiscalía General de la Nación.** (Folios 191 a 212 del cuaderno principal)

La Fiscalía General de la Nación, contestó la demanda en forma oportuna y sobre los hechos, manifestó que no le constan y que se atiene a lo que resulte legalmente probado por la parte actora dentro del proceso de la

referencia y consideró que son apreciaciones subjetivas de carácter personal esbozadas por la parte actora.

Refiere que la investigación a la cual se vio vinculado el señor Juan Carlos Valencia Agudelo, fue por denuncia presentada por el señor Edwin Julián González Giraldo por el punible de Extorsión, una vez elaborado el plan metodológico y practicadas las órdenes a policía judicial se señaló al actor como uno de los partícipes en el relativo investigado.

También cita que la Fiscalía General de la Nación, una vez conoció de la comisión de la conducta y recaudo del material probatorio, testimonio, entrevistas, se le sindicó del punible de extorsión, una vez plenamente identificado e individualizado se solicitó la captura, la imputación y la solicitud de medida de aseguramiento, ante el Juzgado con función de Control de Garantías correspondiente, por lo que, de no existir mérito para ello, el Juzgado Primero Promiscuo municipal con Funciones de Control de Garantías de Chinchiná, se habría abstenido de ordenar la correspondiente orden de captura, y posterior reclusión, situación ésta que demuestra, que la Fiscalía General de la Nación actuó conforme a las pruebas obrantes en el proceso y a lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política, las disposiciones legales del estatuto orgánico de la entidad.

Refiere que la eventual responsabilidad por la privación de la libertad del señor Juan Carlos Valencia Agudelo en el presente evento, no se le puede atribuir a la Fiscalía General de la Nación porque, pese a que tal entidad solicitó la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, la decisión acerca de si la decretaba o no, era decisión del Juzgado Promiscuo Municipal con función de Control de Garantías de Chinchiná.

Luego expone que, en vigencia de la ley 906 de 2004, no es la Fiscalía General de la Nación, la entidad encargada de resolver acerca de las medidas de aseguramiento establecidas en el ordenamiento jurídico, pues dicha facultad es del Juez de Control de Garantías, y la Fiscalía solo solicita la imposición de dicha medida, pero el Juez de Garantías resuelve si la adopta o no; y hace extensa cita jurisprudencia y normativa sosteniendo que

a la Fiscalía General de la Nación y sus delegadas les corresponde detectar, proteger, e identificar los elementos físicos y las evidencias, así como conseguir información sobre un hecho delictivo y diseñar el programa metodológico correspondiente; luego formula la acusación o preclusión de la investigación, decisión que es adoptada por el Juez de conocimiento.

De igual manera, se refiere la Fiscalía a la detención legítima y ausencia de error judicial, precisando que no puede pretenderse que, porque se absuelva a un sindicado de un delito, hay error judicial, y afirma que para declarar la responsabilidad del Estado, el daño tiene que ser efecto directo de la falla, y en el caso de estudio, se reunían los elementos necesarios para demostrar la comisión del ilícito penal, sin quebrantar con ellos los preceptos legales ni constitucionales.

Finalmente se pronuncia sobre los perjuicios solicitados, y sostiene que los daños morales no se deben reconocer, porque no hay prueba que permita su acreditación; y de los perjuicios materiales, dice que tampoco existe prueba de los mismos, refiriéndose a cada uno de ellos y a los documentos que se aportan para acreditarlos.

Por último propone las excepciones denominadas *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Hecho de un tercero”, “Inexistencia de daño extrapatrimonial por falta de pruebas”, “Inexistencia de daño antijurídico”, e “Ineptitud de la demanda por inexistencia de nexos causal”*.

5. Concepto del Ministerio Público

El Señor Agente del Ministerio Público guardó silencio, tal como dice en constancia secretarial que reposa a folio 260 C. 1.

6. El Fallo De Primera Instancia. (Fls. 261 a 278 C. 1)

El Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia de 8 de agosto de 2017 declaró probada la excepción denominada *“Falta de legitimación por pasiva”* propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa

– Policía Nacional, y declaró no probadas las excepciones propuestas por la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales, y declaró administrativa y extracontractualmente responsables a ésta última, por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor Juan Carlos Valencia Agudelo, entre el 20 de septiembre y el 14 de diciembre de 2012, condenando al pago de perjuicios morales y materiales, negando las demás pretensiones de la demanda.

Empieza el Juez de instancia en hacer una relación de las pruebas aportadas al proceso, así como el estudio del régimen de responsabilidad, sosteniendo que la responsabilidad del Estado se produce cuando se pruebe la detención injusta, la cual será injusta cuando se demuestre que quien la sufrió no tenía el deber de soportarla, y que según el criterio del Consejo de Estado, se aplica en ese caso el régimen objetivo, cuando se de alguna de las causales previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 o en aplicación de la figura de *in dubio pro reo*.

Luego de una extensa cita jurisprudencial, considera el Juez que tanto la Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial son responsables, porque ambas entidades concurren con la actividad de sus agentes a la privación de la libertad del señor Juan Carlos Valencia Agudelo, pues para tomar la medida se requiere la actividad del Fiscal que dirige la investigación, al solicitar la orden de captura y posterior legalización de la misma; como al Juez Penal, quien accede o no a la solicitud de la Fiscalía.

Seguidamente hace un estudio del caso en concreto, y se pronuncia sobre el daño, encontrando acreditada la lesión a la libertad personal del señor Juan Carlos Valencia Agudelo, como un derecho inherente a su condición humana, privación que se llevó a cabo desde el 20 de septiembre de 2012 al 14 de diciembre de 2012, cuando se libró la orden de libertad, solicitando en tal momento la Preclusión por parte de la Fiscalía.

Posterior a ello, se pronuncia frente al nexo de causalidad, y citó que la

privación de la libertad del señor Juan Carlos Valencia Agudelo fue debido a la función judicial desplegadas por la Fiscalía Segunda Especializada, así como los Juzgados Primero y Segundo Promiscuos municipales de Chinchiná, con Función de Control de Garantías, al solicitar la orden de captura con fundamento en un señalamiento sin fuerza, sin mayor trabajo investigativo, para tener un grado de certeza de su participación en la extorsión que venían siendo víctimas los señores Edwin Julián González Giraldo y Alexander Guarín Giraldo; el Juzgado Primero al autorizar la orden de captura, y el Segundo al realizar la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. Por cuanto la privación de la libertad del señor Juan Carlos Valencia Agudelo, fue producto del despliegue de las funciones de instrucción, acusación y control de garantías de las descritas autoridades.

De igual manera sostiene que la decisión de preclusión en favor del señor Juan Carlos Valencia Agudelo obedeció a que no existió dentro de esa investigación penal constancia alguna que indicara a qué persona extorsionó el sindicato, pues no había prueba en tal sentido, por lo que no existía responsabilidad para imputarle.

Considera el Despacho que la preclusión de la investigación proferida a favor del señor Juan Carlos Valencia Agudelo, en lo que se refiere al delito de extorsión en grado de tentativa, por el cual estuvo privado de la libertad durante 84 días, encaja en uno de los supuestos previstos en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, es decir, que el sindicato no lo cometió. Y que, al no acreditarse ninguna causal que permita exonerar de responsabilidad a las demandadas, excepto la Policía Nacional, el Despacho accede parcialmente a las pretensiones.

7. Recurso de apelación partes demandadas.

Recurso de apelación demandada Fiscalía (Fls. 282 a 286 C. 1)

La demandada Fiscalía General de la Nación interpone recurso de apelación contra sentencia proferida en primera instancia, argumentando

que el daño antijurídico no es atribuible a dicha entidad, y cita que el Juzgado de primera instancia, al acoger pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Caldas, en el cual endilgó responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, desconoce los pronunciamientos del Consejo de Estado, que dicen que la Fiscalía no es responsable por las medidas de aseguramiento de privación de libertad que se impongan bajo la ley 906 de 2004, pues en virtud de dicha norma, quien tiene la competencia jurisdiccional para imponerlas es el Juez de Control de Garantías.

Hace una extensa cita jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, afirmando que la razón de ser del Juez de Control de Garantías es controlar, vigilar, analizar y supervisar que la medida solicitada por el Fiscal, cumpla con los requisitos establecidos en las normas penales y de encontrarla ajustada a la constitución ya la ley, avalar y proceder a imponerla, prevaleciendo en todo caso, su autonomía para decidir si impone o no dicha medida, parte en la cual no interviene para nada la Fiscalía General de la Nación.

Concluye la Fiscalía que ésta no debe resultar responsable de los daños antijurídicos que se le pudieran imputar por detención injusta, porque dicha entidad no es la encargada de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal; y que es el Juez de Control de Garantías, quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer, como en efecto sucedió en este caso, por lo que no era posible declarar la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios reclamados por la parte demandante, solicitando que se revoque la sentencia proferida y se nieguen las pretensiones de la demanda.

- Recurso de apelación demandada Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (Fls. 293 a 295 C. 1)

La demandada hace una extensa cita jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, afirmando que, el error jurisdiccional se

configura a través de una providencia proferida en ejercicio de la función de impartir justicia; y que, para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado se debe establecer el nexo causal que existe entre el daño alegado y la actuación del Juez.

Por otra parte, refiere que no se logra establecer el nexo causal que existe en este caso entre el daño alegado y la actuación de la Judicatura, porque la actuación jurisdiccional se desarrolló en cumplimiento de las normas constitucionales y legales pertinentes, por lo que solicita absolver a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la declaratoria de responsabilidad por la privación de la libertad del señor Juan Carlos Valencia Agudelo, al no existir responsabilidad imputable a dicha entidad.

También difiere el apoderado judicial de la demandada de los argumentos del Juez de instancia al determinar la responsabilidad como lo hizo en la sentencia, y cita algunas sentencias, afirmando que en caso de definir responsabilidad, debe ser en un porcentaje de 60% y 15% respectivamente; ello en virtud de que el ente investigador presente en las etapas preliminares, es quien lleva al convencimiento con sus elementos de prueba de la conducta punible; pese a lo cual, luego retira los cargos por deficiencias en su teoría del caso; así como por cuanto el derecho a la libertad no es absoluto, y el Juez de instancia debía valorar si el daño era jurídicamente soportable a la víctima.

Finalmente, sostiene que, el ente investigador solicitó la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, acusó, promovió el proceso penal, recaudó los medios materiales probatorios y finalmente decidió que los mismos no fueron suficientes para establecer la autoría o participación del sindicado en la conducta punible de la que se le acusó; por lo que la inactividad del ente investigador es objeto de reproche dentro del proceso administrativo, pues indujo a los agentes judiciales a adoptar las medidas correspondientes, siendo la causa efectiva del daño que se imputa, susceptible de ser castigada patrimonialmente; así que, al no lograrse

establecer el nexo causal existente entre el daño alegado por los demandantes y la actuación de los jueces, solicita sea revocada la sentencia de primera instancia y se absuelva a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de los cargos endilgados.

8. Alegatos de conclusión de segunda instancia.

- Alegatos de conclusión Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (Fls. 10 y 11 C. 3)

La demandada presenta sus alegatos de segunda instancia, y sostiene que evidenciada la actuación de la Fiscalía y la propia del demandante, lo que genera la presentación de responsabilidad exclusiva de la víctima, como quiera que sí existió una situación irregular respecto a la no comprobación de la situación a la que se veía expuesto respecto del tránsito de personas que pueden ser peligrosas para la ciudadanía, así haya sido de buena fe el respectivo transporte; así como que en expediente penal se habla del señor Juan Carlos Valencia, como quien realizaba “carreras sucias”, y se compulsaron copias para investigarlo de la comisión de otros delitos, aunque no del de extorsión, por el cual fue precluida la investigación.

Así mismo hace unas citas jurisprudenciales refiriendo que, si bien la investigación penal precluyó, luego que se evidenciara la falta de intervención en la ejecución del hecho punible investigado, la detención obedeció a la conducta del procesado, rompiendo el nexo necesario para atribuir a la administración el daño. Y que, en este caso el demandante, incumplió sus deberes como ciudadano transportador, que dieron al ente investigador indicios que podía estar incurso en los delitos investigados, por lo que la investigación no es imputable al Estado.

Finalmente cita unos apartes jurisprudenciales, del cual concluye que, no puede ser la responsabilidad objetiva la que rige el presente asunto; sino la responsabilidad subjetiva, debiéndose absolver a la demandada Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

- Alegatos de segunda instancia Policía Nacional (Fls. 12 a 14 C. 3)

La Policía Nacional presenta escrito de alegatos en segunda instancia afirmando que contra dicha entidad no puede predicarse una actuación irregular, porque no fueron esgrimidos postulados contrarios a derecho para sustentar la orden de captura proferida contra el señor Valencia Agudelo, y no fueron presentadas pruebas irregularmente recogidas en su contra para hacer caer en error al fallador en desmedro de los intereses del demandante fallecido y sus familiares, pues por parte de la Policía solo se hizo el trabajo que correspondía.

Seguidamente cita que la investigación culminó con lo mencionado por el testigo que se retractó en medio del proceso penal y corrigió su declaración inicial, y que la Policía no pudo haber incurrido en acto enjuiciable al no tener a su cargo la facultad jurisdiccional; así como que el Juez de primera instancia, tuvo a bien no formular cargos contra la Policía Nacional, al declarar la falta de legitimación por pasiva, solicitando confirmar la sentencia proferida en cuanto a las decisiones proferidas respecto de la Policía.

- Alegatos de segunda instancia Fiscalía General de la Nación (Fl. 15 C. 3).

La demandada Fiscalía General de la Nación precisa que toda vez que no se han practicado pruebas adicionales a las tenidas en cuenta por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales para sustentar el fallo condenatorio, se ratifica en todos los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto.

II. Consideraciones

Solicitan los demandantes que se declare a la Nación – Rama Judicial – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y Fiscalía General de la Nación,

civil, administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios materiales e inmateriales por la detención de que fue objeto el señor Juan Carlos Valencia Agudelo.

1. El Problema jurídico

A juicio de la Sala, de los argumentos planteados por las demandadas en los respectivos recursos de la apelación interpuestos, se deriva que el problema jurídico a resolver es el siguiente:

- ¿La medida cautelar de detención que soportó el señor Juan Carlos Valencia Agudelo, en el marco del proceso penal seguido en su contra por el delito de Extorsión en la modalidad de tentativa, constituye una privación injusta de la libertad que compromete la responsabilidad de la demandada Nación –Rama Judicial – Ministerio de Defensa - Policía Nacional y Fiscalía General de la Nación?

2. De lo probado dentro del proceso

La parte demandante hace consistir el daño irrogado en el tiempo en que permaneció privado de la libertad el señor Juan Carlos Valencia Agudelo, lo cual refuerza con la solicitud de preclusión de la investigación en su contra de la Fiscalía, y el decreto de la misma por parte del Juzgado.

En el caso *sub examine*, la responsabilidad del Estado, según lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política supone, entonces, la antijuridicidad de la lesión, esto es, el daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar. Y es éste el punto de partida que toma el Tribunal para decidir el recurso de apelación.

Así pues, el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia consagra:

*“[...] El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.
En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de*

la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste [...]”.

En concordancia, el artículo 250 establece:

*[...] **Artículo 250.** Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:*

1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.

3. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

5. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten [...](Subraya la Sala)

Se encuentra debidamente probado que en contra del señor Juan Carlos Valencia Agudelo se expidió orden de captura que se hizo efectiva el 20 de septiembre de 2012, tal como consta a folio 252 del cuaderno 2.

Así mismo, en la audiencia pública de preclusión del 14 de diciembre de 2012, se decreta la preclusión y se expide la boleta de libertad el 14 del mismo mes y año (Fl. 299 C. 2)

A lo largo de la actuación se recaudaron las siguientes pruebas, relevantes para resolver el presente asunto:

- Formato Investigador de Campo – FPJ9- (Fl. 18 C 1)

(...) Actuaciones realizadas (...)

1. Análisis evidencia parcial del 11/02/11 al 22/02/11 línea interceptada abonado número 316-2578194 portada por Jhon Fredy Serna Gallego alias Pacho.

2. Labores de vecindario para la identificación de alias el taxista y alias la guerrillera (...)

1. Abonado celular 316-2578194 portado por Jhon Fredy Serna Gallego alias Pacho (...)

Llamada entrante del 3206947355

12/02/11

16:36:50

Pacho: Aló

Taxista: Oh señor cómo le va

(...)

Pacho: con quién hablo? Con el taxi?

Taxista: Ajá

(...)

Pacho: Dígame señor

Taxista: Uhm con respecto a lo de aquel fulano, yo he estado averiguando por ahí pero esta como dura la cosita saber quién es, porque esa vuelta la pusieron fue en el Gaula, o sea no fue directamente que pusieron el denuncia, pero según eso es como un comerciante.

Pacho: pero de dónde?

Taxista: De acá, un man de acá del comercio y según lo que me puede dar cuenta yo por ahí solamente le voy a comentar lo que me comentaron si me entiende? Que la primera vez que usted mandó le pidió 300, la segunda también, y la tercera vez también, pero que él no tenía la plata y le mandó no más 70 y unas cosas y entonces que ya se lo pasaban a usted al teléfono y usted ya habló con él y ahí fue cuando el man puso esa vuelta en esas circunstancias, pero que según eso esa venía desde el mes de octubre (...) estuve hablando con esa persona, según eso que ahí no, pues según como fue la captura de aquel muchacho, eso no da para captura de esa forma no, en esa vuelta no cabe una orden de captura (...)

Pacho: Si a Camilo o a Yeni

Taxista: Ah listo yo le hago esa vuelta (...)

Taxista: Si me entiende, la situación de acá de los agentes de policía, llámense agentes de policía, llámense sijn, los que laboran acá en el pueblo.

Taxista: Según eso la misión de ellos cuando formaban ahí, la misión era encontrarlo a usted, pero entonces que ya varias personas le han confirmado lo mismo, si me entiende.

Pacho: Si

Taxista: De que a usted lo cogieron yo no sé dónde y que entonces está por allá encanado, entonces están relajados y todo incluso pa arriba está normal, y la gente está camellando bien (...)

13/02/11

Pacho: Aló

Taxista: Cómo le va señor?

(...) escuché que de pronto aquel chino no iba a seguir camellando más con usted

Pacho: Sino que está muy desordenado y que está haciendo cosas a nombre mío de que no y entonces así no se puede.

Taxista: Ah yo por eso le estaba diciendo, le estaba diciendo en estos días se acuerda que le dije que tales ligas y alguna cosa? De una fuente que dijo que iban a pedir ligas a nombre mío entonces no.

Pacho: No aguanta.

Taxista: Entonces es maluco porque entonces pensara usted que uno está ejecutando mucha y las cosas no son así, incluso él me debe como con estas últimas dos carreras que le hice ayer me debe como \$35.000 y

entonces yo le dije que cuando me va a pagar y dijo que aquel man no ha dicho nada y que tal, si me entiende?

Taxista: (...) Si alguna cosa me tiene en cuenta a mi o qué? Que como es la vuelta o que si quiere

(...)

Taxista: Claro es un negocio de manejarlo bien manejadito (...) porque ese man de la 14 a cuando me quedaron debiendo a mí la plata de las carreras yo le decía y él decía no es que ese man no da nada, no da nada, (...)

Pacho: venga por si alguna cosita me la puede arrimar, vea cuando menos piense yo le pego el empujón a usted si me entiende? Entonces si usted puede arrimar donde el chino y pasarle el número de teléfono pa que me llame (...) averígueme cuánto vale el corrido del muchacho este, en cuanto me puede hacer esa vueltica listo?

Taxista: Listo más tarde vuelvo y lo llamo (...)

13/02/11 12:19:26

(...)

Taxista: Hola

Pacho: Señor

Taxista: Ya conseguí, pero el pa hacer la vueltica (...) conseguí un pelado, si entiende, el pelao es muy serio y todo, pues igual el man no pregunta eso de donde viene para donde va, pero el inconveniente es que el man no tiene fierros si me entiende? Entonces yo le dije que pidiera uno prestado y usted mirara cuanto de la por esa vuelta (...) yo primero llamo y no se preocupe por esa vuelta que yo mismo lo saco, yo le digo por donde se tira, por donde sale, yo mismo lo saco de allá, ahí no hay problema de nada si me entiende? (...)

13/02/11 16:30:44

(...)

Taxista: Lo que pasa es que un man por ahí se averiguó el número suyo, si me entiende, según ese fulano va a pagar impuesto como, o sea el último impuesto pues (...) por ahí llamaron un fulano de Pereira y que ese man es el que va a seguir cobrando que porque usted ya murió, eso fue lo que me dijo ese fulano si me entiende?

Juan Carlos Valencia Agudelo CC 75.143.352 de Chinchiná alias el Taxista, Juzgado Penal del Circuito Nro. 2 Chinchiná Caldas, en oficio 1595 del 16/08/2000, comunica sentencia condenatoria a 08 meses de condena condicional por porte ilegal de armas.

Fiscalía Seccional Nro. 5 de Ibagué, oficio 230005078 de 10/06/2004 medida aseguramiento detención sin libertad condicional, por el delito de hurto calificado y agravado.

Fiscalía Seccional Nro. 3 de Chinchiná, en circular 5491 del 13/07/2004 comunica impedimento salida del país, porte ilegal de armas.

(...)

Conclusiones y solicitudes

Con base en lo anterior podemos establecer en las diferentes comunicaciones que sostiene el sujeto Jhon Fredy Serna Gallego CC 4.414.882 Alias "Pacho" con sus colaboradores que Alias Pacho es jefe de esta banda delincuencia que delinquen en el municipio de Chinchiná – Caldas porque desde el abonado celular 316-2578194 portado por el mismo ordena una serie de actividades delictivas como lo son la recolección de cobros de extorsiones, el ordenamiento de homicidios y la coordinación para la consecución de sustancias alucinógenas como bazuco

(...) Podemos observar el *modus operandi* que realizaron con los señores denunciados Alexander Guarín, Edwin González Giraldo y Wilson Enrique Grajales Caño, el cual consistía en enviar uno de sus colaboradores a llevar a las víctimas un celular al que posteriormente llamaba Pacho y exigía dinero por medio de amenazas. (...).

Se debe tener en cuenta que este taxista tiene información precisa de la investigación y una persona cercana al caso al parecer del palacio se la está dando e incluso le manifestó que le iba a ayudar si el caso le llegaba a él. (...) Taxista colaborador de alias Pacho

Entrevista –FPJ-14 (Fls. 70 a 74 C. 1)

Entrevistado: Alexander Guarín Giraldo (Denunciante)

(...) me dijeron que contestara la llamada de Pacho (...) me dijo usted sabe para que lo estoy llamando, necesito que me pase dinero (...) yo no tengo conciencia (...) ya sabe si no colabora (...) Nunca me visitó ni vi un taxi ni nada de eso (...)

Entrevistado: Edwin Julián González Giraldo (Denunciante)

(...) el se hacía llamar Pacho (...) yo nunca vi un carro ni nada, (...) no conozco a alias el Taxista ni nada (...).

- Formato Investigador de Campo –FPJ9- (Fl. 190 C. 2)

19/09/11 Diligencia de entrevista al señor Jhoani Andrés Pamplona (...) manifiesta que llegó a ver a Pacho de frente, que Pacho lo llamaba y le pedía favores de recogerle plata que le traían de ventiduros y de la sexta de Chinchiná de las ollas de vicio cada mes, agrega que Pacho llamaba a toda esa gente o ellos llamaban y cuadraban cuotas mensuales (que le tocaba hacerle los favores porque lo tenía amenazado (...) agrega que además andaban en el taxi de Juan Carlos de placas 408, que ellos andaban armados por mandados por Pacho, y que ese señor los llevaba a todos los lados, agrega que el taxista en muchas ocasiones sacaba a los sicarios después que hacían la vuelta, que el taxista participó en lo del Chatarrero que quedaba por la trilladora que a ese señor lo mató Ñejo (...) a Ñejo lo sacó el taxista Juan Carlos (...)

6. Se realizó solicitud al Laboratorio regional de Criminalística Nro. 3 la elaboración de dos álbumes fotográficos de los señores Juan Carlos Valencia Agudelo CC 75.143.352 (...) En el álbum fotográfico Nro. 966 señala la fotografía Nro. 007 la cual corresponde Juan Carlos Valencia Agudelo CC 75.143.352, lo reconoce porque “Porque es el taxista y recogía a los chinos que trabajaban con alias Pacho para que cobraran extorsiones y también los transportaba cuando cometían los homicidios, solo lo buscaban para carreras sucias y él se prestaba para eso”.

Conclusiones.

Teniendo en cuenta lo anterior podemos observar con el testimonio del Señor Jhoani Andrés Ríos Pamplona que los señores Juan Carlos Valencia Agudelo CC 75.143.352 de Chinchiná alias el taxista y (...) trabajaban directamente con alias Pacho e incluso cumplían órdenes a este como era la recolección del dinero producto de extorsiones como es el caso de la Guerrillera o transportar los delincuentes para que realizaran toda clase de delitos como lo son homicidios , cobro de extorsiones papel que desempeñaba el taxista, de igual manera coordinar con la autoridad competente que adelanta la investigación de la muerte del Chatarrero (...)

- Audiencia preliminar (Fl. 47 C. 1)

Investigado Juan Carlos Valencia Agudelo CC 75.143.352

Solicitud: Orden de captura

Decisión: 1- Se concede el uso de la palabra a la señora Fiscal, quien expone los elementos materiales probatorios y jurídicamente relevantes, solicitando expedir orden de captura con el apoyo de los artículos 239 y 240 del CPP, vigencia art. 295, 297 y 298 inciso 3º)

Observaciones: Se expide la orden de captura No. 5 del 15-05-2012

2- Este despacho accede a la solicitud, toda vez que cumple con todos los requisitos jurídicos disponiendo así, expedir la correspondiente orden de captura y dar cuenta de ello a las autoridades respectivas. Con fundamento en los artículos 221, 295, 296, 297, 298, 299 CPP:

- Captura del Señor Juan Carlos Valencia Agudelo (Fl. 249 C. 2)

El día de hoy 20/09/2012, (...) fue ubicado el señor Juan Carlos Valencia Agudelo, y una vez corroborada su identidad con la información consignada en la orden de requerimiento, se procede a su detención, informándole del motivo de la misma (...)

- Acta de audiencia (Fl. 275 C. 2)

Investigado: Juan Carlos Valencia Agudelo

(...)

Solicitud: Control de legalidad de captura.

Decisión: Se legalizó la captura del indiciado, la cual había sido ordenada por el Juzgado 1 Promiscuo municipal de Chinchiná.

Observaciones: Se ordenó la cancelación de la orden de captura No. 005 adiada 15 de mayo de 2012.

Solicitud: Formulación de imputación

Decisión: La Fiscalía imputó cargos en calidad de coautor por el delito de extorsión (art. 244 del CP) en la modalidad de tentativa (art. 28 C.P.)

El imputado no se allanó a los cargos endilgados.

Solicitud: Imposición de medida de aseguramiento

Decisión: Se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento penitenciario y carcelario.

Observaciones: para tales efectos se emitió boleta de detención No. 347 con destino al director de la cárcel nacional de varones.

*Decisiones notificadas en estrados. **NO** se interpuso recurso.”*

- Boleta de encarcelación o detención (Fl. 276 C. 2)

Autoridad Judicial: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal Chinchiná – Caldas.

(...)

Señor Director Cárcel: Cárcel Nacional de Varones

Favor mantener detenido o privado de la libertad en establecimiento a: Juan Carlos Valencia Agudelo

Fecha de captura: 20 – 9- 2012

Fecha de auto: 21 – 8 – 2012

Alias: El taxista (...)

Por el delito de extorsión”

- Acta de audiencia pública de preclusión (Fls. 74 C. 1)

Delito: Extorsión

Acusado: Juan Carlos Valencia Agudelo 14 de diciembre de 2013.

(...) Durante su intervención en la audiencia la señora Fiscal exhibió como elementos materiales probatorios que soportan la solicitud de preclusión los siguientes elementos:

- Entrevista por el señor Alexander Guarín Giraldo (...) manifestó en una entrevista posterior que no conoce al señor Juan Carlos Valencia Agudelo ni el taxi de placa número 408
- Entrevista por el señor Edwin Julián González Giraldo (...) no conoce al señor Juan Carlos Valencia Agudelo, que no sabía quién lo visitaba, ni conoce el vehículo tipo taxi de placas 408 (...)

En esencia, sostiene la señora Fiscal, la preclusión que se solicita obedece a que no existe en la investigación constancia alguna que indique constriñó el procesado, así como que no se tiene prueba de tal situación y que no hay responsabilidad en cabeza del señor Juan Carlos Valencia, así mismo que no existen elementos materiales probatorios que nos demuestren la responsabilidad procesado.

Y termina la delegada manifestando, que pese a que el señor Valencia Agudelo pudo haber estado inmerso en un delito diferente al imputado por la fiscalía en su momento, una vez realizada la correspondiente investigación por parte de la Fiscalía, esta, no tiene los elementos materiales o evidencia física para proseguir con la investigación y proseguir una sentencia condenatoria para el señor Valencia Agudelo, y que compulsará las copias pertinentes para que se investigue la posible comisión de un hecho delictivo diferente al aquí investigado.

(...)

Consideraciones del Despacho

(...) Revisada la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía Segunda Local, encuentra el Despacho que la misma reúne las condiciones para dársele trámite, conforme a la norma en cita.

(...)

De las pruebas acopiadas surge que, las víctimas denunciaron que estaban siendo extorsionadas por alias “Pacho” quien a través de llamadas telefónicas las intimidaba, que dichas llamadas eran recibidas en un teléfono que llevaba Cachetes y otras personas, así mismo no se indica al señor Juan Carlos Valencia Agudelo, como de ser la persona que las extorsiona y los intimidaba; nótese como una persona de los entrevistados señala al aquí imputado como el encargado de hacer las carreras sucias, indicando que el transportaba a quienes extorsionaban, pero según el informe ejecutivo fechado el día 10/12/2012 firmando por el señor investigador Mario Fernando Herrera, el aquí imputado no participó en la extorsión aquí investigada, situación esta que se corrobora con las respectivas entrevistas recepcionadas a las víctimas, quienes manifiestan que no conocen ni fue el señor aquí imputado quien los estaba extorsionando”

Conclusiones del despacho

(...)

En el asunto objeto de estudio, los elementos probatorios exhibidos por la señora Fiscal permiten concluir que:

Que existe certeza acerca de que el señor Juan Carlos Valencia no ha participado en el hecho investigado, de esto da cuenta las entrevistas recepcionadas que si bien en principio lo señalan de mover las carreras sucias y a las personas que extorsionaban, no lo es en cuanto a la extorsión de que eran víctimas los señores Edwin Julián González Giraldo y Alexander Guarín Jurado.

Como de los elementos probatorios recaudados emerge palmario que el imputado fue totalmente ajeno a los hechos materia de investigación, el despacho arriba a la conclusión de que en este evento es procedente declarar la preclusión de la investigación a favor del señor Juan Carlos Valencia Agudelo al tenor de lo dispuesto en el artículo 332, numeral 5 de la ley 906 de 2004.

Sin perjuicio de los efectos de cosa juzgada propia de la preclusión de la indagación que habrá de disponerse a favor de Juan Carlos Valencia Agudelo, y, habida consideración de que es fundamento de la decisión reside en la ausencia de intervención del imputado en los hechos materia de investigación, pero que el mismo pudo haber participado en los hechos o conductas punibles, no habrá lugar a disponer que se compulsen copias de la presente actuación, por lo enunciado por la señora delegada de la fiscalía en el sentido de que ella misma compulsará las respectivas copias para que en investigación se establezca la eventual responsabilidad penal en los hechos manifestados anteriormente y que son diferentes al aquí investigado.

En suma, de las pruebas acopiadas surge que, si bien se menciona al señor Juan Carlos Valencia como persona partícipe en otras conductas que pudieren ser punibles, pero en ninguna parte se menciona al indiciado como para considerar que haya realizado o participado en la conducta imputada por la fiscalía en su momento, consideraciones suficientes para solicitar la preclusión sobre supuesto de que el indicado no ha intervenido en los hechos investigados.

Resuelve:

Primero: Decretar la Preclusión de la presente investigación, adelantada en contra del señor Juan Carlos Valencia Agudelo, por el delito Extorsión tentada, donde figuran como víctimas los señores Edwin Julián González Giraldo y Alexander Guarín Jurado.

Segundo: Como consecuencia de la anterior decisión cesa, con efectos de cosa juzgada, la persecución penal en contra del señor Juan Carlos Valencia Agudelo.

Tercero: Ordenar la libertad inmediata del señor Juan Carlos Valencia Agudelo, (...) líbrese la orden de libertad respectiva, al establecimiento penitenciario y carcelario en que se encuentra recluso el imputado."

- Boleta de libertad (Fl. 299 C. 2)

Autoridad Judicial: Juzgado Promiscuo Municipal

(...)

Fecha: 14 – 12 – 2012

(...)

Señor Director Cárcel: Cárcel Nacional de Varones

Sírvase poner el libertad a Juan Carlos Valencia Agudelo
(...)
Motivo de la libertad: Preclusión
Resolución: Auto interlocutorio
Fecha de resolución: 14 de diciembre de 2012
(...)"

4. De la medida de aseguramiento contenida en la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal)

Debe decirse, en primer lugar, que el proceso penal se llevó a cabo bajo la vigencia de la ley 906 de 2004, y los artículos 306 y 308 de dicha ley disponen:

“Artículo 306. Solicitud de imposición de medida de aseguramiento. El Fiscal solicitará al Juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.

Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

- 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
- 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
- 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.*

Queda claro de la lectura de los artículos en mención que, el Fiscal puede solicitar al juez de control de garantías la imposición de medida de aseguramiento y que éste la puede decretar cuando de los elementos probatorios y evidencia física se pueda inferir que el imputado puede ser

autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, y cuando cumpla con uno de los requisitos enunciados, como que la medida se muestre necesaria para evitar que se obstruya el ejercicio de la justicia, cuando constituya peligro para la seguridad de la sociedad o que resulte probable que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia.

4.1. De los supuestos fácticos que sirvieron de fundamento para dictar la medida de aseguramiento contra el señor Juan Carlos Valencia Agudelo.

Se resaltan a continuación los hechos y pruebas que sirvieron de fundamento para imponer la medida de aseguramiento al señor Juan Carlos Valencia Agudelo:

- a. Varias personas presentan una denuncia por extorsión contra un señor de alias “Pacho”, quien tenía varias denuncias y era objeto de investigación como el jefe de una banda delincuencia que delinquía en el municipio de Chinchiná – Caldas.
- b. Se hace un seguimiento al abonado telefónico del señor Jhon Fredy Serna Gallego, alias “Pacho”, haciendo la búsqueda a su vez, de las llamadas entrantes y salientes de su línea telefónica, llamadas en las cuales aparecían conversaciones con un “taxista”.
- c. Un señor llamado Jhoani Andrés Ríos Pamplona quien rindió su versión libre dentro del proceso de investigación, cita que unas personas de la banda, y un primo de alias “Pacho”, andaban en un taxi de placa 408, de un señor Juan Carlos, y que en esos transportes estaban armados; que el taxista en mención era quien llevaba jóvenes a delinquir y luego los recogía y se los llevaba de los lugares de los hechos; así como que, dicho señor taxista, recogía las personas que trabajaban con alias “Pacho” para cobrar extorsiones, y transportar a los asesinos en algunos casos que precisa, y dice expresamente que era quien hacía las “carreras sucias”.

- d. El mismo declarante hace un reconocimiento fotográfico de la persona que dice es el taxista, y el mismo corresponde al señor Juan Carlos Valencia Agudelo, afirmando que lo reconoce porque era quien recogía a unos “chinos que trabajaban con alias Pacho para cobrar extorsiones y cuando cometían homicidios, solo lo buscaban para trabajos sucios y él se prestaba para eso”.
- e. De las conversaciones transcritas de los abonados con los que se comunicaba alias “Pacho” se encuentran varias conversaciones con alias “el taxista”, quien al final de ellas se identificó como Juan Carlos Valencia Agudelo; y en dichas conversaciones se habla de dineros, personas, conseguir personas para hacer cosas, para seguir, indagar cosas, de unas “vueltas” de que tenían o no “fierros”, de indagar sobre procesos judiciales y demás. Así como el taxista, se le ponía a la orden a alias “Pacho” para lo que necesitara.
- f. Obra en el expediente administrativo, documentos que dan cuenta de que el señor Juan Carlos Valencia Agudelo alias “El taxista” tiene una condena de 8 meses por porte ilegal de armas, ello en el año 2000; una medida de aseguramiento en 2004 por el delito de hurto calificado y agravado; así como un comunicado en el año 200 de impedimento de salida del país, por porte ilegal de armas.
- g. En varias conclusiones de las investigaciones se hace alusión a “El taxista”, como la persona que informaba de algunas cosas a alias “Pacho”, así como de ser su colaborador en temas delincuenciales y de dineros.

Ahora bien, luego de relacionar los hechos y pruebas anteriores, pasa esta Sala de decisión a estudiar la sentencia de unificación del Consejo de Estado relacionada con la privación injusta de la libertad, y los criterios para determinar la misma, de la siguiente manera:

5. De la sentencia de unificación del Consejo de Estado relacionada con la privación injusta de la libertad

El último pronunciamiento de unificación del Consejo de Estado en los casos de privación injusta de la libertad, corresponde a la sentencia del 15 de agosto de 2018¹, en la cual considera lo siguiente:

“(...) 4. Acerca de los argumentos unificados en la sentencia del 17 de octubre de 2013.

En esta ocasión, la Sala no se contrapone a los argumentos expuestos en la transcrita sentencia y más bien confirma la imposibilidad de otorgar o reconocer virtualidad jurídica a un precepto de carácter legal para limitar supuestos contemplados en la Constitución Política; de hecho, reitera dicha postura jurisprudencial, al tiempo que ratifica que, en todo caso, tales supuestos sí pueden ser precisados y aclarados por el legislador, como ocurre -a juicio de esta Sala- a la luz de los postulados del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, según el cual:

“Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.

Pero no basta con acreditar simplemente la existencia de la privación de la libertad y de la ausencia de una condena, pues, como lo puso de presente la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo en cita, si así fuera:

***“... se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención”** (se resalta).*

Principio de presunción de inocencia

La postura hoy vigente de la Sala también se edificó sobre el principio de la presunción de inocencia, en los siguientes términos:

(...)

el principio de la presunción de inocencia no es incompatible con la detención preventiva. Veamos: por un lado, la imposición de esta clase de medida busca asegurar la comparecencia del sindicado al proceso (como lo admite el ordenamiento jurídico)² y, por otro lado, aquel principio sólo resulta desvirtuado una vez se agotan los trámites propios del proceso penal, mediante la decisión de declaratoria de responsabilidad en firme (...)Entonces, como las medidas preventivas y las privativas de la libertad son de carácter cautelar, mas no punitivo -pues, según el numeral 3 del artículo 37 del Código Penal, “la detención preventiva no se reputa como pena”- puede asegurarse que no riñen, de manera alguna, con la presunción de inocencia, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional,

(...)

“En síntesis ... las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre será la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso, pues tal exigencia ... desnaturalizaría su finalidad, se insiste, preventiva”.
(Subrayas originales del texto)
(...)

Ahora, como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obren en contra de la persona sindicada del hecho punible indicios graves de responsabilidad penal, según los ya mencionados artículos 388³ del Decreto 2700 de 1991, 356⁴ de la Ley de 2000 e, incluso, el 308⁵ del Código de Procedimiento Penal hoy vigente; pero, dicha carga cobra mayor exigencia a la hora de proferir sentencia condenatoria, toda vez que para ello se requiere plena prueba de la responsabilidad
(...)

Por consiguiente, puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva e, incluso, para proferir resolución de acusación en su contra y que, finalmente, la prueba recaudada permita absolverlo o resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, evento este último en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia o, si es del caso, la decisión debe sujetarse al principio de in dubio pro reo, pero nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta. Por esta razón, pretender que la imposición de una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, se funde en la recaudación de una plena prueba de responsabilidad penal no es otra cosa que la contraposición a los postulados procesales dispuestos para tal fin por el legislador y a las atribuciones que la Constitución ha otorgado con ese mismo propósito a los jueces y a los órganos de investigación.

(...)

En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

(...)

*En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, **en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.***

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. (...) (Subraya la Sala)

6. Del caso concreto

Sea lo primero precisar, que en la audiencia preliminar, se solicitó por parte de la Fiscalía Segunda Especializada Guala de Manizales, la orden de captura del señor Juan Carlos Valencia Agudelo por el delito de Extorsión, fundada en los artículos 239 y 240 del CPP. Solicitud a la que accedió el Juzgado Primero Promiscuo Municipal en Función de Control de Garantías, en virtud del cumplimiento de los requisitos jurídicos, disponiendo así de expedir la correspondiente orden de captura.

Posterior a lo anterior, en audiencia de 14 de diciembre de 2012, llevada a cabo por el Juzgado Cuarto Promiscuo municipal de Chinchiná, se resuelve sobre la solicitud de preclusión de investigación realizada por la Fiscalía Segunda Local de Chinchiná, en la cual dice que no existe en la investigación constancia que indique a quién constriñó el procesado, así como no hay prueba de dicha situación, sin que existan elementos probatorios que demuestren la responsabilidad del señor Juan Carlos Valencia Agudelo; y que, pese a que pudo estar inmerso en delitos diferentes, la Fiscalía no tenía en el momento los elementos necesarios para seguir con la investigación.

Solicitud ante la cual el Juzgado resuelve decretar la preclusión por considerar que el señor Agudelo Valencia no participó en el hecho investigado, y que si bien le hacen unos señalamientos de hacer “carreras sucias” y movilizar a quienes extorsionaban, no se prueba respecto de las víctimas señores Edwin Julián González y Alexander Guarín Jurado; aclarando que si bien el imputado pudo incurrir en otras conductas que pudieran ser punibles, no se menciona al indiciado de haber realizado la conducta imputada por la Fiscalía en su momento.

Puede decirse entonces, que, si bien es cierto que en la audiencia que se resolvió la preclusión de la investigación adelantada contra el señor Juan Carlos Valencia Agudelo por el delito de extorsión tentada, en la cual figuran como víctimas los señores Edwin Julián González Giraldo y Alexander Guarín Jurado, se dijo por parte del Juez que había certeza que el señor Valencia Agudelo no había participado en el hecho investigado, porque las entrevistas recepcionadas señalan de realizar algunas conductas, las mismas no se reputan respecto de las víctimas que formularon la denuncia por la cual se adelantó el proceso penal correspondiente; también es cierto que, en su momento la Fiscalía Segunda Especializada Guala de Manizales, al solicitar la imposición de la medida de aseguramiento contaba con los elementos necesarios, no sólo para su solicitud, sino para su imposición por parte del Juez de Control de Garantías, existían elementos probatorios de los cuales, como lo establece el artículo 308 del CPP, podía inferirse razonablemente que el imputado era autor de la conducta delictiva investigada, artículo que dispone:

“Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

(...)

De conformidad con las pruebas que reposan dentro del proceso, encuentra la Sala que, al momento de solicitarse y decretarse la orden de captura del señor Juan Carlos Valencia Agudelo para ese momento procesal se contaba con las siguientes pruebas:

- a) Registro de llamadas realizadas por el citado señor a alias “Pacho”, a quien se le imputa ser el líder de una banda criminal que se dedica, entre otros, a la extorsión de comerciantes.
- b) Las llamadas realizadas entre alias “Pacho” y alias “el taxista”, que dan cuenta de conversaciones que tienen que ver con “vueltas”, “fierros”, “dineros”, recoger a personas y llevarlas a sitios específicos, hacer averiguaciones, y en general, se ofrece para lo que pueda servirle a “Pacho”.
- c) Hay una versión libre en la cual se habla de un taxista llamado Juan Carlos Valencia, y dice que es la persona que ayuda a alias “Pacho” a cometer algunos actos delictivos.
- d) El señor Juan Carlos Valencia Agudelo es identificado en registro fotográfico entregado al declarante.
- e) El citado señor Valencia Agudelo, tiene antecedentes de porte ilegal de armas, y hurto calificado y agravado.
- f) Contra la medida de aseguramiento impuesta al señor Juan Carlos Valencia Agudelo no se interpuso recurso alguno, tal como consta en el acta de audiencia que reposa a folio 275 C. 2

Situación de antecedentes que, resulta coincidente con el numeral 1 del artículo 310 del CPP el cual prescribe:

“Artículo 310. Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.

2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.

3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.

4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.”

Por su parte, lo que ocurrió posterior a la medida de aseguramiento, es que se realizaron unas entrevistas a los dos denunciados del delito de extorsión, ello con el fin de obtener información sobre la participación del señor Valencia Agudelo; versiones en las cuales ambos coinciden en afirmar que no tuvieron conocimiento de ningún taxista que participara en la extorsión, ni en recoger los dineros fruto de la misma, ni de llevar el teléfono celular al cual se comunicaba el extorsionista alias “Pacho” (Fls. 282 a 289 C. 2); es decir, que inicialmente existieron unas pruebas e indicios de la participación del señor Juan Carlos Valencia Agudelo en actividades criminales relacionadas con la extorsión; pero, posteriormente con las versiones de los denunciados, se evidencia que en esos dos casos específicos, el citado señor no participó, y ellos no tenían conocimiento de su papel o intervención específicamente en sus casos.

En este sentido, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación arriba citada, consideró⁶:

“(...) Entonces, la medida de detención preventiva de una persona no está condicionada a la existencia de una prueba categórica e indefectible de su responsabilidad penal, sino a que medie un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley (como la existencia de indicios en su contra), requisitos sin los cuales su imposición sí se torna injusta e, incluso, ilícita y da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado.(...)”

Así pues, todas las situaciones descritas, pusieron al señor Juan Carlos Valencia Agudelo en una posición desfavorable, situación que él propició

con las conversaciones mediante llamadas telefónicas realizadas a una persona implicada en una banda criminal y en cantidad de delitos; lo cual, sumado a sus antecedentes penales, y a las denuncias realizadas, generaron que abriera una investigación en su contra, y a la medida de aseguramiento como posible coautor del delito de extorsión tentada.

Por otra parte, teniendo en cuenta la sentencia de unificación del Consejo de Estado reseñada líneas arriba en el texto de esta providencia, para esta Sala resulta claro que los hechos referidos pusieron al señor Juan Carlos Valencia Agudelo en condición, no sólo de ser investigado por parte de la Fiscalía General de la Nación, sino de imponérsele medida de aseguramiento por la naturaleza del delito y las condiciones en que se le imputó el mismo; y posterior a ello, la Fiscalía consideró que no tenía los elementos necesarios para llevar el proceso hacia sentencia en la pudiera ser declararlo culpable; pues no había pruebas de su participación en el delito de extorsión tentada, respecto de los señores Edwin Julián González Giraldo y Alexander Guarín Jurado, pero ello no implica que no se tuvieran en su momento los elementos necesarios para la medida de aseguramiento que pesó sobre el mismo.

Por todo lo expuesto, para esta Sala el daño padecido por los demandantes con motivo de la privación de la libertad a la que fue sometido el señor Juan Carlos Valencia Agudelo, no resulta ser una obligación de ser reparado por parte del Estado, y, en esta sede Contencioso administrativa, se encuentran sólidas razones, fundadas en la jurisprudencia de unificación, para negar la reparación reclamada por la parte demandante; sumado a que, la Fiscalía y el Juez de Control de Garantías al solicitar y decretar la medida de aseguramiento, cumplieron con los requisitos legales y probatorios exigidos en el código de procedimiento penal en el cual fundó su actuación, y no existe al momento prueba alguna que dé cuenta de que la privación de la libertad del señor Juan Carlos Valencia Agudelo fue desproporcionada, irrazonable o arbitraria.

Razón por la cual se revocará en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el ocho (8) de agosto de dos mil diecisiete (2017), tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Costas

En el presente asunto se condenará en costas a cargo de la parte demandante, en atención a que la demandada se vio en la necesidad de asumir el pago de un abogado.

Así las cosas, y conforme al artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandante, las que se liquidarán conforme a los artículos 366 del Código General del Proceso.

Según el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará en costas a la parte demandante, las agencias en derecho se tasan en un valor de seiscientos noventa y un mil quinientos pesos (\$691.500) equivalente al 1% de las pretensiones de la demanda, a favor de las demandadas Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.2. del artículo 6º del Acuerdo 1887/03 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, vigente para el momento de presentación de la demanda.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

III. Falla

Primero: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el ocho (8) de agosto de dos mil diecisiete (2017), dentro del medio de control de reparación directa interpuesto por la señora Yamileth López López y otros, contra Nación – Rama Judicial - Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Fiscalía General de la Nación, y en su lugar,

Segundo: Negar las pretensiones de los demandantes.

Tercero: Condenar en costas a cargo de la parte demandante cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$691.500, por lo expuesto.

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

Notifíquese y cúmplase,

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

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021).

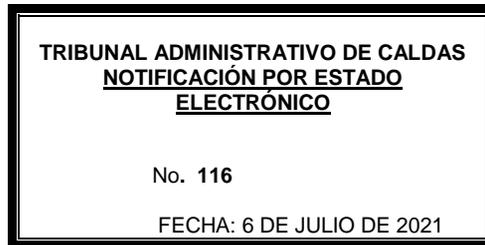
RADICADO	17001-23-33-000-2014-00390-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
DEMANDADO	MARIO GIRALDO NARANJO Y LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Surtido el traslado de la prueba documental, y al evidenciar el despacho que ninguna de las partes presentó tacha u objeción frente a la misma según constancia secretarial visible a folio 454, la misma se entiende debidamente practicada; los documentos se incorporan al expediente y serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia.

Al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamientos, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 181 del CPACA, córrase traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión.

SE ADVIERTE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, este es, sgtadminclcd@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo electrónico se tendrá por no presentado.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**



Firmado Por:

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 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:

626e3449c5a45b0b5960c684f4de12c42e14cee68fb1e8ee5538741ef1f
f67bf

Documento generado en 02/07/2021 09:57:57 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA 2ª DE DECISIÓN ORAL
MAGISTRADA PONENTE: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, 02 de Julio de 2021

Radicación:	17001 33 39 008 2017 00287 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento Del Derecho
Demandante:	Luz Enith Zuluaga Meza
Demandado:	Colpensiones
Providencia:	Sentencia No. 3

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª de Decisión Oral, integrada por la Magistrada PATRICIA VARELA CIFUENTES en calidad de ponente, el Magistrado DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS y el Magistrado AUGUSTO MORALES VALENCIA, procede a dictar sentencia por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de agosto de 2019 proferida por la señora jueza 8ª Administrativa del Circuito de Manizales con la cual negó parcialmente las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, solicita:

“PRIMERA: Que se declare nula la Resolución GNR 228088 de Agosto 3 de 2016, a través de la cual COLPENSIONES reliquida la pensión de jubilación de la señora LUZ ENITH ZULUAGA MEZA bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, quedando como cuantía para el año 2014 la suma de \$808.468, no obstante ser más favorable que se le reliquidara la pensión de jubilación bajo los parámetros del Artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

SEGUNDA: Que se declare nula la Resolución VPB 39284 de Octubre 12 de 2016, a través de la cual COLPENSIONES resuelve el recurso de apelación reliquidando la pensión de Jubilación de la señora LUZ ENITH ZULUAGA MEZA bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, quedando como cuantía para el año 2014 la suma de \$815.991, no obstante ser más favorable que se le reliquidara la pensión de jubilación bajo los parámetros del Artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

TERCERO: A título de Restablecimiento del Derecho solicito como **PRETENSIÓN PRINCIPAL** que se ordene a la entidad demandada a proferir un nuevo acto administrativo por medio del cual reliquide la pensión de la señora LUZ ENITH ZULUAGA MEZA a partir de Noviembre 14 de 2.013, con el promedio de salarios cotizados en el último año de servicios, el cual se encuentra comprendido entre el 17 de Noviembre de 2.003 y el 17 de Noviembre de 2.004, en el cual se incluya como **SALARIO** además de la asignación básica mensual, el 15% de incentivo, los gastos de representación, la prima técnica; los dominicales y feriados; las horas extras; los auxilios de alimentación y transporte, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; y como **FACTORES SALARIALES**: La prima de Navidad, la prima de vacaciones, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios; la prima semestral, los viáticos y demás factores salariales.

CUARTA: A título de Restablecimiento del Derecho solicito como **PRETENSIÓN SUBSIDIARIA** que se ordene a la entidad demandada a proferir un nuevo acto administrativo por medio del cual reliquide la pensión de la señora LUZ ENITH ZULUAGA MEZA a partir de Noviembre 14 de 2.013, estableciendo que el promedio de Base de Liquidación le resulta más favorable entre la obtenida con el promedio de salarios cotizados durante toda la vida laboral o la obtenida con el promedio de salarios cotizados durante los último diez años cotizados como servidora pública, teniendo en cuenta como **SALARIO** además de la asignación básica mensual, el 15% de incentivo, los gastos de representación, la prima técnica; los dominicales y feriados; las horas extras; los auxilios de alimentación y transporte, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; y como **FACTORES SALARIALES**: La prima de Navidad, la prima de vacacione, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios; la prima semestral, los viáticos y demás factores salariales.

QUINTA: A título de Restablecimiento del Derecho, también solicito ordenar a la entidad demandada actualizar la base de liquidación para obtener el valor de la primera mesada pensional con el IPC que rigió año por año desde el año 2004 hasta el año 2013, año en el cual mi mandante adquirió el status de jubilada.

[...]

2. Hechos.

La parte actora fundamentó sus pretensiones en los hechos que se narran a continuación:

La demandante nació el 14 de noviembre de 1958 y para el 30 de junio de 1995 contaba con 35 años de edad, haciéndose beneficiaria del régimen de transición. Laboró al servicio del Hospital de Caldas durante el periodo comprendido entre el 19 de febrero 1980 y el 17 de noviembre de 2004. El 14 de noviembre de 2013 cumplió 55 años de edad y por lo tanto adquirió el estatus pensional; por ello, el 15 de ese mismo mes y año solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue reconocida mediante la Resolución No. GNR 244830 del 3 de julio de 2014, tomando como base lo devengado en los últimos 10 años. El 21 de abril de 2016 la demandante solicitó a Colpensiones la reliquidación de la pensión con todos los factores devengados en el último año de servicio y la indexación de la primera mesada pensional. Por medio de la Resolución No. GNR 228088 del 3 de agosto de 2016, la

Administradora de Pensiones aumentó el valor de la mesada pensional y lo propio hizo al resolver el recurso de apelación contra dicho acto mediante la Resolución VPB 39284 del 12 de octubre de 2016, en ambos casos bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Artículo 36 y párrafo 1 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993; y artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

Se arguye en la demanda que la parte actora es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto está amparada por el régimen anterior contemplado en la Ley 33 de 1985 en atención al tiempo laborado como empleada pública. Se afirma que la pensión debe ser reliquidada con el 75% del salario devengado en el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales percibidos en dicho lapso, estipulados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Citó la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 14 de diciembre de 2011, radicado 19001233100020050173601, para sustentar su solicitud de que se tengan en cuenta todos los factores percibidos por la demandante como contraprestación por sus servicios. Así mismo, se refirió al alcance de la sentencia C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, proferidas por la Corte Constitucional.

4. Contestación de la demanda.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos adujo que unos son ciertos y otros no lo son.

Propuso como excepciones las que denominó:

“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “Buena fe”, “Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”, “innominada” y “prescripción”.

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales profirió sentencia el 14 de agosto de 2019 mediante la cual resolvió:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda en cuanto a la pretensión de reliquidación de la pensión a favor de la demandante.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. GNR 228088 del 03 de agosto de 2016 y la Resolución No. VPB 39284 del 12 de octubre de 2016 en cuanto negó la indexación de la primera mesada de la pensión de jubilación solicitada por la señora LUZ ENITH ZULUAGA MEZA.

TERCERO.- En consecuencia a título de restablecimiento del derecho el Despacho condenará a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES reconocer y pagar la suma resultante de:

-Actualizar la base de liquidación de la pensión de jubilación entre la fecha de retiro del servicio de la demandante – 17 de noviembre de 2004 – y hasta la fecha de adquisición del status pensional – 14 de noviembre de 2013 – fecha en que cumplió los 55 años de edad – con aplicación de la siguiente fórmula [...]

-Actualizada en esos términos la base de liquidación de la pensión de jubilación de la actora, la entidad demandada pagará la diferencia que resulte entre lo que pagó y lo que debió pagar en cada uno de los meses transcurridos entre la fecha en que cumplió los 55 años de edad y la fecha de cumplimiento de la sentencia, tomando en consideración los reajustes de ley, en cada uno de los años.

-Las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado y lo que debió pagarse en virtud de esta providencia, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la fórmula transcrita [...]

CUARTO.- No se condenará en costas [...]"

Como sustento de su decisión, el a quo citó la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, en la cual fijó las reglas a tener en cuenta para la liquidación de pensiones amparadas por el régimen de transición de la ley 100 de 1993.

En cuanto a la indexación de la primera mesada pensional citó la sentencia C-862 -06 del 19 de octubre de 2006, proferida por la Corte Constitucional, en donde aquello se reconoce como un derecho constitucional de los pensionados a fin de mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional. Así mismo, citó otros pronunciamientos emanados del Consejo de Estado en donde se argumenta en favor de dicho reconocimiento.

De las pruebas obrantes en el proceso extrajo que, la señora Zuluaga Meza, es titular de una pensión de vejez reconocida mediante la Resolución No. GNR 244830 del 03 de julio de 2014, en cuantía de \$765.646, a partir del ingreso en nómina; con la Resolución No. GNR 228088 del 3 de agosto de 2016 se ordenó la reliquidación de la pensión elevando la misma a la suma de \$793.082; contra dicho acto administrativo se interpuso el recurso de apelación, el cual fue decidido por medio de la Resolución No. VPB 39284 del 12 de

octubre de 2016, aumentando la cuantía hasta quedar en \$800.462. A través de derecho de petición del 21 de abril de 2016, la demandante solicitó la indexación de la primera mesada y la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, dado que en dichos actos de tuvo en cuenta el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, actualizado anualmente con el IPC, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La pretensión de reliquidación con todos los factores devengados en el último año de servicio fue negada por la jueza de primera instancia con fundamento en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, en donde se establecen las subreglas para determinar el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; al respecto, encontró que el promedio de los últimos diez años aplicado por Colpensiones para determinar el IBL de la pensión de la demandante, se encuentra ajustado a las reglas sentadas por la Alta Corporación.

En torno a la solicitud de indexación de la primera mesada pensional, se determinó que: i) la demandante se retiró del servicio el 17 de noviembre de 2004; y ii) Adquirió el estatus pensional el 14 de noviembre de 2013, fecha a partir de la cual le fue reconocida la pensión de vejez. En consecuencia, consideró que el salario liquidado en el acto de reconocimiento pensional estaba devaluado para la fecha de adquisición del status pensional, pues el último salario devengado por la actora lo fue en el año 2004 mientras que la consolidación del derecho a la pensión solamente tuvo lugar hasta el año 2013, data en la cual cumplió la edad legamente requerida para esos efectos. Concluyó que la base de liquidación pensional debe ser actualizada entre la fecha de retiro del servicio y la fecha de adquisición del estatus pensional, de conformidad con el mandato constitucional contenido en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia. (fls. 186-192, C. 1)

6. Recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia al considerar que en calidad de beneficiaria del régimen de transición tiene derecho a que su pensión sea reconocida de conformidad con la Ley 33 de 1985 tomando para ello los salarios y factores salariales devengados en el último año de servicios, el cual se encuentra comprendido entre el 17 de noviembre de 2003 y de 17 de noviembre de 2004. Considera que se debe tomar en cuenta, además del salario básico, el 15% del incentivo y como factores salariales, la prima de servicios, la prima de navidad, la prima de vacaciones y demás factores salariales, actualizando con el IPC la base de liquidación desde el año 2004 hasta el año 2013, fecha de adquisición del estatus pensional. Añade

que las reliquidaciones efectuadas por Colpensiones se hicieron bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993.

Considera que la tesis acogida por el a quo no es justa ni equitativa para la señora Luz Enith Zuluaga Meza, pues constituye una regresión de los derechos laborales y una violación flagrante del artículo 334 de la Constitución Política. Aduce que el mismo Consejo de Estado en sentencia del año 2017 hace un análisis del tema con el objeto de no modificar su tesis y respetar el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. (fls. 194-204, C. 1)

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

6.1. Parte demandante.

Guardó silencio.

6.2. Parte demandada.

Reitera los argumentos expuestos en primera instancia en torno a la tesis que se aplica con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (SU-230 de 2015, C-395 de 2017) y del Consejo de Estado (SU 52001-23-33-000-2012-00143-01 del 28 de agosto de 2018); indica que el derecho pensional se adquiere con los requisitos de edad, tiempo de servicios/semanas cotizadas y monto, contemplados en el régimen anterior al cual se encontraran afiliados, sin remisión a norma anterior para la aplicación del IBL, ya que este aspecto no fue sometido a tránsito legislativo.

Indica que la pensión de la parte demandante fue liquidada con el promedio de los últimos diez años y los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994. Agrega que, los factores salariales pretendidos no son considerados como aquellos sobre los cuales se deba aportar, motivo por el cual tampoco pueden ser tenidos en cuenta al momento de liquidar la prestación pensional. (fls. 7 – 12, C. 4)

7. Concepto del Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que por esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales dicha entidad negó la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios; consecuentemente, se ordene la reliquidación de la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, esto es, con el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios.

La entidad demandada, por su parte, se opone a las pretensiones de la demanda pues según dice, dichos actos administrativos fueron expedidos de conformidad con el régimen de transición a que tenía derecho la parte actora, quien acreditó los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, procediendo a aplicar una tasa de reemplazo del 75% sobre el IBL de los últimos diez años.

1. Problemas Jurídicos.

- 1.1. ¿Cuál es el régimen legal aplicable a la situación pensional de la demandante?
- 1.2. ¿Procede el reajuste de la pensión de vejez con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

2. Del régimen pensional aplicable a la parte demandante.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, estableció en el artículo 11 -modificado luego por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003-, que “Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo...” /Subraya la Sala/.

El Sistema General de Pensiones (Ley 100 de 1993) entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional (art. 1º Decreto 691 de 1994), mientras que para los servidores públicos del orden territorial a más tardar el 30 de junio de 1995 (arts. 1 y 2); luego, el canon 36 de la Ley 100 de 1993 estipuló en lo pertinente que:

“...La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en Vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley...

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos...”/Destacado también de la Sala/.

Siguiendo la normativa en cita, en el *sub lite* se pudo establecer que la señora Luz Enith Zuluaga Meza, al treinta (30) de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93, contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 14 de noviembre de 1958 /Cdo 2 Antecedentes Administrativos/, de suerte que es beneficiaria del régimen de transición a que alude el precepto 36 parcialmente transcrito.

El régimen previsto para los servidores públicos con anterioridad a la Ley 100/93 se encuentra contenido en la Ley 33 de 1985¹, en cuyo artículo 1º señala:

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

En el expediente administrativo allegado al proceso, se observa que la demandante prestó sus servicios al Hospital de Caldas ESE durante más de 20 años, en calidad de empleada pública.

Con base en lo expuesto, es diáfano para la Sala que la accionante se encuentra cobijada por el régimen pensional de la Ley 33/85.

Precisado el régimen pensional aplicable, procede la Sala a determinar los factores salariales que resultaban aplicables a la liquidación pensional de la parte demandante.

3. Del Ingreso Base de Liquidación – IBL.

En el *sub lite*, se tiene que la accionante es beneficiaria del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y por ende, su situación

¹ Modificada por la Ley 62 del mismo año.

pensional se halla gobernada por la Ley 33 de 1985. Ahora, el debate se circunscribe al alcance de los beneficios de la transición y los factores salariales a tener en cuenta en el cómputo pensional.

La citada Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, en sus artículos 1º y 3º previó:

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

(...)

***Artículo 3º** “Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en jornada de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.-Resalta la Sala/.

Como se vislumbró desde la etapa primigenia del proceso, el marco de discusión se contrae a la inclusión o no del ingreso base de liquidación (IBL) dentro del catálogo de beneficios previstos por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y a partir de ahí, si el IBL que debe tomarse en consideración es el contenido en las normas anteriores o si por el contrario, al quedar excluido de la transición, este aspecto en concreto ha de entrar a gobernarse por las previsiones del sistema pensional general que entró en vigencia el primero (1º) de abril de 1994.

El debate jurídico sobre el particular se enmarca en el contexto de posturas jurídicas encontradas, puntualmente a raíz de la adoptada por la Corte Constitucional que tiene como hitos jurídicos las providencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en las que se separó de la hermenéutica que el Consejo de Estado –y el mismo Tribunal Constitucional- venían otorgando al alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En relación con este tema, este Tribunal ha venido interpretando de manera pacífica y reiterada que cuando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone que “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas,

y el monto de la pensión de vejez” serán los previstos en el régimen anterior, ha de entenderse que en este último concepto se incluyen tanto la tasa de reemplazo como el ingreso base de liquidación (IBL) que contenían las normas precedentes a su vigencia, pues una intelección opuesta vulnera el principio de inescindibilidad normativa y de contera, crea un tercer régimen pensional no previsto por el legislador.

En consecuencia con esta línea de argumentación, el Tribunal también ha sostenido que la Ley 33 de 1985 ilustra que, así se hagan aportes a la Caja de Previsión basados en rubros distintos de los enlistados en el inciso segundo del artículo 3º, las pensiones se liquidarán teniéndolos en cuenta, intelección que se acompasa con lo estipulado en el canon 1º también trasunto², y que se complementa con la definición de salario trazada por el Consejo de Estado, que lo define en su jurisprudencia como “*lo que el trabajador recibe en forma habitual o a cualquier título y que implique retribución ordinaria permanente de servicios, sea cual fuere la designación que las partes le den*”³.

El otro de los fundamentos que había venido tomando esta colegiatura como soporte de su hermenéutica se hallaba en la postura -también reiterada- del órgano de cierre de esta jurisdicción, que en varias oportunidades insistió⁴ en lo pregonado en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, de cuatro (4) de agosto de 2010⁵, por cuyo ministerio:

“(…) Así, esta Sala en la sentencia de Sección del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Expediente No. 0112-2009, Actor: Luis Mario Velandia, unificó los criterios en mención, para llegar a la conclusión de que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios...”. /Resalta la Sala/.

Sin embargo, ante la irrupción de la nueva postura interpretativa de la Corte Constitucional introducida en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, el Consejo de Estado reforzó su doctrina, y en fallo de veinticinco (25) de febrero de 2016, sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda⁶, ratificó una vez más la postura asumida por este Tribunal en cuanto a la aplicación del IBL del último año de

² Ver entre muchas otras, sentencias del 16 de junio de 2015, Exp. 2013-00299-02 y Exp. 2013-00369-02. M.P. Augusto Morales Valencia.

³ Sentencia del 19 de febrero de 2004, Sección Segunda, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, fecha: 4 de agosto de 2010, Ref: Expediente No.

250002325000200607509 01.-, Número Interno: 0112-2009.-, Actor: Luis Mario Velandia.

⁶ Sentencia de veinticinco (25) de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 25000234200020130154101.

servicios a los beneficiarios de la transición consagrada en la Ley 100 de 1993.

En síntesis, el máximo órgano de esta jurisdicción especializada acudió a la postura que de forma reiterada había plasmado frente a este tema específico⁷, corroborando que cuando las normas de transición contienen el concepto de “monto” de la pensión, este hace referencia no solo a un porcentaje, como quiera que este es un mero dato abstracto, sino a la suma de las partidas o promedio de los factores salariales devengados por el trabajador, a lo cual añadió que el Decreto 1158 de 1994 establece el Ingreso Base de Cotización (IBC) y no el Ingreso Base de Liquidación (IBL), que en el caso de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, debía continuar rigiéndose por las normas anteriores al primero (1º) de abril de 1994.

En la misma providencia, el Consejo de Estado convalidó la postura plasmada en la Sentencia de Unificación de cuatro (4) de agosto de 2010 con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila en el expediente Rad. 0112-2009 (citada líneas atrás), en punto a la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios en aras de establecer el monto de la pensión.

Respecto a la posición introducida en la Sentencia C-258 de 2013 por la Corte Constitucional, el supremo tribunal de esta jurisdicción indicó que no era posible extender la hermenéutica allí plasmada a la generalidad de los casos, básicamente por cuanto, (i) tal decisión aborda el estudio de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que consagra un régimen pensional de privilegio, y no la generalidad de beneficiarios de los regímenes anteriores a la Ley 100/93; (ii) las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 tienen justificación y racionalidad y no hicieron parte del examen de constitucionalidad, con lo cual no pueden extenderse sus efectos; y (iii) el Consejo de Estado ya hace varios años ha determinado que la enunciación de factores salariales de las Leyes 33 y 62 de 1985 no es taxativa, pronunciamiento que constituye precedente para los funcionarios de esta jurisdicción especializada.

Por su parte, en relación con la Sentencia SU-230 de 2015, que adoptó como precedente frente al régimen de transición en pensiones la argumentación consignada en la sentencia C-258 de 2013 ya referida, el Consejo de Estado planteó que dicha providencia avala la postura que sobre el particular ha mantenido la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en el marco de sus competencias y en concreto, en el escenario decisional de la jurisdicción ordinaria.

⁷ Acudió a la Sentencia de 21 de junio de 2007, Radicado 0950 de 2006, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

El temperamento jurídico esbozado hasta este punto, que había permitido a este Tribunal mantener la posición del órgano supremo de esta jurisdicción, fue morigerado en cuanto a sus límites temporales con la expedición de la Sentencia T-615 de 2016, en la que adujo la Corte Constitucional que el precedente jurisprudencial consignado en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 sólo resultaba obligatorio para aquellos casos en los que se dictara sentencia con posterioridad a la ejecutoria de esta última, anotando en todo caso que si el estatus pensional se había adquirido antes de la ejecutoria de la providencia primeramente citada (C-258 de 2013), el criterio interpretativo esbozado por el Tribunal constitucional no resultaba obligatorio.

En el caso de este Tribunal Administrativo, se aplicó esta regla por un breve lapso, hasta cuando la Sentencia T-615 de 2016 fue declarada nula a instancias del mismo tribunal constitucional con Auto N° 229 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amaris).

Finalmente, la Corte Constitucional se pronunció una vez más sobre la interpretación que en su criterio debe dársele al régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993. Dicho pronunciamiento se halla en la Sentencia SU-395 de 2017⁸, de la cual el tribunal extracta lo pertinente:

*(...) 10.2.2.1. **Este caso se refiere al reconocimiento de la pensión de jubilación a un beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 con un monto del 75% liquidado con el IBL de la Ley 100 de 1993 que, al pretender la reliquidación de su mesada pensional con base en el último año de servicios -Ley 33 de 1985 y factores salariales de la Ley 62 de 1985- inició proceso** de nulidad y restablecimiento del derecho que conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual ordenó la reliquidación de la mesada con base en el 75% de lo devengado por el demandante en el último año de servicio oficial con la inclusión de todos los elementos salariales percibidos. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó parcialmente lo decidido al incluirse la prima de bonificación -por no ser elemento salarial- y haberse compensado los aportes de los demás elementos salariales incluidos en la liquidación. (...)*

10.2.2.2. Sobre las anteriores consideraciones, la Sala Plena estima que se configuran los defectos endilgados en la demanda de tutela por las siguientes razones:

(...) Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a "monto de pensión" como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.

En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de

⁸ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

A través de las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a la Corte Constitucional le correspondió estudiar la constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin dejar lugar a dudas sobre el alcance del inciso tercero, en cuanto a que el mismo determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo.

Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: "Artículo 4º. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan". De manera que las consideraciones esbozadas sobre la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aplicables al caso concreto y, en general, a quienes se regían por la Ley 33 de 1985. No obstante todo lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, interpretó dichas disposiciones de manera evidentemente contraria a como ha sido esbozado, desconociendo lo establecido expresamente por el legislador, así como lo dispuesto en la Sentencia C-168 de 1995.

A este respecto, la sentencia impugnada concluyó que el inciso tercero sólo se habilita cuando el régimen anterior aplicable en el caso concreto no establece una norma expresa que determine el ingreso base de liquidación. Así las cosas, encontró también que el monto de la pensión incluía no sólo la tasa de reemplazo, sino también el Ingreso Base de Liquidación, los factores salariales y los demás elementos constitutivos de la liquidación. Perspectiva bajo la cual se advierte un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa de la Constitución.

Y aun cuando en sentencias de tutela posteriores a la Sentencia C-168 de 1995 se haya ordenado la reliquidación de pensiones al entender que la expresión "monto de la pensión" incluía ingreso base de liquidación, éstas simplemente ostentan un efecto inter-partes que no tiene la virtualidad de subsanar el defecto advertido en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

El Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6, introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual, Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Y, en cuanto al régimen de transición, hizo remisión a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...) En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Por último, cabe recordar que la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 sobre régimen especial de Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sostuvo que, no obstante que el Acto Legislativo 01 de 2005 haya respetado la existencia de un régimen de transición en materia pensional, "impuso límites temporales y materiales. En cuanto a los beneficios y condiciones, la reforma constitucional remitió a lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que establece que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les

*apliquen las normas pensionales anteriores, en relación con la edad, el tiempo de cotización o servicios prestados, y **el monto de la pensión, entendido como tasa de remplazo**. Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, se sujetan a las disposiciones contenidas en el sistema general de pensiones”.*

10.2.2.3. Por lo anterior, habrá de ser revocada la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta- el 11 de agosto de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en contra de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual denegó por improcedente la acción de tutela. En su lugar, se concederá la protección del derecho fundamental al debido proceso”/Líneas y resaltados son de la Sala/.

En igual sentido, el Consejo de Estado unificó su postura en la sentencia de veintiocho (28) de agosto de 2018⁹, en la cual indicó el Ingreso Base de Liquidación que debe tenerse en cuenta para las personas beneficiarias del régimen de transición:

*“91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. **El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de remplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.** La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.*

(...)

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.”

Asimismo, en la misma providencia esa Alta Corporación señaló que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional de los servidores públicos beneficiarios de la transición, deben ser únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes al sistema pensional.

Rectificación Jurisprudencial:

⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P.: César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-0143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: UGPP.

Tanto la sentencia SU-395 de 2017 y la de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018, marcan un precedente de especial incidencia en la interpretación del tema que ocupa la atención de esta Sala. A diferencia de las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, la primera providencia sí se refiere puntualmente al contenido del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aludiendo en especial a los servidores públicos, a tal punto que la decisión allí contenida revocó varias sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado que hacían parte de la línea de entendimiento tradicionalmente asumida por esta jurisdicción especializada.

En el nuevo pronunciamiento, la Corte Constitucional hace énfasis de manera contundente en que la interpretación constitucionalmente válida frente al citado régimen transicional en materia pensional involucra componentes esenciales que pueden sintetizarse así: **(i)** el régimen de beneficios consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene la edad, el número de semanas cotizadas o tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendido exclusivamente como tasa de reemplazo o porcentaje; **(ii)** por el contrario, el Ingreso Base de Liquidación (IBL) se rige por las normas del sistema pensional general (Ley 100/93), pues no integra el ámbito de la transición; **(iii)** los factores salariales hacen parte de la base pensional o IBL y no del “monto” de la prestación, por lo que serán los señalados en los Decretos 691 y 1158 de 1994; y **(iv)** se ratifica el mandato de correspondencia entre las cotizaciones y el reconocimiento pensional, por lo que los factores que no sean objeto de aportes al sistema no se verán reflejados en la liquidación del derecho reconocido.

Como se anotó líneas atrás, el contenido de la transición ha atravesado por diversas posibilidades hermenéuticas, dentro de las cuales este Tribunal había adoptado de manera uniforme la que señalaba al IBL como parte integrante del catálogo de beneficios, y con ello, la posibilidad de reconocer todos los factores salariales y la base de liquidación de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Sin embargo, el hecho de que el último precedente constitucional aluda de manera directa a la situación de ex servidores públicos beneficiarios de la transición y cobijados por decisiones del máximo órgano de esta jurisdicción, revela sin lugar a equívocos que el marco de aplicación de la hermenéutica introducida por el Tribunal Constitucional se extiende a aquellos litigios que involucran la generalidad de los regímenes pensionales anteriores a 1994 y no solo aquellos especiales inicialmente abordados en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Todo ello teniendo en cuenta además la postura adoptada por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, pues la sentencia de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018 determinó las reglas aplicables en los casos de aquellos beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, estableciendo claramente que el IBL a tener en cuenta es aquel contenido en el inciso 3º del mencionado precepto y que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional son solo aquellos sobre los cuales se hayan realizado los respectivos aportes.

Con base en ello, y atendiendo a que en los términos de la guardiana de la Carta esta es la interpretación constitucionalmente admisible del beneficio de la transición y a la posición del H. Consejo de Estado fuerza que el Tribunal rectifique la postura hasta ahora esbozada y en consecuencia, acoja en adelante el precedente constitucional desarrollado con amplitud en la Sentencia SU-395 de 2017 y el precedente vertical obligatorio de la sentencia emanada del H. Consejo de Estado el veintiocho (28) de agosto de 2018.

4. El caso concreto.

Conclusión de lo dilucidado, y habida consideración de que las pretensiones de la demanda se contraen a la aplicación del IBL y demás factores salariales de la Ley 33 de 1985 respecto de la liquidación de la pensión de la parte demandante en su calidad de beneficiaria de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dable es concluir que le asiste razón a Colpensiones cuando afirma que no procede la reliquidación de la pensión de la parte actora con la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio.

Por ende, la entidad de previsión se sujetó a los mandatos del Decreto 1158 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.3 del Decreto 1833 de 2016, para determinar los factores salariales a incluir en la base de liquidación, norma que consagra lo siguiente:

“ART. 1º—El artículo 6º del Decreto 691 de 1994 quedará así: “Base de cotización.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

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

Atendiendo a la postura adoptada por este Tribunal, el IBL de la Ley 33 de 1985 no es aplicable a la demandante en razón del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de su pensión son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Respecto a los argumentos de la parte recurrente en cuanto al precedente de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, es menester indicar que dicha posición estuvo vigente en cuanto a la interpretación de la transición del artículo 36 de la Ley 100/93, la cual luego fue reevaluada el 28 de agosto de 2018 a raíz de los distintos pronunciamientos tanto de esa Corporación como de la Corte Constitucional sobre las reglas de aplicación en la liquidación pensional, por lo que esta sentencia constituye de obligatorio acatamiento, ello teniendo en cuenta que según los dictados de los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, son tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contenciosa administrativa, al paso que la Corte Constitucional, al ser el órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución, tienen el deber de unificar la jurisprudencia, de tal manera que sus pronunciamientos se erigen en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.

Es de iterar que el beneficio de la transición no comprende el derecho a que la pensión sea liquidada con el IBL del régimen anterior y por lo tanto, aunque la pensión deba ser reconocida al amparo de la Ley 33 de 1985, no lo será con todos los factores devengados en el último año de servicios sino con el promedio de lo devengado en los últimos diez años y los factores expresamente señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, teniendo claro que no procede la liquidación de la pensión en los términos solicitados por la parte demandante – 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios – la conclusión a la que se arriba en esta instancia es aquella según la cual, la pensión tal y como fue reconocida por la entidad accionada se ajusta a derecho.

En conclusión, se confirmará la sentencia proferida el 14 de agosto de 2019 por la Jueza Octava Administrativa del Circuito de Manizales en el proceso de la referencia.

5. Condena en costas

En el presente asunto no se condenará en costas a la parte demandante, considerando el cambio de jurisprudencia que sobre el tema objeto del proceso tuvo lugar en la historia reciente de esta jurisdicción.

Con fundamento en lo anterior, la **Sala 2ª Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida el 14 de agosto de 2019 por la Jueza Octava Administrativa del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Luz Enith Zuluaga Meza contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

Cuarto: En firme la sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese

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

Los integrantes de la Sala 2ª Oral de Decisión,

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrada Ponente: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, 02 de julio de 2021

Radicación:	17 001 23 33 000 2017 00453 00
Clase:	Protección de derechos e intereses colectivos
Accionante:	Enrique Arbeláez Mutis
Accionado:	Corpocaldas, municipio de Manizales y otros
Providencia:	Sentencia No. 4

Decide esta Sala Plural sobre el medio de control de la referencia.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

La parte accionante presentó demanda en ejercicio del medio de control de protección a los derechos e intereses colectivos con el fin de que se resguarden los derechos consagrados en los literales j), l) y m) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998 y en consecuencia, se ordene a la parte accionada lo siguiente:

- “1. Legalización: concesión de aguas para regular caudales, protección del nacimiento, recuperación de obras en la bocatoma y desarenadores, campañas de reforestación y restitución de cerramiento con franja amarilla.*
- 2. Analizar la gestión del fontanero al tener muchas ocupaciones en el entorno y no poder cumplir con el objeto para el cual se designa.*
- 3. Reponer redes obsoletas y dañadas, suministro e instalación de materiales para generación de ahorro y control de la calidad y cantidad del agua, actividades que propendan por la potabilización del agua y tratamiento para el consumo que garantice una labor eficiente desde lo técnico y operatividad del acueducto.*
- 4. Campañas educativas, al servicio de una educación ambiental en el entorno.”*

2. Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho:

En la vereda Las Mercedes del municipio de Manzanares, Caldas, existe una red de acueducto que funciona por gravedad, a través de una manguera y con un tanque de almacenamiento para el abastecimiento de 130 familias aproximadamente; no existe trámite de concesión de aguas, se tiene un solo fontanero que atiende también a particulares propietarios de fincas del sector, lo cual le impide contar con el tiempo suficiente para atender adecuadamente sus funciones. Indica que la red de acueducto es obsoleta, se encuentra en mal estado y presenta reposición de tubería sólo en algunos tramos. Denuncia que existe contaminación por escombros, basuras y animales muertos en la cabecera donde se encuentra la bocatoma, contaminación con pesticidas y desperdicio de agua en bebederos y zonas de potreros.

3. Trámite procesal.

Mediante auto del 12 de septiembre de 2017 fue admitida la demanda y se ordenó su notificación al Alcalde del Municipio de Manzanares, Caldas, al Director de la Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpopaldas, al Defensor del Pueblo y al Agente del Ministerio Público. De igual forma, se ordenó informar a la comunidad sobre la existencia de la demanda. (Fls. 23-24, C. 1)

Posteriormente, con auto del 27 de octubre de 2017 se ordenó la vinculación de la Federación Nacional de Cafeteros – Comité de Cafeteros de Caldas. (fls. 133 – 134, C. 1) y a través del proveído del 8 de febrero de 2018 se ordenó la vinculación de la Junta del Agua de la vereda Las Mercedes, representada por el señor William Salazar. (fls. 158 – 159, C. 1)

4. Contestación de la demanda.

4.1. Municipio de Manzanares, Caldas.

En escrito allegado el 5 de octubre de 2017, el apoderado judicial de la entidad contestó la demanda; se opuso a todas las pretensiones de la parte actora y frente a los hechos precisó que, el acueducto objeto de este proceso, es administrado por la Junta de Acción Comunal, la cual tiene personería jurídica y es presidida por la señora Dorelia Bedoya. Explicó que dicho acueducto fue construido tiempo atrás por el Comité de Cafeteros, quien en su momento organizó a la comunidad y les entregó la administración del sistema, al punto que ellos mismos recaudan dinero por el servicio que prestan a toda la comunidad del sector. De igual manera, le cancelan a un fontanero directamente los servicios requeridos por los daños y acometidas en las conexiones de nuevos usuarios.

Planteó las siguientes excepciones: “inexistencia de violación de derechos e intereses colectivos en el sector señalado por parte del municipio de Manzanares”; “falta de legitimación en la causa por pasiva”; “excepción genérica”. (fls. 37 – 39, C. 1)

4.2. Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas.

Por medio de apoderado judicial y mediante escrito del 5 de octubre de 2017, dicha Corporación se opuso a las pretensiones de la parte accionante. Hizo precisiones en torno a la ubicación exacta del acueducto veredal y al estado actual del mismo según información recibida de la presidenta de la Junta de Acción Comunal, quien coincide en el mal estado de dicha estructura, la contaminación del afluente de donde se surte el acueducto y el desperdicio del agua en zonas de potreros, entre otros. También trae a colación lo consignado en la Agenda para la Gestión Ambiental del Municipio de Manzanares (Abril del 2000) en donde se destacan deficiencias de tipo ambiental, técnico y administrativo en cuanto al manejo dado al dicho acueducto veredal.

Hizo un análisis de las normas en materia de protección de cuencas de zonas abastecedoras de acueductos municipales, destacando la competencia de la entidad territorial en esos temas; así mismo, se refirió a la obligación de propietarios de predios de demarcar la faja forestal protectora de los nacimientos y corrientes de agua localizados en suelos rurales de conformidad con los lineamientos que para tal efecto ha fijado Corpocaldas. Hace ver que Corpocaldas ha prestado su apoyo técnico al municipio para la gestión integral de microcuencas abastecedoras de acueductos, atendiendo el alcance subsidiario atribuido legalmente a la Corporación.

Planteó como excepciones, las que denominó: “Ausencia de transgresión de los derechos colectivos y cumplimiento integral y diligente de las funciones asignadas por la ley a la Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas-, en atención a su órbita de competencia”; “falta de legitimación en la causa por pasiva de Corpocaldas”. (fls. 45-88, C. 1)

4.3. Federación Nacional de Cafeteros – Comité de Cafeteros de Caldas.

Se opone a las pretensiones de la parte demandante en lo que refiere a dicha Federación, pues considera que no ha vulnerado derecho colectivo alguno. Frente a los hechos señala que no le consta el estado actual en que se encuentra el acueducto veredal en cuestión.

Propone las excepciones de “Carencia de prueba que constituya vulneración de derechos colectivos por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia – Comité

Departamental de Cafeteros de Caldas”; “falta de legitimación en la causa por pasiva”; “naturaleza jurídica de derecho privado de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia”. (fls. 153 – 155, C. 1)

4.4. Junta del Agua Vereda Las Mercedes.

No contestó.

5. Audiencia especial de pacto de cumplimiento

La audiencia de pacto de cumplimiento se inició el 17 de octubre de 2018 (fls 173-175, C. 1) y continuó el día 14 de noviembre de ese mismo año, sin que se hubiese llegado a pacto de cumplimiento (fls. 189-190, C. 1)

6. Alegatos de conclusión

6.1. Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa procesal.

6.2. Parte demandada:

6.2.1. Corporación Autónoma Regional de Caldas.

Por intermedio de apoderado judicial, la entidad accionada procedió a presentar sus alegatos de conclusión, aduciendo en su defensa que la Corporación ha actuado conforme a las potestades que le otorga la ley y los diferentes reglamentos y en cumplimiento de las mismas ha desplegado las gestiones necesarias para brindar el conocimiento que permita al ente territorial tomar las medidas y acciones a fin de mitigar la problemática, todo lo cual estima se encuentra demostrado a partir de las pruebas allegadas al proceso, específicamente con los testimonios recaudados. No obstante, hace hincapié en el hecho de que la comunidad se muestre renuente a legalizar el uso del agua de la cual se benefician, lo que impide que la prestación sea de manera adecuada y con cumplimiento de parámetros para su cuidado y protección. Reitera argumentos jurídicos expuestos en la contestación de la demanda para luego culminar solicitando se exonere a Corpocaldas de toda responsabilidad en este caso. (fls. 407-431, C-. 1 B)

6.2.2. Federación Nacional de Cafeteros de Colombia – Comité Departamental de Cafeteros de Caldas.

Indica que la naturaleza privada de la Federación no le genera obligaciones en punto a la ejecución de obras públicas o cumplimiento de funciones asignadas a las entidades oficiales. Destaca que los acueductos veredales son entregados a las Juntas de Agua o a las Juntas de Acción Comunal para que éstas se encarguen de su administración; de igual forma hace ver la competencia del municipio de Manzanares en materia de conservación y reforestación de las cuencas abastecedoras de acueductos o sistemas de abasto. Reitera que son el ente territorial y Corpocaldas los llamados a responder por las pretensiones de la parte demandante y solicita en consecuencia se absuelva de toda responsabilidad a la Federación Nacional de Cafeteros. (fls. 432-433, C. 1 B)

7. Concepto del Ministerio Público.

La Procuraduría 28 Judicial II para Asuntos Administrativos de Manizales emitió concepto dentro del trámite de la referencia, refiriéndose en primer lugar a la naturaleza de este medio de control y al alcance de los derechos colectivos invocados. A continuación hace una exposición sobre el fundamento constitucional y legal de la debida y eficiente prestación de los servicios públicos.

De otro lado, al abordar el caso concreto, acoge la precisión efectuada por Corpocaldas en relación con la ubicación de acueducto veredal en cuestión, indicando que el mismo se encuentra en la vereda Llanadas, área cercana al caserío del corregimiento Las Margaritas, jurisdicción del municipio de Manzanares, Caldas. Toma igualmente el informe técnico contenido en el Oficio No. 2017-IE-00009040 del 11 de abril de 2017, emitido por Corpocaldas, en el cual se describen las características y estado general de la estructura e instalaciones de conducción de agua para el abastecimiento de la comunidad, destacando que las redes de acueducto son obsoletas y se encuentran en inadecuado estado por lo que es necesario que se realice la reposición de esta infraestructura; se requiere la concesión de aguas y el tratamiento de la contaminación en la bocatoma; aunado a ello, advierte el uso desmedido y descontrolado del recurso para usos agrícolas y la contaminación que dichas actividades generan al afluente.

No encuentra pruebas que indique que por parte del ente territorial se hayan adelantado actuaciones de orden técnico y administrativo que propendan por la potabilización del agua, la optimización del aprovechamiento del recurso hídrico y el consumo eficiente por parte de las comunidades que se sirven del mismo. Al respecto, destaca las competencias del municipio en materia de servicios públicos y saneamiento, advirtiendo que es competencia del ente territorial la ejecución de obras para la adecuación del sistema de acueducto de las veredas así como la implementación del mecanismo de prestación del servicio que resulte viable técnica y financieramente y que garantice el suministro eficiente y oportuno de agua potable a la comunidad que reside en esta zona.

Considera que el municipio de Manzanares puede acudir a instancias departamentales y nacionales para la financiación de un sistema de alcantarillado de agua potable para esa zona rural del municipio, para recibir cofinanciación y apoyo. Estima igualmente que se debe obtener la concesión para el uso de aguas y para ello Corpocaldas debe promover los procedimientos legales a que haya lugar.

Concluye que se dan las condiciones para acceder al amparo de los derechos colectivos invocados por la parte actora y en consecuencia se debe disponer la realización de un estudio técnico que determine la viabilidad de construir infraestructura para el suministro de agua potable acorde con las posibilidades financieras del municipio y demás entidades competentes, aunado a campañas de educación ambiental y sanitaria que instruyan a los habitantes de esta comunidad sobre el consumo eficiente y seguro del agua sobre su aprovechamiento racional. (fls. 434-443, C. 1 B)

II. Consideraciones

La acción popular desarrollada por la Ley 472 de 1998, es de origen Constitucional y de naturaleza pública, por lo tanto, puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica.

Esta disposición, al desarrollar el artículo 88 de la Constitución Política, reguló el ejercicio de las acciones populares y de grupo, y dictó otras disposiciones, las cuales están orientadas a garantizar los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza. Por su intermedio, se permite al titular acudir a la jurisdicción, para hacer cesar la vulneración del derecho colectivo o prevenir su violación.

Sobre la legitimación universal en las acciones populares, la Sala estima que esa medida se justifica, porque el objeto directo de la pretensión está referido a la protección del derecho colectivo vulnerado o amenazado con aquél y, además, porque en estas acciones no se trata de un conflicto litigioso entre partes que defienden derechos subjetivos. Adicionalmente, la acción popular está prevista en la Constitución para la protección de los derechos e intereses colectivos, por lo cual procede de manera preferente a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial que puedan asegurar idéntico fin.

El artículo 2º, inciso segundo, de la Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que las acciones populares 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; y al tenor del artículo 9º ibídem, esas acciones 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.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.

1. Problemas jurídicos.

1.1. ¿De las pruebas que obran en el plenario se desprende la vulneración de los derechos colectivos relacionados con el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; y 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, consagrados en los literales j), l) y m) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998?

1.2. ¿Se puede endilgar la vulneración de los derechos colectivos mencionados anteriormente a las entidades aquí accionadas de conformidad con el ámbito propio de sus competencias constitucionales y legales?

Como problemas jurídicos derivados se plantean los siguientes:

1.3. ¿A quién o quiénes corresponde la obligación de hacer la reposición de la red que conduce y abastece de agua a los habitantes de la vereda Las Mercedes, ubicada en zona rural del municipio de Manzanares, Caldas?

1.4. ¿A quién corresponde el cuidado y mantenimiento de las fuentes hídricas para evitar su contaminación con basuras, residuos agroquímicos, restos de animales, etc, así como la deforestación, usos inadecuados del suelo y extralimitación de las fajas protectoras?

1.5. ¿A quién corresponde gestionar la legalización de la concesión de agua del sistema de acueducto de la vereda Las Mercedes?

Para despejar los problemas planteados la Sala abordará: i) Pruebas relevantes aportadas al proceso; ii) Marco normativo de las competencias atribuidas por la ley a las entidades accionadas, en relación con la problemática planteada; iii) Solución al caso concreto.

2. Acervo probatorio.

- ✓ En relación con la ubicación precisa de la microcuenca que abastece los acueductos de la vereda Las Margaritas y de la vereda Las Mercedes, se tiene establecido que se origina en el predio denominado la Tolda de las Palomas – parte alta de Las Margaritas -, propiedad del Departamento de Caldas y del Municipio de Manzanares de conformidad con lo señalado en el Oficio No. 2041 de 2019, suscrito por el Secretario de Planeación e Infraestructura del ente territorial accionado. (fl. 373, C. 1 A) Según lo expuesto por Corpocaldas al contestar la demanda, el acueducto veredal se “localiza aproximadamente a una hora de camino tomando el desvío a mano derecha luego del puente sobre el río Santo Domingo en la vereda Llanadas, aproximadamente media hora después del caserío de Las Margaritas. (fl. 46, C. 1)
- ✓ En torno a la construcción del acueducto, el municipio de Manzanares al contestar la demanda afirmó que *“Este sistema de acueducto fue construido de mucho tiempo atrás por el Comité de Cafeteros quien en su momento organizó a la comunidad y les entregó la administración del sistema...”* (fl. 38, C. 1)
- ✓ Según certificaciones expedidas por el Secretario de Planeación e Infraestructura del municipio de Manzanares, Caldas, las obras realizadas en los acueductos veredales han sido entregadas a las Juntas de Acueducto o Juntas de Acción Comunal con el fin de que sean estas quienes administren y se encarguen del buen funcionamiento de las mismas. (fls. 210, 319, C. 1 A)
- ✓ De conformidad con lo consignado por Corpocaldas en el Oficio 2017-IE-00009040 del 11 de abril de 2017, luego de efectuar una visita técnica a la vereda Las Mercedes en compañía de personal especializado de la Subdirección de Infraestructura Ambiental, se puede establecer que el acueducto respecto del cual se genera la presente controversia está compuesto por la siguiente infraestructura: *“El acueducto de Las Margaritas funciona por gravedad, cuenta con bocatoma, conducción por manguera, tanque de almacenamiento con capacidad para 64.000 litros desde el que se distribuye por tubería el agua a 130 familias de la jurisdicción de Las Margaritas y Las Mercedes, **adicionalmente a las Mercedes llega un***

acueducto con bocatoma independiente conducido por gravedad, tiene dos tanques desarenadores y un tanque de almacenamiento para 60.000 lts desde donde se distribuye el agua por tubería de 3" que posteriormente se reduce a 2 ½", abastece a 40 usuarios¹ /Destaca la Sala/ (fls. 119, C. 1)

- ✓ Del referido Oficio también se extrae el diagnóstico del estado en que se encuentra el acueducto veredal o sistema de abasto de la vereda Las Mercedes, a partir de la entrevista realizada por el personal de Corpocaldas a la Presidenta de la Junta de Acción Comunal, señora Dorelia Bedoya, quien manifestó que la red de acueducto se encuentra en mal estado, no tiene concesión legalizada de aguas; la bocatoma se localiza en la base de la ladera sobre la que se ubica el caserío de Las Margaritas, siendo permanentemente contaminada con basura y desechos de ese centro poblado, afectando a las familias de la parte baja; Precisa que el número aproximado de usuarios del acueducto de Las Mercedes – parte alta y baja – es de 38 familias y en temporada seca se genera desabastecimiento de agua en esa vereda. Advierte que dentro de los principales problemas está el desperdicio de agua en las zonas de potreros donde hay llaves para bebederos sin cierre automático; el agua no es potable y no tiene control por uso de pesticidas especialmente en cultivos de aguacate. (fl. 116, C. 1)

De la visita realizada por Corpocaldas se dedujeron deficiencias de tipo ambiental, técnico y administrativo en relación con el acueducto de la vereda Las Mercedes, pues no se ha tramitado la concesión de aguas, solo cuentan con un fontanero que tiene a cargo el acueducto de Las margaritas, El Aliso y Las Mercedes, sumado a los negocios particulares con propietarios de fincas del sector, lo cual reduce sustancialmente la disponibilidad de tiempo que aquel tiene para atender solicitudes de reparación de daños y fallas del servicio. A ello se suma, según concluye la Corporación en su Oficio, la obsolescencia de las redes de acueducto, la cual está compuesta en un 80% de tubería galvanizada en mal estado y reposiciones en tubería Gerfor sólo en algunos tramos. También advierte sobre la contaminación por escombros, basuras, y animales muertos en la cabecera donde se tiene la toma de agua del acueducto. Coincide en que existe desperdicio de agua en los bebederos y zonas de potreros; y contaminación por pesticidas, abonos y otras prácticas agrícolas. (fl. 119, C. 1)

- ✓ Se aporta por parte del Municipio de Manzanares los soportes contractuales de obras de mejoramiento de la red principal y redes domiciliarias del alcantarillado en el sector denominado Barrio Gómez de la vereda Llanadas y reparación del descole en el alcantarillado de la vereda Santa Clara. (fls. 211 – 234, C. 1 A)

¹ Tomado de la Agenda para la Gestión Ambiental del Municipio de Manzanares (Abril de 2000) página 38.

- ✓ En el expediente reposa el Contrato No. 185 – 2017 suscrito entre Corpocaldas y el municipio de Manzanares, Caldas, para aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros en la gestión integral de microcuencas hidrográficas abastecedoras de acueductos y áreas de interés ambiental. (fls. 235-242, C. 1 A)
- ✓ Obra constancia expedida por el Secretario de Planeación e Infraestructura del municipio de Manzanares, Caldas, con fecha del 4 de noviembre de 2016, en donde se indica que fueron ejecutadas a satisfacción el 100% de las obras contratadas para el mejoramiento parcial de las redes principales de alcantarillado en los centros poblados de Aguabonita, Las Margaritas y el descole del barrio Milenio 3 de dicho municipio. (fl. 243, C. 1 A) Los soportes de dicha actividad contractual se observan entre folios 244 y 261 ibid.
- ✓ Igualmente se hicieron llegar al proceso los soportes contractuales y constancia expedida por el Secretario de Planeación e Infraestructura del municipio de Manzanares, Caldas, con fecha del 19 de noviembre de 2016, en relación con las obras de mantenimiento de las redes principales de acueducto desde el tanque de abastecimiento hasta la escuela, el colegio y el puesto de salud de la vereda Llanadas. (fls. 278 – 296, C. 1 A)
- ✓ Reposo en el expediente CD con el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Manzanares, Caldas. (fl. 297, C. 1 A)
- ✓ Certificación del Secretario de Planeación e Infraestructura del municipio de Manzanares, Caldas, con fecha del 30 de abril de 2019, en donde se indica que durante las vigencias 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, y 2017 se destinó el 1% de los recursos totales del municipio para compra de predios de importancia ambiental, teniendo en cuenta su dimensión, ubicación e impacto social y ambiental, dando con esto cumplimiento a lo estipulado en el artículo 111 de la Ley 99 de 1993. (fl. 320, C. 1 A)
- ✓ Inventario de predios con interés ambiental en el municipio de Manzanares, ubicados en los siguientes sectores: La Chalca, Los Planes, El Aliso, Aguabonita, El Sueldo, Vereda Monserrate, Santa Bárbara, La Esmeralda, La Floresta, Vereda San José, Corozal y vereda El Yarumo. (fl 321, C. 1 A)
- ✓ Escrituras públicas de predios rurales adquiridos por el municipio de Manzanares, Caldas. (fls. 325-365, C. 1 A) Se acompaña una certificación del Secretario de Planeación e Infraestructura, en la cual indica que los predios de interés ambiental fueron escogidos por la administración Municipal teniendo en cuenta: las

necesidades de cada comunidad y siendo ésta quien solicita la compra de tales predios; la presencia de bosques nativos; y la importancia ambiental. Todo ello, con el fin de tener una conservación adecuada de las bocatomas. (fl 366, C. 1 A)

- ✓ Del testimonio rendido por el Ingeniero Juan Carlos Bastidas Tulcán se resalta lo siguiente:

“...el grupo técnico al que pertenezco en la Corporación fue puesto en conocimiento de la situación y digamos que constituye uno de los posibles 550 casos de acueductos rurales en el departamento de Caldas que presenta condiciones similares , este acueducto de las Mercedes pues básicamente beneficia a 130 viviendas, es un caserío importante, se beneficia de una fuente hídrica tributaria de la quebrada Santa Bárbara y digamos que ante la Corporación en nuestro papel que es el de legalizar el uso del recurso hídrico, no posee concesión de aguas, por ende pues un usuario que debe legalizarse y en nuestro papel la tarea demás de confrontar la oferta hídrica contra la demanda que es lo que hacemos en un trámite de concesión de aguas, pues también estamos en la labor de asesorar al usuario en el diligenciamiento de la documentación, dar asesoría en cuanto a cómo presentar y que tipo de información presentar y cómo presentar algunos requisitos del trámite que tiene un alcance técnico, en ese sentido nosotros estamos continuamente prestos a colaborar y a orientar a los usuarios y hasta la fecha pues no han acudido a la Corporación a legalizarse [...]

En cuanto a la prestación del servicio como tal ... digamos que las competencias claramente de acuerdo con el Decreto 1898 de 2016 que fue compilado en el Decreto 1077 de 2015, establece la competencia directa en la prestación del servicio a la administración municipal, sin embargo, digamos que da la opción o más bien reconoce esquemas diferenciales en la prestación de servicios públicos domiciliarios en áreas rurales que es lo que corresponde a este tema, para el caso particular, pudiendo la persona – la Junta de Acción Comunal, la Asociación Comunitaria – establecerse como administrador de abasto ... como una persona jurídica sin ánimo de lucro que pueda prestar el servicio a las viviendas haciendo una operación del sistema de acueducto existente, obviamente se requiere una estructura administrativa y operativa para que este mecanismo de prestación del servicio funcione adecuadamente y la tutoría para lograr este esquema administrativo, financiero y operativo está a cargo del municipio como también con apoyo del Departamento de Caldas a través de la Secretaría de Vivienda [...] el uso generalmente es ... para consumo humano doméstico pero también observamos el desarrollo de actividades agropecuarias en cada predio y también una fracción del agua que es conducida para cada predio, es destinada para estos usos, entonces también cuando por ejemplo se entrega agua para bebederos en actividad pecuaria no hay un control adecuado de la entrega sino que simplemente se deja corriendo el agua para consumo de los animales y es sobre esto sobre lo que nosotros hacemos control [...]

- ✓ Del testimonio de la Ingeniera Adriana Mercedes Martínez Gómez se destaca lo siguiente:

“...esta comunidad ha sido renuente a legalizar el uso que tiene y por eso pues a la fecha no tienen concesión de aguas ... nosotros no podemos obligar a las comunidades ni a ningún usuario ... si están produciendo un daño sobre los recursos naturales o el medio ambiente pues tenemos otra

serie de instrumentos como es el proceso sancionatorio ambiental ... la Corporación de la mano con la administración municipal como le digo, ha hecho ejercicios de mejoramiento de la protección de la cobertura vegetal en la cuenca con el fin de regular el caudal de la misma, este mejoramiento pues se ha hecho a través de la Línea Amarilla y a través de la regeneración natural de la vegetación en la zona ... la Corporación dentro de sus planes de acción tiene establecido una línea de presupuesto y una línea de inversión para la gestión en estas áreas identificadas en todos los municipios del departamento que obviamente los recursos disponibles en el Estado nunca van a ser los suficientes para intervenir la totalidad de los territorios y es por eso de que de la mano de las administraciones municipales se priorizan por años las zonas que van a ir siendo intervenidas para poder pues ir cubriendo todo el territorio. En el marco de ese proyecto de plan de acción de la Corporación pues se adelantaron gestiones con el municipio de Manzanares para intervenir algunas áreas abastecedoras y esta área abastecedora fue intervenida en el año, bueno ya no recuerdo si fue 2016 o 2017 y entonces esa intervención qué contempla, pues digamos que la regulación del caudal, quiere decir esto que para que el caudal se mantenga constante y permanente depende de la cobertura vegetal que tenga el nacimiento y la línea de escorrentía de ese cuerpo de agua, en ese sentido la Corporación de la mano con las alcaldías establece unas áreas de protección ambiental en donde pues no debe haber cultivos, en donde no debe entrar el ganado, en donde lo que se debe es promover la regeneración de vegetación ... entonces estas zonas son aisladas mediante guaduas y alambre de púa que se pinta de color amarillo, por eso se llama la línea amarilla...

3. Competencias de la parte accionada.

3.1. Marco normativo y jurisprudencial de los servicios públicos domiciliarios - mandato constitucional.

El legislador previó en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998 como derechos colectivos, entre otros, los relacionados con el goce de un ambiente sano, la salubridad pública y el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública.

En efecto, el derecho de las personas a gozar de la prestación de servicios públicos eficientes corresponde al correlativo deber del Estado de asegurarlos, tal y como lo establece el artículo 365 de la Constitución:

“ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las

personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.” (Subraya la Sala)

En este contexto, los servicios públicos constituyen una finalidad esencial del Estado y su objetivo central es el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes, en tanto que son instrumentos que concretan la efectividad de otros derechos como la salud, la vida y la integridad física de los individuos².

Por su parte, el artículo 334 de la Carta consagró la intervención del Estado, por mandato de la ley, en los servicios públicos y el artículo 2° de la Ley 142 de 1994 señaló como finalidades de la intervención estatal en los servicios públicos garantizar la calidad y prestación eficiente del servicio público, la ampliación permanente de la cobertura y la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico. Por lo tanto, los deberes que la Constitución y la ley imponen al Estado, implican el derecho correlativo de los usuarios a beneficiarse de la atención prioritaria de sus necesidades insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.

El artículo 365 de la Constitución dispone que es obligación del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, los cuales podrá prestar de manera directa o a través de sus agentes, pero conservando el control y vigilancia sobre ellos. En este mismo sentido, los artículos 2° y 3° de la Ley 142 de 1994 señalan que al Estado le corresponde alcanzar una cobertura en los servicios públicos, los cuales deberán ser eficientes.

Aunado a lo anterior, el artículo 367, inciso 2°, de la Constitución Política dispone que “los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación”. /Destaca la Sala/

En desarrollo de esa disposición los artículos 5° a 8° de la Ley 142 de 1994 señalan la distribución de competencias entre las entidades territoriales.

En lo pertinente, el artículo 5° preceptúa que los municipios deberán *“asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto (...) (...) por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio (...)”*. Competencia que ha sido reivindicada a través del artículo 15 de la ley 142 de 1994, en cuanto definió quienes pueden prestar servicios públicos en Colombia, entre ellos:

²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 7 de diciembre de 2001, C.P. Darío Quiñones Pinilla, exp. 63001-23-31-000-2001-0234-01(AP-254).

“Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. *Las empresas de servicios públicos.*

(...)

15.3. *Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.”*

En consecuencia, el cumplimiento del deber constitucional y legal de prestar de manera eficiente el servicio de acueducto se efectúa directamente por los municipios o por intermedio de las empresas de servicios públicos o de operadores de redes locales, quienes se encuentran vigilados y controlados por el Estado y se rigen por los planes, condiciones técnicas y estándares de calidad que se regulan a nivel nacional.

Ahora bien, el Decreto 1898 de 2016 *“Por el cual se adiciona el Título 7, Capítulo 1, a la Parte 3, del Libro 2 del Decreto 1077 de 2015, que reglamenta parcialmente el artículo 18 de la Ley 1753 de 2015, en lo referente a esquemas diferenciales para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en zonas rurales”* define esquemas diferenciales para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, y para el aprovisionamiento de agua para consumo humano y doméstico y de saneamiento básico en zonas rurales del territorio nacional, en armonía con las disposiciones de ordenamiento territorial aplicables al suelo rural, acorde con lo dispuesto en los artículos 14 y 33 de la Ley 388 de 1997 o aquellas disposiciones de ordenamiento del suelo rural que las modifiquen, adicionen o sustituyan. Y para tal efecto adopta las siguientes definiciones.

“1. Abasto de agua. Conjunto de obras hidráulicas para captar, controlar, conducir, almacenar o distribuir agua cruda o parcialmente tratada cuyo caudal puede ser empleado total o parcialmente para el uso para consumo humano y doméstico.

2. Administrador de punto de suministro o de abasto de agua. Persona jurídica sin ánimo de lucro designada por la comunidad beneficiaria, que se hace responsable de la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.

3. Aportes o cuotas. Contribuciones de los beneficiarios para garantizar la sostenibilidad de los abastos de agua o de los puntos de suministro de agua. Éstas pueden ser en dinero o en especie, según los acuerdos de la comunidad.

...

12. Tanque de almacenamiento de agua. Estructura fija que se emplea para la recolección o el acopio de agua.

13. Técnicas de tratamiento de agua. Procedimientos empleados para mejorar la calidad de agua para consumo humano y doméstico en un inmueble.”

El Artículo 2.3.7.1.2.1. de dicho Decreto dispone que *“Es responsabilidad de los municipios y distritos asegurar que los centros poblados rurales cuenten con la infraestructura de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. En caso de que el municipio o distrito*

identifique razones técnicas, operativas o socioeconómicas que impidan la prestación mediante sistemas de acueducto, alcantarillado o el servicio de aseo en los centros poblados rurales, **se podrá implementar lo dispuesto en la sección 3 del presente capítulo.** /Resaltado de la Sala/

La Sección 3 a la que alude la norma, dispone lo siguiente:

Artículo 2.3.7.1.3.1. Es responsabilidad de los municipios y Distritos asegurar el aprovisionamiento de agua potable y saneamiento básico en zona rural diferente a los centros poblados rurales. Para esos efectos, los proyectos de soluciones alternativas deberán ajustarse a lo dispuesto en el artículo 2.3.7.1.3.6. del presente capítulo.

Artículo 2.3.7.1.3.2. Soluciones alternativas para el aprovisionamiento de agua para consumo humano y doméstico. Las soluciones alternativas para el aprovisionamiento de agua para consumo humano y doméstico en zonas rurales deberán cumplir con las siguientes condiciones:

1. El acceso al agua para consumo humano y doméstico podrá efectuarse mediante un abasto de agua o un punto de suministro, o directamente desde la fuente, acorde con la normatividad aplicable a la materia y con las necesidades de la comunidad.
2. El almacenamiento del agua para consumo humano y doméstico podrá realizarse en tanques o dispositivos móviles de almacenamiento.
3. El tratamiento del agua para consumo humano y doméstico, se realizará mediante técnicas o dispositivos de tratamiento de agua. Esto no será requerido para los inmuebles aprovisionados mediante puntos de suministro que entreguen agua apta para consumo humano.

Parágrafo. Teniendo en cuenta que los administradores de abastos de agua y de puntos de suministro no son personas prestadoras del servicio público de acueducto, la autoridad sanitaria que compete realizará la vigilancia diferencial que privilegie las acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, de conformidad con los lineamientos que para dicho fin expida el Ministerio de Salud y Protección Social. Los abastos de agua y los puntos de suministro deberán contar con los permisos y autorizaciones ambientales que les sean exigibles según las normas vigentes. /Destaca la Sala/

Artículo 2.3.7.1 .3.5. Administración de los puntos de suministro o de abasto de agua. Los puntos de suministro o abastos de agua serán administrados por las comunidades beneficiarias de cada proyecto, para lo cual deberán organizarse como personas jurídicas sin ánimo de lucro o como empresas comunitarias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 338 del Decreto - Ley 2811 de 1974. Las entidades que financien los puntos de suministro o abastos de agua deberán implementar, desde la formulación del proyecto, las acciones de fortalecimiento a las comunidades con el fin de que se organicen y adquieran las capacidades para asumir la administración de los mismos. **El seguimiento del esquema diferencial corresponderá al municipio o distrito.** /Resaltado fuera del texto/

Quien administre un punto de suministro o de un abasto de agua, garantizará la participación de la comunidad en la adopción de acuerdos comunitarios, incluso respecto de la responsabilidad de los beneficiarios de soluciones alternativas.

Parágrafo. *Si para el momento de la culminación de las obras las comunidades no se han organizado conforme a lo previsto en este artículo, el municipio o distrito realizará acompañamiento para que estas asuman la administración o adelantará un proceso de selección de un administrador acorde con el Estatuto General de Contratación Pública.*

Con el anterior marco legal quedan claras las alternativas de prestación del servicio público de acueducto a la comunidad, lo cual puede hacerse incluso a través de un esquema diferencial para el aprovisionamiento de agua administrado por la misma comunidad rural organizada, pero siempre bajo el seguimiento y control técnico y apoyo financiero de la entidad territorial, pues en ésta recae finalmente la obligación constitucional y legal de garantizar el acceso al recurso hídrico por parte de toda la población.

La competencia del ente territorial en la materia ha sido abordada en sede de tutela y desde dicho escenario se ha dicho por la Corte Constitucional³ lo siguiente:

“En concordancia, el artículo 76 de la Ley 715 de 2001, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01/01) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”, compete al municipio realizar directamente o a través de terceros en materia de servicios públicos la construcción, ampliación rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos.

A su turno, la Ley 1176 de 2003, que reformó la 715 de 2001, previó una participación con destinación específica del sistema general de participaciones para el sector agua potable y saneamiento básico, a fin de que los municipios dediquen una parte de los recursos girados por la Nación a financiar actividades relacionadas directamente con la materia, como los subsidios que se otorguen a las personas más vulnerables, la inversión en proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, la construcción, ampliación, optimización y mejoramiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado, los programas de macro y micromedición y de reducción de agua no contabilizada, entre otros. /Destaca la Sala/

Pues bien: de lo anterior se colige que la satisfacción de las necesidades básicas de la población es una finalidad intrínseca a la organización política adoptada en la Constitución y, en esa dirección, las autoridades de los diferentes niveles deben coordinar sus esfuerzos, como quiera que “el papel del Estado moderno se centr[a] en la obligación de ser el motor del desarrollo social, y de procurar a las gentes, en forma igualitaria, puedan tener las condiciones para llevar una vida digna, que, en nuestro caso, se traduce en la superación de la desigualdad y el atraso. No hay duda de que una de las expresiones de esa nueva forma de ser del Estado, se concreta en la prestación de los servicios públicos.”^{33]}

³T-338-17. Referencia: Expediente T-5.405.154. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

3.2. Protección de las cuencas abastecedoras de acueductos.

El artículo 111 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 210 de la Ley 1450 de 2011, declaró de interés público las áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua los acueductos municipales, distritales y regionales. En tal virtud, dispuso que los departamentos y municipios dedicarán un porcentaje no inferior al 1% de sus ingresos corrientes para la adquisición y mantenimiento de dichas zonas o para financiar esquemas de pago por servicios ambientales. Posteriormente se expidió el Decreto 1076 de 2015 con el objeto de promover la conservación y recuperación de las áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua a los acueductos municipales, distritales y regionales, mediante la adquisición y mantenimiento de dichas áreas y la financiación de los esquemas de pago por servicios ambientales.

Además de la adquisición y mantenimiento de predios de importancia estratégica para la conservación de los recursos hídricos que abastecen de agua a las comunidades, también es obligación de los municipios la protección del espacio público, siendo uno de sus elementos constitutivos, las áreas para la conservación y preservación del sistema hídrico (cuencas, microcuencas, ríos, quebradas etc)⁴; ello, de conformidad con la competencia señalada en el artículo 10 de la Ley 388 de 1997 a cuyo tenor literal:

Artículo 10: En la elaboración y adopción de sus planes de ordenamiento territorial los municipios y distritos deberán tener en cuenta las siguientes determinantes, que constituyen normas de superior jerarquía, en sus propios ámbitos de competencia, de acuerdo con la Constitución y las leyes:

Las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales, así:

a) Las directrices, normas y reglamentos expedidos en ejercicio de sus respectivas facultades legales, por las entidades del Sistema Nacional Ambiental, en los aspectos relacionados con el ordenamiento espacial del territorio, de acuerdo con la Ley 99 de 1993 y el Código de Recursos Naturales, tales como las limitaciones derivadas del estatuto de zonificación de uso adecuado del territorio y las regulaciones nacionales sobre uso del suelo en lo concerniente exclusivamente a sus aspectos ambientales;

Ahora bien, la Resolución No. 077 de 2011, expedida por el Director General de Corpocaldas en usos de sus atribuciones legales y estatutarias y en consonancia con el Decreto 1504 de 1998 estableció lo siguiente:

Artículo Octavo: *Obligaciones de los propietarios y poseedores. En aplicación del principio constitucional que asigna a la propiedad una función ecológica los propietarios y poseedores de inmuebles rurales deberán*

⁴ Artículo 5° del Decreto 1504 de 1998.

preservar las fajas forestales protectoras de nacimientos y corrientes de agua; por consiguiente tendrán que cumplir las siguientes obligaciones:

- a. *Demarcar y aislar el área forestal protectora.*
- b. *En las fajas forestales que se encuentren sin cobertura vegetal se favorecerá la regeneración natural o se adelantarán acciones de revegetalización con especies propias de la zona y se efectuarán mantenimientos cada tres meses durante el primer año del establecimiento y por lo menos dos veces en el segundo año.*
- c. *[...]*
- d. *Instalar abrevaderos fuera del área forestal protectora y construir pontones con su respectivo aislamiento para el paso de ganado.*
- e. *Abstenerse de aplicar plaguicidas en el área demarcada. En Ningún caso se podrán realizar aplicaciones, en forma terrestre, en una franja de 10 metros desde el borde del cauce y en forma aérea en una franja de 100 metros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del Decreto 1843 de 1991.*
/Líneas de la Sala/

La función social y ambiental de la propiedad – esté ella en cabeza de personas públicas o privadas – conlleva el cumplimiento de determinadas cargas legales que se han establecido para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado en materia de protección y debido cuidado del medio ambiente. Ahora bien, la vigilancia y control en punto al cumplimiento de tales obligaciones legales se encuentra establecida de manera concurrente entre los municipios y las Corporaciones Autónomas Regionales de conformidad con la Ley 99 de 1993 y Ley 715 de 2001, a saber:

Ley 99 de 1993.

Artículo 65. *Corresponde en materia ambiental a los municipios, y a los distritos con régimen constitucional especial, además de las funciones que les sean delegadas por la ley o de las que deleguen o transfieran a los alcaldes por el Ministerio del Medio Ambiente o por las Corporaciones Autónomas Regionales, las siguientes atribuciones especiales:*
[...]

5) Colaborar con las Corporaciones Autónomas Regionales, en la elaboración de los planes regionales y en la ejecución de programas, proyectos y tareas necesarias para la conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables;

6) Ejercer, a través del alcalde como primera autoridad de policía con el apoyo de la Policía Nacional y en Coordinación con las demás entidades del Sistema Nacional Ambiental (SINA), con sujeción a la distribución legal de competencias, funciones de control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano;

7) Coordinar y dirigir, con la asesoría de las Corporaciones Autónomas Regionales, las actividades permanentes de control y vigilancia ambientales que se realicen en el territorio del municipio o distrito con el apoyo de la fuerza pública, en relación con la movilización, procesamiento, uso, aprovechamiento y comercialización de los recursos naturales renovables o con actividades contaminantes y degradantes de las aguas, el aire o el suelo;

[...]

10) Promover, cofinanciar o ejecutar, en coordinación con los entes directores y organismos ejecutores del Sistema Nacional de Adecuación de Tierras y con las Corporaciones Autónomas Regionales, obras y proyectos de irrigación, drenaje, recuperación de tierras, defensa contra las inundaciones y regulación de cauces o corrientes de agua, para el adecuado manejo y aprovechamiento de cuencas y micro-cuencas hidrográficas.

Ley 715 de 2001.

Artículo 76. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, 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:

76.5. En materia ambiental

76.5.1. Tomar las medidas necesarias para el control, la preservación y la defensa del medio ambiente en el municipio, en coordinación con las corporaciones autónomas regionales.

76.5.2. Promover, participar y ejecutar programas y políticas para mantener el ambiente sano.

76.5.3. Coordinar y dirigir, con la asesoría de las Corporaciones Autónomas Regionales, las actividades permanentes de control y vigilancia ambientales, que se realicen en el territorio del municipio.

76.5.4. Ejecutar obras o proyectos de descontaminación de corrientes o depósitos de agua afectados por vertimientos, así como programas de disposición, eliminación y reciclaje de residuos líquidos y sólidos y de control a las emisiones contaminantes del aire.

76.5.5. Promover, cofinanciar o ejecutar, en coordinación con otras entidades públicas, comunitarias o privadas, obras y proyectos de irrigación, drenaje, recuperación de tierras, defensa contra las inundaciones y regulación de cauces o corrientes de agua.

76.5.6. Realizar las actividades necesarias para el adecuado manejo y aprovechamiento de cuencas y microcuencas hidrográficas.

76.5.7. Prestar el servicio de asistencia técnica y realizar transferencia de tecnología en lo relacionado con la defensa del medio ambiente y la protección de los recursos naturales.

3.3. Legalización de la concesión de agua del sistema de abasto veredal.

El marco legal que regula las aguas de dominio público, parte del artículo 677 del Código Civil el cual establece que los ríos y todas las aguas que corran por cauces naturales son de la Nación y de naturaleza pública, salvo que nazcan y mueran dentro de la misma heredad. Esta norma es esencialmente replicada en el artículo 18 del Decreto 1541 de

1978, por el cual se reglamentó el Decreto Ley 2811 de 1974. Por definición legal, este tipo de recursos son de dominio público, inalienables e imprescriptibles.

Para la captación de aguas de dominio público se debe solicitar y obtener la concesión para su uso, de conformidad con el artículo 86 del Decreto Ley 2811 de 1974 que a la letra consagra:

Artículo 86.- *Toda persona tiene derecho a utilizar las aguas de dominio público para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales, siempre que con ello no cause perjuicios a terceros.*

El uso deberá hacerse sin establecer derivaciones, ni emplear máquina ni aparato, ni detener o desviar el curso de las aguas, ni deteriorar el cauce o las márgenes de la corriente, ni alterar o contaminar las aguas en forma que se imposibilite su aprovechamiento por terceros.

Cuando para el ejercicio de este derecho se requiera transitar por predios ajenos, se deberá imponer la correspondiente servidumbre.

Más adelante contempla:

Artículo 88.- *Salvo disposiciones especiales, solo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión.*

Artículo 89.- *La concesión de un aprovechamiento de aguas estará sujeta a las disponibilidades del recurso y a las necesidades que imponga el objeto para el cual se destina.*

La Sección Tercera del Consejo de Estado⁵ ha precisado lo siguiente:

*“Las normas transcritas [contenidas en los Decretos 2811 de 1974 y 1541 de 1978] establecen un régimen especial para el uso de aguas de dominio público, cuya regla general predica que pueden ser utilizadas para el consumo doméstico; **para otro tipo de usos, como el agrícola, industrial, minero o energético se requiere de una concesión por parte del Estado, quien establece la cantidad, las condiciones y los límites de su utilización [...]**” /Destaca la Sala/*

Corresponde al Estado, por virtud del artículo 155 ibídem, la autorización para el uso del agua de naturaleza pública, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 99 de 1993 que dispone:

Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:

[...]

9) Otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la Ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten

⁵ Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Expediente 12.492. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

o puedan afectar el medio ambiente. Otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y establecer vedas para la caza y pesca deportiva;

A su vez, el artículo 43 de la Ley 99 de 1993, Parágrafo 3°, establece la siguiente consecuencia para aquellos que no cuentan con la respectiva concesión de agua, a saber:

PARÁGRAFO 3o. *<Parágrafo adicionado por el artículo 216 de la Ley 1450 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La tasa por utilización de aguas se cobrará a todos los usuarios del recurso hídrico, excluyendo a los que utilizan el agua por ministerio de ley, pero incluyendo aquellos que no cuentan con la concesión de aguas, sin perjuicio de la imposición de las medidas preventivas y sancionatorias a que haya lugar y sin que implique bajo ninguna circunstancia su legalización.*

4. Caso concreto.

Vistas las consideraciones que anteceden, procede esta Sala de Decisión a dar solución al caso que convoca su atención, de conformidad con las siguientes consideraciones.

La acción popular, al tenor del artículo 2° de la Ley 472 de 1998, tiene fin preventivo⁶, por lo cual, es procedente tomar medidas de protección, cuando se demuestran los hechos causantes de “daño contingente, peligro o amenaza” para los derechos colectivos.

Ahora bien, a partir de las pruebas recaudadas en el curso del proceso se puede colegir lo siguiente:

En la Vereda Las Mercedes del municipio de Manzanares, Caldas, existe una red de abasto que surte de agua a la comunidad rural asentada en dicha zona. La Junta del Agua tiene a cargo la administración de dicho abasto pero legalmente no se reputa como persona prestadora del servicio público de acueducto ni se encuentra probado que se trate de una persona jurídica legalmente constituida. Se trata de una forma de organización comunitaria que se gestó cuando el Comité de Cafeteros construyó lo que se ha denominado “Acueducto veredal” con el fin de mejorar la calidad de vida de los campesinos caficultores, sin ninguna relación de tipo legal o contractual que lo comprometa con la prestación de dicho servicio público.

A la Vereda Las Mercedes, propiamente dicha, llega un sistema de abasto con bocatoma independiente conducido por gravedad, tiene dos tanques desarenadores y un tanque de almacenamiento para 60.000 lts desde donde se distribuye el agua por tubería de 3” que

⁶ Expediente A.P. 08001-23-31-000-2005-01200-01, actor: Ángel Alfonso Tejera Cantillo y otros; M.P. Camilo Arciniegas Andrade.

posteriormente se reduce a 2 ½", abastece a 40 usuarios.

El informe de visita técnica vertido en el Oficio 2017-IE-00009040 del 11 de abril de 2017, emanado de la Subdirección de Infraestructura Ambiental de la Corporación Autónoma Regional de Caldas, permite advertir que el derecho de acceso al servicio público de agua por parte de los habitantes de la vereda Las Mercedes se encuentra amenazado como consecuencia del estado obsoleto de las redes de conducción, de la contaminación de la bocatoma, del uso indiscriminado e incontrolado del agua en zonas de potrero y la deficiente administración del sistema de abasto.

Todo lo anterior denota cierto abandono por parte del Estado frente a su obligación constitucional y legal de velar porque todos sus habitantes accedan a este servicio en condiciones aceptables y de garantizar el uso racional del recurso. Además, se advierte la falta de educación y conciencia ambiental de los habitantes del entorno en relación con el manejo adecuado de basuras, escombros y demás elementos que contaminan las fuentes de la cuenca hidrográfica que les abastece, así como frente al uso racional del referido recurso.

El diagnóstico de la problemática en esta instancia tiene como insumo la prueba documental y testimonial allegada al proceso por la misma parte accionada, dada la exigua actividad probatoria por parte de quien instauró este medio de control en nombre de dicha comunidad. Lo anterior, sin embargo, no impide advertir que el riesgo en que se encuentran los intereses colectivos de esta población debe ser conjurado con acciones afirmativas por parte de las autoridades competentes en aras de evitar la concreción de daños como: afectación de la salud de los habitantes de la vereda Las Mercedes por suministro de agua no apta para su consumo; desabastecimiento de agua por indebido mantenimiento y cuidado de la cuenca hidrográfica, por uso irracional del recurso y por fallas y falencias de la red abastecedora.

Así las cosas, ha de tenerse en cuenta una solución que atienda a la premisa señalada por la Corte Constitucional al abordar este derecho:

“De lo anterior se extrae que el derecho al agua impone responsabilidades al Estado en, por lo menos, dos dimensiones: por una parte, está llamado a desplegar acciones de prevención, control, regulación e intervención para la salvaguarda del ambiente, en tanto el equilibrio de los ecosistemas es la fuente de los recursos hídricos; y, por la otra, debe garantizar el abastecimiento para que todas las personas puedan disfrutar de un consumo básico del líquido en términos de disponibilidad, calidad y accesibilidad.”⁷

Ha de tenerse en cuenta, además, que la forma organizativa que ha adoptado la comunidad para lograr abastecerse del líquido vital no exonera en manera alguna al

⁷ T-338-17.

Estado de las obligaciones constitucionales y legales frente a la ciudadanía respecto de la oportuna y adecuada prestación del servicio público de agua. Así lo ha hecho saber la Corte Constitucional en el siguiente pronunciamiento:

“[L]os acueductos comunitarios son organizaciones para proveer a la comunidad local de la necesidad básica del agua, en muchos casos, ante la ausencia de dispositivos estatales adecuados para asegurar la prestación del servicio o ante la indiferencia de actores privados para desplegar su actividad económica en la zona. Estas formas organizativas reflejan, en muchos casos, la construcción de institucionalidad local, a través de la participación directa de los habitantes de una región ante un estado de necesidad.

“El consenso de los usuarios para la toma de decisiones aumenta la legitimidad de las actuaciones del Acueducto; el liderazgo popular y la participación de los interesados les confiere un amplio poder organizativo y permite que las medidas que adoptan se dirijan al propósito constante de la conservación de las fuentes hídricas. Las comunidades organizadas en la prestación de servicios públicos pueden ser ejemplo de una buena práctica de gestión de recursos naturales, garantía de derechos y participación democrática.

*“(…) [E]s significativo el aporte participativo y comunitario de estas organizaciones en escenarios locales. En especial, constituye un espacio valioso para fomentar la cultura del cuidado de los recursos naturales y la protección que le debemos los seres humanos a la naturaleza. Sin embargo, no debe perderse de vista que el Estado es el principal obligado en torno a la satisfacción y garantía del derecho al agua. Por lo tanto, **debe concurrir diligentemente cuando los acueductos comunitarios lo requieran**. No obstante su importancia, la Sala considera que la existencia de acueductos comunitarios no es una forma en la que el Estado se exime de responsabilidad frente a la prestación del servicio. En estos escenarios, no asume directamente algunas de las obligaciones, pero sin lugar a dudas, debe acompañar las medidas adoptadas y, en especial, debe contribuir decididamente a la superación de las dificultades que se les presenten.”⁸*
/Destaca la Sala/

Corresponde entonces al **municipio de Manzanares** asumir, como debe ser, sus competencias frente al “acueducto veredal” de Las Mercedes a fin de superar los inconvenientes de tipo administrativo y técnico que presenta el mismo-; en consecuencia, se le ordenará a dicho ente territorial lo siguiente:

- Adaptar el Sistema de Abasto de la Vereda Las Mercedes al esquema diferencial previsto en el Decreto 1898 de 2016 *“Por el cual se adiciona el Título 7, Capítulo 1, a la Parte 3, del Libro 2 del Decreto 1077 de 2015, que reglamenta parcialmente el artículo 18 de la Ley 1753 de 2015, en lo referente a esquemas diferenciales para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en zonas rurales”*.

Para tal efecto, el municipio de Manzanares – previa socialización del proyecto con

⁸ Sentencia T-245 de 2016, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado

la comunidad que habita la vereda Las Mercedes -, deberá brindar el apoyo jurídico, técnico y económico para que en dicha comunidad se constituya una persona jurídica sin ánimo de lucro o una empresa comunitaria encargada de la administración de tal esquema diferencial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 338 del Decreto - Ley 2811 de 1974; igualmente para que tramite y obtenga la concesión de aguas para el funcionamiento de dicho abasto de agua ante la Corporación Autónoma Regional de Caldas.

Se exhorta a los habitantes de la vereda Las Mercedes, a través del Presidente de la actual Junta del Agua, señor William Salazar, o quien haga sus veces, para que presten toda su colaboración al municipio de Manzanares a efectos de llevar a cabo la implementación del sistema diferencial de prestación del servicio de agua en los términos del Decreto 1898 de 2016 y el trámite de concesión para el uso del agua que abastece dicho “acueducto veredal”.

Para el cumplimiento de dicha orden se concede un plazo máximo de seis (6) meses.

- Hacer un diagnóstico del estado físico y de funcionamiento actual de las redes que distribuyen y abastecen de agua a los habitantes de la vereda Las Mercedes y a partir del mismo, contratar y ejecutar las obras que resulten de rigor para su reparación, reposición, ampliación y mejoramiento de conformidad con el diagnóstico efectuado.

Para la realización de dicho diagnóstico se le concede un plazo de un (1) mes y para la ejecución de las obras respectivas, un plazo de tres (3) meses.

- Hacer campañas educativas con la comunidad que habita la vereda Las Margaritas y la vereda Las Mercedes en torno a la debida disposición de basuras, escombros, restos de animales y demás desechos que contaminan la bocatoma y en general las aguas que surten el acueducto veredal. Lo anterior deberá estar acompañado de un plan de manejo de basuras y desechos en dichas comunidades rurales y de un instrumento que permita medir los avances en el cumplimiento de esta orden específica.

El municipio presentará un informe de gestión al Comité de Verificación en un plazo de tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Sobre las competencias de las Corporaciones Autónomas Regionales, la Corte Constitucional⁹ ha considerado:

“... las CAR son, de acuerdo con la Ley que diseñó el Sistema Nacional Ambiental, la máxima autoridad ambiental en su jurisdicción, en donde ejecutan las políticas nacionales fijadas por el Ministerio de Ambiente en la materia en estrecha coordinación con las entidades territoriales.

Al estar encargadas de la administración de los recursos naturales, están facultadas para otorgar autorizaciones, permisos y licencias para la explotación de los mismos o para proyectos que puedan afectarlos, para establecer los valores límites permisibles de contaminación, para ejercer evaluación, control y seguimiento sobre toda actividad de exploración, explotación, beneficio, transporte, uso y depósito de los recursos no renovables, y sobre el uso del agua, el suelo, el aire y los demás recursos renovables, así como para imponer sanciones en caso de violación a las normas de protección ambiental, entre otras varias competencias.

En consecuencia, la Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas también debe adoptar acciones puntuales para conjurar la amenaza de los intereses colectivos de la comunidad en referencia, específicamente en aquellos asuntos en los que se requiere su intervención como máxima autoridad ambiental en esta jurisdicción. En ese orden de ideas:

- Se le ordena al **Municipio de Manzanares, Caldas** y a la **Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas**, hacer una verificación en campo del estado actual en que se encuentra la cuenca que abastece el acueducto de la vereda Las Mercedes, determinando si se está dando cumplimiento a las siguientes obligaciones:
 - a) Que por parte de los propietarios y poseedores de los inmuebles rurales adyacentes a la fuente de agua (cuenca hidrográfica en cuestión) se estén respetando las fajas forestales protectoras de estas corrientes de agua mediante las siguientes acciones:
 - Demarcación y aislamiento del área forestal protectora.
 - Reforestación con especies propias de la zona.
 - Instalación de abrevaderos fuera del área forestal protectora y pontones con su respectivo aislamiento para el paso de ganado.
 - No aplicación de plaguicidas en el área demarcada.
 - b) En caso de incumplimiento de una o varias de tales obligaciones, tanto el municipio de Manzanares como Corpocaldas deberán adelantar los procesos administrativos sancionatorios a que haya lugar de conformidad con el ámbito propio de sus competencias y presentarán un plan de

⁹ T-338-17.

manejo para la microcuenca que incluya obras de conservación, reforestación, aislamiento (frangas protectoras) y demás actividades que resulten necesarias para restaurar el área afectada como consecuencia de tal incumplimiento.

Lo anterior deberá cumplirse en un plazo de tres (3) meses y al cabo del mismo deberá presentarse el correspondiente informe ante el Comité de verificación que se conformará para tal efecto.

- La **Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas** deberá hacer visitas de campo en la Vereda Las Mercedes para determinar en qué predios se está presentando desperdicio de agua en bebederos y zonas de potreros a fin de iniciar los procesos administrativos sancionatorios a que haya lugar e impartirá las medidas preventivas que estime necesarias para evitar que en lo sucesivo siga ocurriendo ese uso irracional del recurso.

Lo anterior deberá cumplirse en un plazo de tres (3) meses y al cabo del mismo deberá presentarse el correspondiente informe ante el Comité de verificación que se conformará para tal efecto.

5. Conclusión.

Se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Federación Nacional de Cafeteros – Comité de Cafeteros de Caldas. Se declararán infundadas las demás excepciones propuestas por la parte accionada.

Se amparan los derechos colectivos relacionados con el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; consagrados en los literales j) y l) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998. En consecuencia, se impartirán las órdenes ya referidas en precedencia para ser cumplidas en los plazos igualmente indicados.

6. Condena en costas.

No habrá lugar a costas porque el proceder de las partes se ciñó a los deberes correspondientes y a las oportunidades de participación procesales en el presente proceso.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Segunda de Revisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

III. Falla

Primero: Se declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Federación Nacional de Cafeteros – Comité de Cafeteros de Caldas. Se declaran infundadas las demás excepciones propuestas por la parte accionada.

Segundo: Se amparan los derechos colectivos relacionados con el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, consagrados en los literales j) y l) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998.

Tercero: Se ordena al Municipio de Manzanares, Caldas, lo siguiente:

- Adaptar el Sistema de Abasto de la Vereda Las Mercedes al esquema diferencial previsto en el Decreto 1898 de 2016 *"Por el cual se adiciona el Título 7, Capítulo 1, a la Parte 3, del Libro 2 del Decreto 1077 de 2015, que reglamenta parcialmente el artículo 18 de la Ley 1753 de 2015, en lo referente a esquemas diferenciales para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en zonas rurales"*.

Para tal efecto, el municipio de Manzanares – previa socialización del proyecto con la comunidad que habita la vereda Las Mercedes -, deberá brindar el apoyo jurídico, técnico y económico para que en dicha comunidad se constituya una persona jurídica sin ánimo de lucro o una empresa comunitaria encargada de la administración de tal esquema diferencial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 338 del Decreto Ley 2811 de 1974; igualmente para que tramite y obtenga la concesión de aguas para el funcionamiento de dicho abasto de agua ante la Corporación Autónoma Regional de Caldas.

Se exhorta a los habitantes de la vereda Las Mercedes, a través del Presidente de la actual Junta del Agua, señor William Salazar, o quien haga sus veces, para que presten toda su colaboración al municipio de Manzanares a efectos de llevar a cabo la implementación del sistema diferencial de prestación del servicio de agua en los términos del Decreto 1898 de 2016 y el trámite de concesión para el uso del agua que abastece dicho "acueducto veredal".

Para el cumplimiento de dicha orden se concede un plazo máximo de seis (6) meses.

- Hacer un diagnóstico del estado físico y de funcionamiento actual de las redes que distribuyen y abastecen de agua a los habitantes de la vereda Las Mercedes y a

partir del mismo, contratar y ejecutar las obras que resulten de rigor para su reparación, reposición, ampliación y mejoramiento de conformidad con el diagnóstico efectuado.

Para la realización de dicho diagnóstico se le concede un plazo de un (1) mes y para la ejecución de las obras respectivas, un plazo de tres (3) meses.

- Hacer campañas educativas con la comunidad que habita la vereda Las Margaritas y la vereda Las Mercedes en torno a la debida disposición de basuras, escombros, restos de animales y demás desechos que contaminan la bocATOMA y en general las aguas que surten el acueducto veredal. Lo anterior deberá estar acompañado de un plan de manejo de basuras y desechos en dichas comunidades rurales y de un instrumento que permita medir los avances en el cumplimiento de esta orden específica.

El municipio presentará un informe de gestión al Comité de Verificación en un plazo de tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Cuarto: Se ordena al Municipio de Manzanares, Caldas y a la Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas lo siguiente:

- Hacer una verificación en campo del estado actual en que se encuentra la cuenca que abastece el acueducto de la vereda Las Mercedes, determinando si se está dando cumplimiento a las siguientes obligaciones:
 - a) Que por parte de los propietarios y poseedores de los inmuebles rurales adyacentes a la fuente de agua (cuenca hidrográfica en cuestión) se estén respetando las fajas forestales protectoras de estas corrientes de agua mediante las siguientes acciones:
 - Demarcación y aislamiento del área forestal protectora.
 - Reforestación con especies propias de la zona.
 - Instalación de abrevaderos fuera del área forestal protectora y pontones con su respectivo aislamiento para el paso de ganado.
 - No aplicación de plaguicidas en el área demarcada.
 - b) En caso de incumplimiento de una o varias de tales obligaciones, tanto el municipio de Manzanares como Corpocaldas deberán adelantar los procesos administrativos sancionatorios a que haya lugar de conformidad con el ámbito propio de sus competencias y presentarán un plan de

manejo para la microcuenca que incluya obras de conservación, reforestación, aislamiento (frangas protectoras) y demás actividades que resulten necesarias para restaurar el área afectada como consecuencia de tal incumplimiento.

Lo anterior deberá cumplirse en un plazo de tres (3) meses y al cabo del mismo deberá presentarse el correspondiente informe ante el Comité de verificación que se conformará para tal efecto.

Quinto: Se ordena a la **Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas** lo siguiente:

- Hacer visitas de campo en la Vereda Las Mercedes para determinar en qué predios se está presentando desperdicio de agua en bebederos y zonas de potreros a fin de iniciar los procesos administrativos sancionatorios a que haya lugar e impartirá las medidas preventivas que estime necesarias para evitar que en lo sucesivo siga ocurriendo ese uso irracional del recurso.

Lo anterior deberá cumplirse en un plazo de tres (3) meses y al cabo del mismo deberá presentarse el correspondiente informe ante el Comité de verificación que se conformará para tal efecto.

Sexto: Sin costas, por lo considerado.

Séptimo: Se nombra un Comité de Verificación de Cumplimiento de la Sentencia que estará integrado, además de esta Corporación en cabeza de la Magistrada Ponente de esta providencia, por el accionante, un miembro de la comunidad de la Vereda Las Mercedes, un delegado de Corpocaldas, el Procurador Judicial y un delegado del Municipio de Manzanares, quien lo presidirá, convocará e informará a esta Corporación.

Octavo: Publíquese la parte resolutive de esta providencia en la emisora de la Policía Nacional. Una vez realizada la publicación mencionada, ésta deberá allegar constancia de su realización.

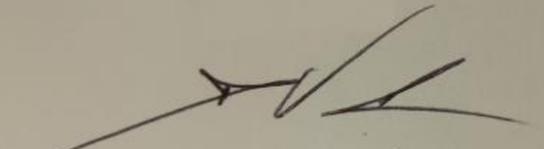
Noveno: Esta sentencia es susceptible del recurso de apelación en los términos del artículo 37 de la Ley 472 de 1998. Si no es apelada, archívense las presentes diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”

Notifíquese

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



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado