



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SECRETARÍA GENERAL

ESTADO ELECTRONICO No 24
NOTIFICACIÓN DE SENTENCIAS

Nº	RADICADO	MEDIO DE CONTROL	DEMANDANTE	DEMANDADO	ACTUACIÓN	CUAD	FECHA
1	13001-33-33-005-2014-00402-00	NULLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	NICANOR SEGUNDO BARRIOS	NACION – MINEDUCACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES	SENTENCIA	PRINCIPAL	09/03/2016
2	13001-33-33-005-2013-00053-00	REPARACION DIRECTA	MAIRY SOLAR VILLAREAL	ESE HOSPITAL LOCAL DE MARIA LA BAJA Y OTROS	SENTENCIA	PRINCIPAL	08/03/2016
3	13001-33-33-005-2013-00248-00	REPARACION DIRECTA	LUIS MANUEL MURILLO Y OTROS	NACION – MINTRANSPORTE – INVIVIAS	SENTENCIA	PRINCIPAL	07/03/2016

PARA CONSTANCIA SE FIJA EL PRESENTE ESTADO ELECTRONICO EN LOS MEDIOS INFORMATIVOS DE LA RAMA JUDICIAL DE CONFORMIDAD CON EL ART. 203 DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (LEY 1437 DE 2011). FIJADO EL DÍA 11 DE MARZO DE 2016 A LAS 8:00AM.


MARIA ANGÉLICA SOMMOZA ÁLVAREZ
Secretaría



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D.T. y C., siete (07) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Juez: Dra. MARÍA MAGDALENA GARCÍA BUSTOS
Medio de control: Reparación Directa
Referencia: 13-001-33-33-005-2013-00428-00
Demandante: LUIS MANUEL MURILLO Y OTROS
Demandado: NACIÓN-MIN. DE TRANSPORTE E INVIAS
Sentencia No. 049

Corresponde a este Despacho Judicial pronunciar la sentencia definitiva dentro del proceso iniciado con la demanda de reparación directa presentada por **LUIS MANUEL MURILLO RUIZ, LILIA ESTHER MURILLO CATALAN, LUISA FERNANDA MURILLO CATALAN, ANDRÉS MIGUEL MURILLO CATALAN, LUIS ESTEBAN MURILLO CATALAN, ORNELA ROSA CATALAN GUERRA, el menor CRISTIAN ANDRÉS BARRIOS CATALAN, representado por su padre YEISON YAIR BARRIOS LAMADRID, y NELVIS JUDITH VELASQUEZ CATALAN, a través de su apoderado Dr. OSCAR FERNÁNDEZ CHAGIN, contra la NACIÓN-MINISTERIO DE TRANSPORTE e INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS.**

1- LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

1. Que, se declare a la NACIÓN-MINISTERIO DE TRANSPORTE e INVIAS administrativamente responsables por los perjuicios morales y daño en familia causados a los demandantes, por la muerte de EDUARDO RAFAEL MURILLO CATALAN al ser arrollado por un vehículo el 23 de agosto de 2011, en la Troncal de Occidente, por falta de señalización en la vía.
2. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE, a pagar a cada uno de los demandantes a título de perjuicios morales objetivados, subjetivados, estimados en la suma de \$ 766.350.319, o conforme resulte probado en el proceso.
3. Se ordene la actualización de la condena de acuerdo con lo previsto en el artículo 188 CPACA, y se reconozcan intereses legales desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se de cabal cumplimiento a la sentencia o quede ejecutoriada.
4. Se cumpla la sentencia conforme los artículos 187 y 189 del CPACA.

1.2 HECHOS

Como fundamento fáctico de sus pretensiones conforme a la fijación del litigio que se hizo en la audiencia inicial se estableció como relevantes los siguientes hechos:

- 1- El 23 de agosto de 2011, a las 2 p.m, el menor EDUARDO RAFAEL MURILLO CATALAN, acompañado de un adulto, a través la vía carretera Troncal de Occidente, tramo llamado "La Virgencita", cruce para Zambrano- Bolívar, de alto flujo vehicular de tractomulas en tránsito a la ciudad de Bogotá, y rodeada de barrios. Cuando atravesaba la vía de lado derecho a izquierda, el menor fue arrollado por el vehículo de placas ABT 379, conducido por el señor Enrique Carlos Posada Gutiérrez, quien manejaba a alta velocidad. El niño fue arrebatado de las manos del adulto que iba con él y arrastrado por más de 10 metros.

2- Después del accidente INVIAS colocó un reductor de velocidad a petición de la comunidad.

3- Para la fecha del accidente no existía en ese tramo de vía avisos preventivos para que los conductores redujeran la velocidad, siendo un tramo muy concurrido tanto por vehículos como por patones.

1.3 FUNDAMENTOS LEGALES

Las demandadas deben responder por la muerte del menor EDUARDO RAFAEL MURILLO CATALAN en razón a la falla del servicio que se presentó por no garantizar la seguridad en la vía, omitiendo la señalización que advirtiera presencia de peatones y reductores de velocidad para moderar la de los vehículos que transitan por ella.

Esa garantía de seguridad vial se encuentra establecida en las siguientes disposiciones: artículos 678 y 1005 del Código Civil; artículo 8 del Decreto 21 de 1909, que hace referencia al derecho al uso y goce de las vías públicas; el artículo 1, inciso 2º del Código Nacional de Tránsito, capítulo octavo de la ley 3336 de 1996, que desarrolla el principio de la seguridad, y el artículo 24 de la Constitución Política que se refiere a la libertad de locomoción. Todo lo cual se acompasa con el denominado principio de señalización en materia de tránsito de vehículos.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada **Nación - Ministerio de Transporte** presentó contestación de demanda dentro del término legal. Se opuso a las pretensiones por carecer de fundamento fáctico y técnico.

Frente a los hechos de la demanda no acepta ninguno de ellos.

Dice que la entidad no tiene responsabilidad de lo sucedido en el accidente de tránsito en que falleciera el menor porque dentro de sus funciones no está la de señalización de vías ni tampoco su mantenimiento; que ésta es una obligación del Instituto Nacional de Vías, el Fondo Vial Nacional o por las entidades territoriales, en algunos casos; para ello cita disposiciones legales como la ley 64 de 1967, Decreto 2171 de 1992 y el Decreto 1001 de 2000, Decreto 87 de 2011 y el Código Nacional de Tránsito Terrestre, ley 769 de 2002.

Que el Ministerio de Transporte tiene como objetivos primordiales la formulación y adopción de políticas, planes, programas y proyectos en materia de tránsito y su infraestructura, pero no es la ejecutora de ellos.

De otra parte señala que de acuerdo con el artículo 109 del Código de Tránsito, los particulares también deben colaborar en proteger su vida comportándose en la vía de manera que no incomode, perjudique o afecte a los demás usuarios de las vías.

Que no hay relación de causalidad, que no puede imputársele al Ministerio de Transporte una falla del servicio.

Formula las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y falta de responsabilidad.

El **Instituto Nacional de Vías-INVIAS** presentó escrito de contestación de la demanda pero se tuvo por no contestada al no acreditarse la calidad del poderdante, sino en forma posterior.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 22 de noviembre de 2013, inicialmente inadmitida por auto del 6 de diciembre de 2013, y admitida en fecha 27 de enero de 2014.

Las entidades demandadas fueron notificadas personalmente en el buzón electrónico exclusivo para notificaciones judiciales, el 3 de marzo de 2014 (fl. 127 y siguientes). El Ministerio de Transporte dio contestación de la demanda el 18 de marzo de 2014. INVIAS presentó escrito el 28 de mayo pero sin la debida acreditación del derecho de postulación.

De las excepciones se dio el respectivo traslado el 2 de julio de 2014 (fl. 157).

Mediante auto de fecha 10 de julio de 2014, se citó a audiencia inicial del artículo 180 del CPACA, para el 18 de septiembre de 2014, siendo realizada en la fecha y hora programadas. Al finalizar la audiencia inicial, se fijo fecha para la audiencia de pruebas para el 19 de diciembre de 2014.

El periodo probatorio abarco sesiones de audiencia de pruebas de los días 19 de diciembre de 2014, 11 de marzo de 2015 y 4 de mayo de 2015, que fue la última del periodo probatorio de este proceso. En esta fecha se señaló día y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento del artículo 182 del CPACA, para el 12 de junio de 2015.

3.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1.1. Alegatos de la parte demandante. No presentó

3.1.2 Alegatos de la parte demandada.

De la parte demandante solo presentó alegatos de conclusión en forma oral el apoderado del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- INVIAS, quien fue el único que se presentó a la respectiva audiencia de alegatos y de juzgamiento del artículo 182 del CPACA.

Solicito se negaran las pretensiones de la demanda al haberse demostrado que el accidente ocurrió por causa de un tercero, no por falla del servicio; también debe absolverse a la entidad porque la carretera no estaba a cargo del INVIAS cuando sucedió el accidente.

Se refiere a las pruebas practicadas, entre ellas la actuación adelantada por la Fiscalía General de la Nación, donde se demostraría que fue el conductor del vehículo el causante del accidente y por tanto responsable de él. Igualmente dice que se desmiente los hechos de la demanda porque en la actuación penal se acredita que EDUARDO RAFAEL MURILLO CATALAN iba acompañado de otro menor.

Tampoco es cierto como se afirma en los hechos de la demanda que el vehículo que atropello al menor iba a alta velocidad porque antes del sitio del accidente, a pocos metros hay un retén de policía que obliga disminuir la velocidad y hay dos resaltos frente a la bomba de gasolina.

La vía era nacional, en estos casos la construcción, mantenimiento, conservación y señalización de las vías está distribuido entre EL INCO, ANI y el INVIAS, ésta última a cargo de las vías no concesionadas. La carretera donde ocurrieron los hechos estaba concesionada por el INCO, hoy la ANI (AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA), según se acredita en el proceso con acta de entrega de la vía y la concesión a la YUMA CONCESIONARIA S.A., ellas debieron ser las demandadas.

Esto demuestra la falta de legitimación en la causa por pasiva del INVIAS, no hay nexo causal entre el daño y el INVIAS, razón por la cual solicita la absolución de la entidad.

Se allegó escrito de alegaciones por el apoderado de la Nación – Ministerio de Transporte, pero como quiera que la decisión del despacho era la presentación oral de los alegatos en la respectiva audiencia regulada en el artículo 182 del CPACA, no pueden tenerse en cuenta los alegatos presentados por escrito. Y no es por razones de forma sino sustanciales, correspondiendo a principios de la oralidad como el de concentración e

inmediación y publicidad, entre otros; y es por ello que los alegatos por escrito no pueden sustituir los que se ordenaron fueran presentados oralmente.

3.2. Sentido del fallo

En la audiencia de alegaciones y juzgamiento el despacho el despacho no dio el sentido del fallo por considerar que había un aspecto que debía repasar y revisar con más estudio, de conformidad con lo previsto en el artículo 182 del CPACA.

4. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no asistió a la audiencia de alegaciones y no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

No habiendo sido observada causal alguna de nulidad que declarar, pasa el Despacho a pronunciarse de fondo en el presente asunto.

EL PROBLEMA JURIDICO:

En el presente caso, dentro de la audiencia inicial se señaló luego de haber sido fijado el litigio que, el problema jurídico sería determinar si se estructuran los elementos de responsabilidad del Estado, esto es, el daño antijurídico y la imputación a las autoridades aquí demandadas. Si se demuestra la falla del servicio y verificar quién debe responder de las dos entidades demandadas o ambas.

Para decidir el problema jurídico planteado el despacho procede a delimitar el marco normativo y jurisprudencial que definirá la decisión y las pruebas decretadas y practicadas, para establecer los hechos por ellas acreditados.

MARCO NORMATIVO:

Constitución Política de Colombia. Artículo 90. *“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, aquel deberá repetir contra éste.”

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 140. *“En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.”

Los presupuestos de tal responsabilidad son: En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que dicha responsabilidad opere es imperativo que confluyan los siguientes elementos:

1. El **Daño**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima y sin el cual no existe responsabilidad. Comprende este elemento, las categorías de daño patrimonial y extrapatrimonial y como componentes del primero, el daño emergente y el lucro cesante.

2. El **Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y

3. El **Nexo Causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño.

En términos generales la responsabilidad del Estado está afincada en el daño antijurídico que es aquel que nadie está obligado a soportar, y en la imputación que ese daño jurídico pueda hacerse al Estado bajo los diferentes títulos de imputación que se han desarrollado por la jurisprudencia.

También el análisis en cuanto al origen del daño puede situarse en el título de imputación general de la falla del servicio que se fundamenta en irregularidades en la actividad de la administración por falta de su deber funcional que impone un contenido obligacional de ineludible cumplimiento.

En este caso, los demandantes manifiestan que el daño antijurídico sufrido es imputable a las entidades demandadas en razón a la falla del servicio en que incurrieron por omisión en la señalización preventiva en una zona de alta circulación tanto de vehículos como de peatones, y por falta de reductores de velocidad.

La falla del servicio esta explicada por el contenido obligacional de las autoridades que éstas dejan de cumplir, ya sea por acción o por omisión.

La ley 769 de 2002 o Código Nacional de Tránsito Terrestre tiene dentro de uno de sus fines la seguridad de los usuarios de las vías, tomando en consideración que la actividad de conducir vehículos automotores es una actividad riesgosa. Es por ello que tanto la seguridad vial y la de las personas se constituye en un principio rector de los preceptos del mencionado Código, en desarrollo también de los fines de todo Estado Social del Derecho, como lo es la protección de la vida, propiedad y bienes de las personas.

De otra parte, en relación con los daños ocasionados por la presunta omisión del Estado de dar cumplimiento a su obligación de mantenimiento, iluminación y señalización de las vías públicas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado, entre otros aspectos, lo siguiente:

“La doctrina ha establecido que cuando las entidades que tienen a su cargo el deber de señalizar las vías públicas, omiten su cumplimiento o lo hacen de manera defectuosa, comprometen la responsabilidad de las personas jurídicas en cuyo nombre actúan, por evidente falta o falla en el servicio público, a ellas encomendado, de tal suerte que no basta con la construcción y mantenimiento de las vías, sino que también está a su cargo la función de ejercer el control, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que ordenan su señalización y advierten los peligros y por tanto debe responder por la totalidad de los daños y perjuicios que su falla en la prestación del servicio ocasione por la ausencia de señalización en las carreteras, y su consecuente inseguridad. (...)”¹

Ahora bien, en cuanto a la señalización de las vías el Código Nacional de Tránsito Terrestre consagra:

“ARTÍCULO 110. CLASIFICACIÓN Y DEFINICIONES. Clasificación y definición de las señales de tránsito:

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012), exp. 24160, M.P. Olga Mérida Valle De La Hoz.

Señales reglamentarias: Tienen por objeto indicar a los usuarios de las vías las limitaciones, prohibiciones o restricciones sobre su uso y cuya violación constituye falta que se sancionará conforme a las normas del presente código.

Señales preventivas: Tienen por objeto advertir al usuario de la vía la existencia de un peligro y la naturaleza de éste.

Señales informativas: Tienen por objeto identificar las vías y guiar al usuario, proporcionándole la información que pueda necesitar.

Señales transitorias: Pueden ser reglamentarias, preventivas o informativas y serán de color naranja. Modifican transitoriamente el régimen normal de utilización de la vía.

PARÁGRAFO 1o. *Las marcas sobre el pavimento constituyen señales de tránsito horizontales. Y sus indicaciones deberán acatarse.*

PARÁGRAFO 2o. *Es responsabilidad de las autoridades de tránsito la colocación de las señales de tránsito en los perímetros urbanos inclusive en las vías privadas abiertas al público. Las autoridades locales no podrán ejecutar obras sobre las vías públicas sin permiso especial de las autoridades de tránsito que tendrán la responsabilidad de regular los flujos de tránsito para que no se presenten congestiones.*

Para la ejecución de toda obra pública que genere congestiones, la autoridad de tránsito local deberá disponer de reguladores de tráfico. Su costo podrá calcularse dentro del valor de la obra y la vigencia de la vinculación podrá hacerse durante el plazo del contrato de obra respectivo."

ARTICULO 115. REGLAMENTACIÓN DE LAS SEÑALES. *El Ministerio de Transporte diseñará y definirá las características de las señales de tránsito, su uso, su ubicación y demás características que estime conveniente. Estas señales serán de obligatorio cumplimiento para todo el territorio nacional.*

PARÁGRAFO 1. *Cada organismo de tránsito responderá en su jurisdicción por la colocación y el mantenimiento de todas y cada una de las señales necesarias para un adecuado control de tránsito que serán determinadas mediante estudio que contenga las necesidades y el inventario general de la señalización en cada jurisdicción.*

PARÁGRAFO 2. *En todo contrato de construcción, pavimentación o rehabilitación de una vía urbana o rural será obligatorio incluir la demarcación vial correspondiente, so pena de incurrir el responsable, en causal de mala conducta.*

ARTICULO 120. COLOCACIÓN DE RESALTOS EN LA VÍA PÚBLICA. *Los Alcaldes o las Secretarías de Tránsito donde existan podrán colocar reducidos de velocidad o resaltos en las zonas que presenten alto riesgo de accidentalidad.*

LO PROBADO EN EL PROCESO

Este Despacho con base en el estudio de los medios probatorios obrantes dentro del proceso, tiene como ciertos los siguientes hechos:

Que el 23 de agosto de 2011, en horas de la tarde, en la carretera Troncal de Occidente, frente a la tienda El Boca entrada al Barrio La Victoria del Carmen de Bolívar, el menor de seis años de edad EDUARDO RAFAEL MURILLO CATALAN fue arrollado por el vehículo de placas ABT -379, conducido por el señor ENRIQUE POSADA GUTIÉRREZ. El menor murió con ocasión a sus múltiples heridas.

Este hecho se acredita con el registro civil de defunción del menor (fl. 16); el informe pericial de necropsia, que concluye como causa de la muerte: Se trata de niño de 6 años de edad, quien fallece a causa de un Shock Neurogenico, secundario a una contusión cerebral severa ocasionada por accidente de tránsito (fl. 24); copia de la Inspección técnica al cadáver obrante a folio 28. Documentos que igualmente obran en la actuación

penal remitida por la Fiscalía General de la Nación, Fiscalía Seccional 54 de la Unidad del Carmen de Bolívar.

Al respecto del accidente y las circunstancias que lo rodearon, obra el informe del mismo elaborado por la Dirección de Tránsito y Transporte Municipal de Carmen de Bolívar (fls. 196 a 214), donde queda claro que el sitio del accidente corresponde a la zona urbana del municipio, tratándose de la carretera Troncal de Occidente. Se describe la vía en buen estado y asfaltada. En un primer momento se recogió la versión del conductor del vehículo que atropello al menor MURILLO CATALAN y de un testigo. La versión del primero, señor Enrique Posada Gutiérrez, señala que venía de Cartagena a Magangué, por la carretera Troncal de Occidente, cuando frente al Barrio La Victoria en el Carmen de Bolívar dos niños de repente salieron corriendo a cruzar la vía por frente de la camioneta, uno de ellos se devolvió pero el más pequeño siguió impactando con el vehículo; auxilio al menor bajo la presión de la comunidad y se fue al comando de la policía.

En el referido informe también se observa el croquis del accidente (fl. 204), que muestra manchas de sangre en la mitad de la vía. Sobre las condiciones de la vía, se le caracteriza como zona urbana, siendo una vía plana con demarcación de línea central, línea de borde, línea de carril, con controles con agente; condiciones: seca, con iluminación, asfaltada; de dos carriles y dos sentidos. Nada se dice de señales preventivas.

En el informe del accidente también obra la versión del conductor ENRIQUE POSADA afirmando que la abuela del menor refirió que el menor iba a cruzar la calle sin compañía, no se percató del carro venía y éste lo arrollo (fl. 213 y 214).

La Fiscalía General de la Nación- Fiscalía Seccional 54 de la Unidad del Carmen de Bolívar remitió la investigación que se adelanta por el homicidio culposo del menor. De dicha actuación se desprenden otras circunstancias que rodearon el accidente en que falleció el menor. Obrando el informe del accidente ya referenciado; la entrevista FPJ-14 realizada a Carlos Enrique Posada Gutiérrez, donde afirmó que él "venía de Cartagena hacia la ciudad de Magangué, en la carretera troncal cuando frente al Barrio la Victoria en el Carmen de Bolívar dos niños de repente salieron del extremo izquierdo corriendo a cruzar la carrera frené la camioneta pero uno de los niños no se devolvió sino que siguió corriendo haciendo que lo impactara..."; agrega que auxilio al menor y al ver que lo llevaron en moto al hospital se fue para el comando de la policía (fl. 233). El interrogatorio más adelante realizado al señor Posada Gutiérrez obra a folio 318 donde da la misma versión, señalando que hizo una maniobra evasiva girando primero a la izquierda pensando que los niños terminarían de cruzar, pero ellos se devolvieron lo que provocó que girara el carro al otro lado, el niño mayor se regresó y el más pequeño se golpeó con el guardabarros izquierdo de la camioneta, luego freno para auxiliar el menor pero la gente no lo dejó.

Entrevista al señor RAMIRO MANUEL CATALAN ROMERO donde éste afirma que vio que dos niños iban a cruzar la carretera como a 20 metros de donde él estaba, y vio a una camioneta que venía lejos a unos 60 metros, venía rápido como a unos 70 K/H, pero no pensó (el testigo) que los niños llegaran a cruzar, vio que el más grande se pasó al otro lado de la vía y cuando el más pequeño trató de cruzar o pasar fue arrollado, vio que la camioneta lo golpeó, no frenó. Dice que el niño alcanzó a pasar la vía y que por la mitad donde está la raya amarilla la camioneta lo golpeo, la camioneta siguió y freno más adelante (fl. 255).

Entrevista de FPJ-14 al señor WILLIAM RAFAEL VILLADIEGO BARRETO quien a la Fiscalía manifestó que venía por la vía, cuando se acercaba a la tienda El Boca ve a dos niños que van cruzando la carretera para bajar al barrio Buenos Aires, la camioneta que venía al verlos frenó y hace el quite a los niños virando a la izquierda y cómo ve que ellos se devuelven maniobra hacia la derecha tratando de hacerle el quite sin lograrlo y arrolla al niño con la esquina donde va la farola de la direccional izquierda delantera, lanza al niño más pequeño que da una vuelta y cae boca abajo, el carro freno como diez metros

más adelante; fueron los mototaxistas los que llevaron al niño al hospital porque la gente se opuso a que lo llevara el señor de la camioneta (fl. 287).

Entrevista de FPJ-14 de ÉDWIN ALFONSO LAMBRAÑO SALCEDO quien dijo haber escuchado desde su casa una frenada, salió a mirar y vio el carro detenido en la vía, vio detrás de la camioneta y ahí estaba el menor tirado en la carretera (fl. 289).

Entrevista FPJ-14 al señor IVAN DARIO MEDINA OLIVERA quien dice que estaba en la esquina de la tienda El Boca con varios mototaxistas, vio dos niños que cruzaban la carretera, cuando pasaron la línea amarilla de la mitad de la vía, cuando escucharon la frenada de la camioneta voltearon a mirar, ellos trataron de reaccionar para devolverse pero el niño más pequeño quedo como aturdido en la mitad de la carretera, o sea del carril por donde venía la camioneta, el otro niño alcanzo a reaccionar y se devolvió, el señor de la camioneta alcanzó a maniobrar haciéndole el quite; la camioneta atropello al otro niño mandándolo como a más de diez metros, lo auxilió y lo llevo al hospital herido (fl. 292). El señor ALBERTO DÁVID RODRÍGUEZ RODELO en su entrevista hizo un relato similar como quiera que se encontraba en compañía de IVAN DARIO MEDINA.

El informe técnico en accidentes de tránsito elaborado por la policía Nacional por órdenes de la Fiscalía (fl. 296), de fecha 1 de septiembre de 2011, caracteriza el lugar de los hechos: Troncal de Occidente a la altura del Km 65, vía que cruza zona urbana del Carmen de Bolívar; diseño: tramo de vía principal que cruza zona urbana, recta, plana con bermas; doble sentido de circulación Bogotá o Sincelejo hacia Ye de carreto y viceversa, zona urbana Carmen de Bolívar; una calzada de 7,40 metros de ancho; asfaltada en condiciones buenas, con bermas en cada extremo de 1,10 metros de ancho. En cuanto señalización anota una vertical SP-46, señal preventiva que indica "Peatones en la vía"; horizontal línea borde en los costados, doble línea continúa sobre el eje central de la vía que separa el doble sentido de circulación. En cuanto a elementos de seguridad activa de la vía no se señala ninguno y en seguridad pasiva la delimitación de la vía. Hay fotografías del lugar y del sitio exacto del accidente. En la fotografía No. 1 (fl. 298) se muestra un resalto el cual se dice fue instalado después de ocurrido el accidente. También se observa la señal peatonal vertical SP-46 con excelente visibilidad. En el informe se concluye como posibles causas del accidente: factor humano, por la alta velocidad del vehículo que arrollo al niño, en un sector residencial y urbano; igualmente el paso o cruce sin tener precaución atribuible a los menores. Y un factor técnico la falta de señalización de la vía.

En el informe de investigador de campo FPJ-11 de 10 de diciembre de 2012 (fl. 316) se dan los resultados de actividad investigativa, y en relación a la inspección de lugar de los hechos se da cuenta de la existencia de señales verticales reglamentarias SR 30 que reglamenta 30 K M/H para ese tramo vial, señal preventiva SP 46 que advierte peatones en la vía. Señales horizontales que presenta la vía como lo son línea blanca de borde, doble línea continúa amarilla.

Obra otro informe de investigador de campo (fotógrafo), del 10 de diciembre de 2012, donde se toman varias fotografías en el lugar del accidente, destacando las condiciones de la vía asfaltada y en buen estado, siendo una recta bien demarcada. Se observan señales verticales de velocidad 30 y de peatones en la vía. El investigador manifiesta que para la fecha del accidente se estaba arreglando la calzada y por tanto no se encontraba señalizada (fl. 323).

Informe del perito físico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 334), el cual establece gráficamente el impacto entre el peatón y la camioneta en la parte delantera de ésta, lado izquierdo. No determina velocidad de la camioneta por imposibilidad dado los elementos de juicio existentes.

En el resto de la actuación obran diferentes diligencias como la de formulación de imputación al señor ENRIQUE CARLOS POSADA GUTIÉRREZ por el delito de homicidio culposo (332).

Obran otras entrevistas al padre del menor, el señor LUIS MANUEL MURILLO RUÍZ que indico que su hijo de siete años iba con un primo de diez años, que iban agarrados de la mano, todo lo cual manifiesta de oídas porque no estaba presente (fl. 343); entrevista de LUIS EDUARDO VASQUEZ MARTINEZ (fl. 344), vio como ocurrieron los hechos relatando en forma similar a otros entrevistados que los niños cruzaban la vía cuando venía el vehículo, que al ver el carro uno de los niños se devolvió y el otro no, produciéndose su atropello; entrevista a WILSON ARROYO PELUFO uno de los agentes de tránsito que atendieron el accidente que afirma las versiones que recogió en el lugar de los hechos, que los niños cruzaron sin percatarse que venía el carro (fl. 345).

A folio 348 obra contrato de transacción por lesiones culposas entre la aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANAS S. A., el conductor del vehículo asegurado Enrique Carlos Posada Gutiérrez y los padres del menor fallecido LUIS MANUEL MURILLO RUÍZ y ORNELA CATALAN GUERRA, en nombre propio y de sus hijos menores. El acuerdo transaccional fue por la suma de \$48.000.000, por concepto de indemnización integral de perjuicios.

A folio 352 obra el desistimiento de los padres del menor fallecido y solicitud de archivo de las diligencias.

El fiscal solicita la preclusión de la actuación penal el 11 de julio de 2013, por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal (fl. 354). Se niega la solicitud de preclusión (fl. 360). Se presenta solicitud de Fiscalía de aplicación del principio de oportunidad (fl. 361). Hasta aquí la actuación penal.

Ahora bien, sobre el carácter de la carretera donde fue arrollado el menor, la prueba documental apunta a señalar que la vía es nacional, pero en zona urbana del municipio del Carmen de Bolívar. Carretera que en ese sector desde el año 2009 fue entregada por INVIAS a INCO (hoy ANI), quien a su vez la entrego en concesión a una sociedad particular. Retornando la carretera a INVIAS en el año de 2012.

Así lo informa el Instituto Nacional de Vías mediante oficio obrante a folios 381, con fecha 13 de enero de 2014, donde manifiesta que el lugar donde ocurrió el accidente de tránsito es la carretera Troncal de Occidente, la cual para la fecha de los hechos se encontraba concesionada mediante acta de entrega de una infraestructura vial de INVIAS a INCO (hoy ANI), para ser afectado al contrato de concesión No. 007 de 2010, suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura ANI y YUMA concesionaria S.A. Anexando copia del oficio DT-BOL 52957 de fecha 30 de septiembre de 2014 y copia del acta de entrega de la infraestructura vial de 1 de junio de 2011 y acta de entrega y recibo de unos sectores, entre estos el del lugar de accidente, para ser afectado al contrato de concesión No. 002 de 2007 entre INCO y AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A. (fl.s 382-400).

En el oficio DT-BOL 52957 se da respuesta al requerimiento del despacho afirmando que los reductores de velocidad que existen en la Troncal Sincelejo- El Carmen- Carretero en aproximadamente a 500 metros antes del cruce de Zambrano, fueron construidos por la firma concesionaria AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A. También responden que la vía es una carretera de carácter nacional de acuerdo con el Decreto 1735 de 2001, por el cual se fija la Red Nacional de Carreteras a cargo de la Nación- INVIAS. Pero el sector Carmen de Bolívar- Carretero (KM25+000 al KM 108+0695, fue entregado por el INVIAS al INCO, el 14 de agosto de 2009 y éste a su vez lo entregó en CONCESION a la firma AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A., quien se encarga del mantenimiento y conservación de la carretera mencionada, alcantarillas, pontones, puentes y box coulvert. Al desaparecer INCO la vía la tomo la Agencia Nacional de Infraestructura- ANI. Esta devolvió la vía a INVIAS el 30 de diciembre de 2012. Que para la fecha del accidente era la ANI quien tenía la conservación y mantenimiento de la vía, por tanto a ellos les corresponde certificar el estado de la vía y señalización de la misma para la época del accidente.

Del acta de entrega de la infraestructura vial que comprende la del lugar del accidente se destaca que en ella se contiene lo siguiente en la consideración tercera y haciendo referencia a la Resolución No. 01296 de 23 de marzo de 2011, que a partir de la entrega

cesará a favor de INVIAS cualquier tipo de responsabilidad de todo orden que se pueda generar como consecuencia de la operación y administración de la vía, la cual correspondería la INCO y/o al CONCESIONARIO. Igualmente, a partir de la entrega la responsabilidad por el mantenimiento de vía y de todas las obras de infraestructura que la conforman incluyendo las demás que ejecutará el concesionario, así como su operación, garantizando la transitabilidad del sector objeto de entrega, sería del INCO y/o CONCESIONARIO (FL. 388).

A folios 399 y ss obra copia de Resolución 07211 de 20 de diciembre de 2012, por el cual se autoriza el recibo de unos sectores, entre estos los sectores Puerta de Hierro (PR25+0000)-Carmen de Bolívar- Carreto (Pr108-0695) Ruta 2515 y Carreto.

También se presentó dictamen pericial por la Policía de carreteras (fl. 401), señalando el resultado de aforo realizado para concluir que es una vía muy transitada por toda clase de vehículos, incluyendo de tráfico pesado, lo cual se explica por ser una troncal que conecta el país de norte a sur.

Estableció también la necesidad de instalación de reductores de velocidad, máxime cuando existen dos instituciones educativas adyacentes a la vía; igualmente se estableció la necesidad de señales horizontales y verticales especiales según lo contempla la Resolución 0001236 de 25 de abril de 2013. En el lugar se encontraron señales verticales con fecha de instalación de agosto de 2011, pero de acuerdo con versiones de los residentes fueron instaladas días después del accidente. Igualmente el resalto que el perito describe en la vía.

A folios 406 en el dictamen se registra fotografía de señal SR 30 (velocidad máxima) a 120 metros antes del lugar del accidente con fecha de instalación agosto de 2011. También señal de peatones en la vía a 5 metros del lugar accidente, con fecha de fabricación de febrero de 2011, sin tener claridad de la fecha de instalación.

En la discusión del dictamen el perito acoto que la vía del accidente es concurrida por toda clase de vehículos, incluyendo de carga pesada. En cuanto al aforo explicó el perito que el flujo vehicular aumento de 2011 a 2015 de acuerdo con la tasa de incremento del parque automotor. El conteo vehicular o aforo en el lugar del accidente se hizo el día jueves (igual el día del accidente) y en horas de la mañana; se midió cada media hora. El lugar del accidente fue indicado por los residentes. En cuanto a la necesidad de reductores dijo que por ser una zona escolar hay mucha presencia de niños y preadolescentes porque hay una institución educativa, y hay una señalización según la Resolución 1236 de 2013. Es un sector residencial porque es el casco urbano del Carmen de Bolívar. Los residentes del lugar dijeron que a los dos días del accidente instalaron las señales verticales y horizontales y el resalto físico y virtual que hoy se encuentran en el lugar. Y aún debe mejorarse la señalización. El manual de señalización fue adoptado en el 2004 pero específicamente no decía cómo se señala una zona escolar u otra específica; solo fue en el 2013, con la Resolución 1236 que ya se adopta las señales de acuerdo con la zona. Se trata de una vía nacional por ser una troncal, numerada 2515. En el reverso de la señalización que encontró en el sitio dice agosto de 2011, pero las personas moradores dijeron que fue inmediatamente después de ocurrido el accidente.

El apoderado del INVIAS objeto por error grave el dictamen presentado en lo que respecta a las afirmaciones del perito sobre la fecha de instalación de las señalizaciones hecha en forma posterior al accidente, porque debía indagarse con INCO sobre fecha de esas señales.

Considera el despacho que no hay error grave porque no hay una equivocación o un mal entendimiento del perito sobre la realidad y su percepción sobre ella, porque en el dictamen se deja la salvedad que la instalación de las señales fue indagada con la gente residente en el sector, que ellos fueron la fuente de esa información. Que sea verídica o no la información dada al perito, es otra cosa que dejaría como un hecho incierto la fecha exacta de instalación de las señales; pero no hay un error grave en el peritazgo.

Señalando la actuación penal remitida por la Fiscalía en algunas diligencias realizadas que las señales que se encontraron en la inspección del lugar no estaban al momento del accidente.

En la audiencia de pruebas se recibieron los testimonios de DELCY REGINA CASTRO GUERRERO, ROBERTO ANTONIO TAPIA LASCARRO, OSWALDO RAFAEL GARCIA LEGUIA y RAFAEL DAVID GUZMAN LUNA.

La señora DELCY REGINA CASTRO afirmó en su declaración sobre las relaciones de convivencia de los demandantes LUIS MANUEL MURILLO y ORNELA ROSA CATALAN y sus hijos en número de seis. Sobre las relaciones familiares, las calificó indicando que era muy amorosa y dijo que la familia es muy unida. Que la muerte de EDUARDO RAFAEL afectó mucho a sus padres y hermanos. En el momento del accidente el niño estaba con un primo dijo la declarante confirmando lo que testigos del hecho dijeron a la Fiscalía.

El señor OSWALDO RAFAEL GARCIA LEGUIA igualmente habló sobre el conocimiento de las relaciones familiares de los demandantes, dijo que EDUARDO RAFAEL todavía no estaba en el colegio. No supo del accidente porque estaba en Cartagena. Los padres del menor se lo pasaban llorando y a los hermanos los afectó en el rendimiento escolar. Todavía están afectados. Supo que el menor estaba con otro niño más grande.

ROBERTO ANTONIO TAPIA LASCARRO, mototaxista que transitaba por la vía, manifestó que llegó al accidente después de ocurrido. Sostuvo que antes del accidente no había ninguna señalización, ni había resalto. Ese resalto lo colocaron a la semana siguiente del accidente por las quejas de la comunidad por ser una carretera muy transitada, tanto por automóviles, camiones, camionetas y carga pesada. Que antes de los hechos se habían presentado otros accidentes pero sin resultados fatales. La vía estaba en buenas condiciones cuando sucedió el accidente.

RAFAEL DAVID GUZMAN LUNA fue otro declarante. Afirmó que trabaja por la vía como vendedor. Se encontraba a ciento veinte metros del lugar exacto del accidente, vio pasar la camioneta a alta velocidad. El niño iba con otro. En ese entonces (y actualmente) la vía hoy estaba muy ocupada en la zona peatonal, por la berma están todos los comerciantes. Por eso no hay zona peatonal. El accidente fue por la tarde 4:35 de la tarde. Antes del accidente no vio al niño, solo cuando sonó el carro se dio cuenta. Hoy hay un resalto porque la comunidad lo hizo. No supo quien llevaba al niño. En esa vía habían ocurrido otros accidentes y después del accidente ya no volvieron a presentarse más percances, porque además se ha señalado y se construyó otro resalto o reductor de velocidad.

Estos cuatro declarantes no vieron en forma exacta el accidente, a diferencia de los que entrevistó la Fiscalía que sí observaron cuando los niños cruzaban la vía sin fijarse que venía la camioneta, percatándose de la reacción tanto de los niños como del conductor del vehículo, y el impacto con el menor EDUARDO RAFAEL MURILLO CATALAN. Algunos de los entrevistados por la Fiscalía manifestaron que el vehículo transitaba a alta velocidad.

De otra parte, los demandantes acreditaron el parentesco y relaciones filiales con el menor víctima del accidente EDUARDO RAFAEL, allegando los diferentes registros civiles de nacimiento y con las declaraciones de convivencia marital entre LUIS MANUEL MURILLO Y ORNELA ROSA CATALAN. Y de ese hecho puede inferirse su afectación moral con la muerte del mencionado menor.

De esta manera estaría acreditado el daño sufrido por los demandantes con la muerte de su consanguíneo.

Ahora bien, las circunstancias modales del accidente permite afirmar que una de sus causas determinantes es atribuible a una falta de señalización de la vía; no tanto la que anuncia la presencia de peatones en la vía, lo cual igualmente es una precaución que debe tener todo conductor que transita por una zona ubicada en el casco urbano rodeada de viviendas a lado y lado, como lo es el sitio del accidente; sino a aquellas señales que

obliguen a la reducción de velocidad del vehículo involucrado en el accidente, como los resaltos o reductores de velocidad y otras señales horizontales virtuales explicadas por el señor perito. Esto porque no cabe duda que por la velocidad de la camioneta no pudo su conductor eludir eficazmente el obstáculo que el menor represento en el trayecto o recorrido del vehículo, pues según los entrevistados por la Fiscalía el menor y el otro niño cruzaron la vía sin mirar.

Siendo también determinante en el hecho luctuoso, como concausa determinante, el comportamiento del menor que según los entrevistados por la Fiscalía que observaron los momentos previos del impacto, cruzo la vía sin fijarse que venía el vehículo percatándose de su presencia cuando la camioneta ya estaba cerca, sin saber reaccionar como el otro menor que lo acompañaba que sí alcanzo a devolverse. Dos de los entrevistados señalaron que el conductor hizo maniobras evasivas pero que no fueron suficientes por la inadecuada reacción del menor y por la velocidad que llevaba la camioneta. Acotando el despacho que a un niño de seis años no se le puede exigir prudencia y pericia para cruzar una vía transitada por una gran cantidad de flujo vehicular. Implicando una gran responsabilidad de los padres o adultos el ejercer cuidado de esos menores a quienes no pueden dejar solos circulando una vía tan peligrosa. Correspondiendo a los padres igualmente una cuota de responsabilidad por omisión en el cuidado de su hijo pequeño. Desvirtuando las pruebas la afirmación de la demanda de ir acompañado el menor de un adulto.

En cuanto a la imputación del daño antijurídico, los demandantes atribuyen tanto al Ministerio de Transporte como al INVIAS falla en el servicio por omisión de la señalización. Que no sería la única causa eficiente como ya se anoto.

Habiéndose establecido que la vía hace parte de la infraestructura nacional de transporte, en principio su conservación, mantenimiento y señalización sería responsabilidad del INVIAS, establecimiento público del orden nacional encargado de esas funciones, según los numerales 2 y 13 del decreto 2171 de 1992.

Existiendo una falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Transporte por no estar dentro de sus funciones la de conservación y mantenimiento de las vías, como su señalización. Lo cual lleva a decir que no encuentra el despacho ninguna conexión sustancial entre las funciones del Ministerio con los hechos que dieron lugar al daño antijurídico.

Y en lo que respecta al INVIAS debe tenerse en cuenta que la vía desde el año 2009 y 2011 había sido entregada a INCO para ser concesionada. Que para agosto de 2011 la vía era objeto del contrato de concesión No. 002 de 2007 y 002 de 2010. Y es por ello que en el acta de entrega de la infraestructura vial se estipuló que haciendo alusión a la Resolución No. 01296 de 23 de marzo de 2011, a partir de la entrega cesaría a favor de INVIAS cualquier tipo de responsabilidad de todo orden que se pudiera generar como consecuencia de la operación y administración de la vía, la cual correspondería la INCO y/o al CONCESIONARIO. Igualmente, a partir de la entrega la responsabilidad por el mantenimiento de vía y de todas las obras de infraestructura que la conforman incluyendo las demás que ejecutará el concesionario, así como su operación, garantizando la transitabilidad del sector objeto de entrega, sería del INCO y/o CONCESIONARIO.

De manera que entregada la vía a INCO desde 2009, el daño antijurídico causado no le es imputable al INVIAS de conformidad con el régimen de la falla del servicio, toda vez que frente a la vía entregada no existía deber jurídico previo de la entidad pública demandada del mantenimiento y señalización de la vía, que por la entrega paso a ser de INCO (hoy ANI) de acuerdo con lo estipulado en el acta de entrega respectiva. Retornando la vía a la responsabilidad de INVIAS después de diciembre de 2012, en fecha posterior al accidente.

Y quien entrego en concesión la vía finalmente fue INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura- ANI; entidad que como parte contratante era la que estaba en condiciones de servir y responder como garante de cualquier daño causado por omisión del

concesionario, en este caso la Sociedad AUTOPISTAS DE LA SABANA S.A. Pero no INVIAS, que no era parte contractual y estipulándose al momento de la entrega de la vía que la responsabilidad del mantenimiento y señalización de esa vía quedaba bajo el INCO que en últimas la concesionó.

Acotando el despacho que además, tratándose de una vía nacional ubicada dentro del perímetro urbano del Carmen de Bolívar, a la autoridad municipal le correspondía la obligación de "adecuar la estructura de las vías nacionales dentro del respectivo perímetro urbano de conformidad con las necesidades de la vida municipal", de acuerdo con lo establecido en el Decreto 80 de 1987 y el artículo 120 de la ley 769 de 2002, en lo que hace referencia a la instalación de resaltos que obligue a disminuir la velocidad de los vehículos que transiten por el perímetro urbano, teniendo en cuenta la seguridad de los moradores ubicados en la vía nacional en zona urbana. Y es por ello que tal omisión no es atribuible a la aquí demandada INVIAS porque otros eran los llamados a actuar como el Municipio del Carmen de Bolívar.

En la sentencia de julio veintidós (22) de dos mil nueve (2009), de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Rad. 76001-23-31-000-1995-01182-01(16333), sobre el particular se dijo:

" En efecto, la norma regula aquella situación fáctica en la que una vía nacional se ubica en el perímetro urbano de un municipio, situación que le exige, eventualmente, intervenir la vía en su estructura o realizar las obras que demande a efectos de acomodarla o adecuarla a las exigencias propias del área o perímetro urbano. Así mismo, es trascendental, a efectos de establecer el alcance de la obligación de adecuación de esas vías nacionales, determinar en que consiste el "perímetro urbano". Como puede observarse, el área urbana es catalogada como tal, en razón a sus particularidades, a las cuales debe acomodarse o adecuarse la respectiva vía nacional ubicada en su perímetro, y fue eso, precisamente, lo que previó la norma en comento. Siendo así, por el hecho de que la vía cuente con esa naturaleza y, por tanto, sea responsabilidad del INVIAS, no impide que el municipio la intervenga y adelante las obras o adecuaciones estructurales necesarias para garantizar el normal funcionamiento de la "vida municipal". Los conceptos anteriores ofrecen claridad en cuanto a la obligación de los municipios en relación con las vías del orden nacional que traspasan o se ubican en el perímetro o suelo urbano, toda vez que, cuando el art. 1 en su letra d) del decreto 80 de 1987 les impone la obligación de adecuar o acomodar la estructura de las vías o carreteras nacionales según las necesidades de la "vida municipal", hace referencia a la realización de las obras requeridas para el debido funcionamiento del municipio, esto es, para la correcta prestación de los distintos servicios públicos -entre ellos los domiciliarios-, también para garantizar la movilidad vehicular y peatonal en la zona y, así, facilitar la urbanización y edificación. Según lo anterior, consecuentemente, cuando el municipio, en desarrollo de las actividades necesarias para la adecuación de la vía nacional, cause un daño antijurídico, el ente territorial responderá. Se observa que la norma otorga a los municipios la obligación y/o potestad de adecuar o acomodar las vías nacionales de acuerdo con sus necesidades, a efectos de garantizar la prestación de los servicios públicos, situación que exige la construcción de diferentes redes físicas -alcantarillado, acueducto, etc.-; de regular la circulación vehicular o peatonal en la zona, integrando o facilitando la convexidad de esa vía con las demás del orden municipal -construyendo cruces viales y puentes peatonales-; facilitar la urbanización y edificación en determinada área; entre otras actividades con similar finalidad y que no están relacionadas con la construcción, el mantenimiento o la señalización de una vía nacional. Sin embargo, no puede entenderse que dicha obligación de adecuar o acomodar signifique el mantenimiento, sostenimiento o la señalización de la respectiva vía nacional. Efectivamente, y teniendo claridad sobre el concepto y alcance de la obligación de "adecuar", es preciso considerar sus diferencias frente a las actividades relacionadas con el "mantenimiento", vocablo que define, en lo pertinente, el mismo Diccionario de la Real Academia de la Lengua como el "Conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias, etc., puedan seguir funcionando adecuadamente". La obligación de mantenimiento se establece a efectos de garantizar el funcionamiento apropiado de la vía, la cual, en todo caso, está al servicio de los entes territoriales. En el mismo sentido, en cuanto a la obligación de señalización de la vía, se concluye que, sumado a que no se trata de una actividad de "adecuación", tampoco es "estructural", por ende, no cumple con las condiciones impuestas por la norma a efectos de que su cumplimiento sea responsabilidad de los entes territoriales. En conclusión, el argumento propuesto por la entidad recurrente no es válido, pues no es obligación de los municipios realizar las actividades correspondientes al mantenimiento o señalización de las vías del orden nacional, por tanto, frente al caso concreto, no puede imputarse la responsabilidad del daño antijurídico al municipio de Buenaventura por este aspecto, pues ni siquiera existía un deber jurídico previo en tal sentido.

De manera que no encuentra acreditado el despacho en este proceso el nexo de causalidad adecuado, determinante y eficiente, entre el daño y la conducta irregular del Estado en lo que respecta al INVIAS, que se traduce en el desconocimiento por acción u omisión a deberes constitucionales, legales, reglamentarios o administrativos por parte del Estado que correlativamente implican derechos de los administrados, en situaciones concretas previsibles. Lo anterior porque INVIAS en el momento en que ocurrió el accidente en que perdió la vida el menor EDUARDO RAFAEL MURILLO CATALAN, no tenía la obligación de mantenimiento y señalización de la vía en razón de haber sido entregada la misma dos años atrás a INCO, quien a su vez la concesiona a una sociedad particular que se hizo cargo de su construcción, mantenimiento y señalización. No siendo INVIAS garante del cumplimiento de esas obligaciones por parte del concesionario, sino INCO que fue la que concesionó la vía y en caso de que la concesionaria faltara al deber de señalización.

En las condiciones anotadas, no puede inferirse responsabilidad patrimonial del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVIAS, lo cual conlleva a desestimar las pretensiones de la demanda, además por falta de legitimación en la causa por pasiva, también respecto al INVIAS.

COSTAS PROCESALES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se dispondrá la liquidación de costas en contra de la parte vencida, la demandante, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el C.P.C. Se reconocen agencias en derecho en derecho del 15% de las pretensiones negadas en esta sentencia conforme lo previsto en el Acuerdo 1887 de 2003 por el Consejo Superior de la Judicatura, y demás factores señalados en el numeral 3 de la norma en cita. Para tal efecto se tiene en cuenta la suma en la cual fue razonada la cuantía en la demanda, y según las pretensiones individuales, para señalar finalmente agencias en derecho en la suma de \$ 17.685.000.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

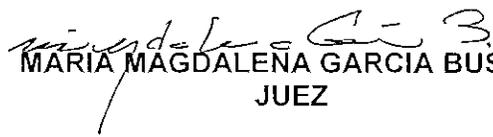
FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda presentada por LUIS MANUEL MURILLO RUIZ, LILIA ESTHER MURILLO CATALAN, LUISA FERNANDA MURILLO CATALAN, ANDRÉS MIGUEL MURILLO CATALAN, LUIS ESTEBAN MURILLO CATALAN, ORNELA ROSA CATALAN GUERRA, el menor CRISTIAN ANDRÉS BARRIOS CATALAN, representado por su padre YEISON YAIR BARRIOS LAMADRID, y NELVIS JUDITH VELASQUEZ CATALAN, a través de su apoderado Dr. OSCAR FERNÁNDEZ CHAGIN, contra la NACIÓN-MINISTERIO DE TRANSPORTE e INVIAS, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Por secretaría, una vez en firme la sentencia, se liquidarán. Se reconocen agencias en derecho en la suma de \$ 17.685.000, de conformidad con lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: En firme esta sentencia, hágase devolución del remanente de gastos del proceso, si lo hubiere y se solicitare, y archívese el proceso, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA MAGDALENA GARCÍA BUSTOS
JUEZ



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D.T. y C., ocho (08) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Juez: Dra. MARÍA MAGDALENA GARCÍA BUSTOS
Medio de control: Reparación Directa
Referencia: 13-001-33-33-005-2013-00053-00
Demandante: MAIRY SOLAR VILLAREAL
Demandado: ESE HOSPITAL LOCAL DE MARIA LA BAJA Y OTROS
Sentencia No. 050

Corresponde a este Despacho Judicial pronunciar la sentencia definitiva dentro del proceso iniciado con la demanda de Reparación directa presentada por **MAIRY SOLAR VILLAREAL**, a través de su apoderado Dr. GUSTAVO TORRES TOBÓN, contra **LA ESE HOSPITAL LOCAL DE MARIA LA BAJA** y la **ASOCIACIÓN MUTUAL SER EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ESS** y el médico Gustavo Guzmán Rodríguez.

1- LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

Principalmente solicita la parte demandante lo siguiente:

1. Que se declare que la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE MARIA LABAJA, la empresa ASOCIACION MUTUAL SER EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD y el personal médico que atendió a la menor fallecida MAIRY PEREZ SOLAR, son responsables patrimonial y de forma contractual por falla en el servicio al cometer errores en el procedimiento médico y de atención a la menor MAIRY PEREZ SOLAR, hija de la señora MAIRY SOLAR VILLAREAL, debido a la negligencia médica y de atención hospitalaria que conllevaron a la muerte de la misma.

2. Como consecuencia de la anterior declaración solicita el reconocimiento y condena de las entidades demandadas al pago de los daños y perjuicios causados a la señora MAIRY SOLAR VILLAREAL por la muerte de su hija menor fallecida el día 17 de diciembre del 2010 con las siguientes sumas de dinero:

Para su madre MAIRY SOLAR VILLAREAL.

Primero: Por Daños Morales Subjetivos La Suma De Cien Salarios Mínimos Legales Vigentes (100).

Segundo: por daños a la vida de relación la suma de cien salarios mínimos legales vigentes (100).

Por daños morales objetivados la suma de cien salarios mínimos legales vigentes (100).

Por lucro cesante pasado y futuro la suma de cien millones de pesos (\$ 100.000.000).

Todo para un avalúo total en daños de doscientos setenta millones de pesos (\$ 270.000.000).

1.2 HECHOS

Como fundamento fáctico de sus pretensiones conforme a la fijación del litigio que se hizo en la audiencia inicial celebrada el 25 de febrero de 2014, se estableció como relevantes los siguientes hechos:

1. Que el día 27 de octubre del 2010 la señora MAIRY SOLAR VILLAREAL llevo por consulta externa a su hija menor MAIRYS DEL CARMEN PEREZ SOLAR a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE MARIA LABAJA con un resfriado común, que de igual forma la llevo a urgencias el día 8 de diciembre de 2008 porque presentaba congestión nasal y ahogamiento, por lo que le hicieron nebulizaciones y le suministraron medicamentos que le permitieron dar de alta. Sin embargo, fue llevada nuevamente a la ESE demandada en fecha 12 de diciembre de 2010 con los mismos síntomas, y en vista de que no presentaba mejoría y que le daban de alta se llevó nuevamente los días 14, 15 y 16 de diciembre de 2010 por seguir presentando dificultad respiratoria, tirajes, congestión nasal, pecho ahogado, y en la última fecha se dejó a la paciente hasta el 17 de diciembre suministrándole otra medicación para su mejora. En horas de la tarde del día 17 se ordenó ponerle oxígeno por cánula tres litros y se ordenó su remisión de forma urgente a un hospital de segundo nivel. Así las cosas, por decisión de la doctora de turno que le diagnosticó una neumonía y una anemia se ordena inmediatamente la remisión a una urgencia de la ciudad de Cartagena. Esa noche se le diagnóstico una neumonía. Su remisión se trato como una urgencia vital y la paciente sale de forma efectiva en la ambulancia a las 8:05 p.m. en mal estado con oxígeno, con tirajes subtercostales, dificultad respiratoria y entrando a la ciudad de Cartagena cae en paro cardiaco y se lleva a la clínica madre Bernarda donde se realizan maniobras de reanimación pero finalmente fallece producto de ese paro cardiorrespiratorio.

1.3 FUNDAMENTOS LEGALES

La actora invoco como fundamentos legales los artículos 1494, 1604, 1613, 1614, 1615, 2144, 2184, 2341, 2344, 2347, 2349, 2356, 2360, del C.C. y demás normas concordantes. El artículo 90 de la C.N. El artículo 177 del C.P.C. Los artículos 140, 162 y ss de la ley 1437 de 2011. El artículo 3 y cco del decreto 1011 de 2006.

Adujo dentro de sus argumentos que se presentó una negligencia médica que compromete la responsabilidad de las demandadas. Primero hubo un error en el diagnóstico y de atención a la paciente, toda vez que se estableció que la enfermedad era una bronquiolitis Vs. Neumonía, siendo diferentes porque una es viral y la otra bacteriana. Que la niña debió ser tratada desde el principio por un pediatra en un centro de segundo nivel porque desde el inicio tuvo síntomas de dificultad respiratoria, y no se le ordenó los exámenes pertinentes como una placa o de rayos X, según los protocolos médicos. Tampoco se realizó hemograma en forma oportuna, pues solo se le realizó el día 17 de diciembre de 2010. Además la niña requería un tratamiento en UCI, por tanto su traslado debió hacerse mucho antes. El oxígeno fue aplicado tarde y por la gravedad debió ser entubada, y como no se hizo acorto sus posibilidades de recuperación.

En cuanto a MUTUAL SER dice que tendría una responsabilidad solidaria porque la ESE HOSPITAL LOCAL DE MARIA LA BAJA se encontraba adscrita a ASOCIACIÓN MUTUAL SER EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD ESS, y bajo una relación contractual. Que MUTUAL SER omitió exigir a la ESE los estándares mínimos de calidad.

De otra parte, no coincide la historia clínica las anotaciones de los doctores y las notas de enfermería sobre ingreso, especialmente referente a los días 16 y 17 de diciembre.

Hace consideraciones sobre el aseguramiento y la relación contractual establecida con la prestadora de salud. Dice en cuanto a la obligación de seguridad, que el profesional de la salud o el centro hospitalario en el que el paciente se encuentra recluido, o incluso ambos, están dentro de la obligación de tratar diligentemente al paciente, se comprometen a brindarle ciertos cuidados dentro de los que se encuentra una tácita "*obligación de seguridad*" por medio de la cual el médico o el establecimiento asistencial se hace responsable por la integridad física y psíquica del paciente durante el tratamiento. Lo anterior significa que uno u otro se encuentran obligados a responder por los daños que el paciente pudiera sufrir durante o con motivo de la prestación médica. La obligación de seguridad no necesariamente tiene que constar en el contrato o en la ley y, tiene lugar en los contratos en los que de una u otra forma se involucra la integridad física de una de las partes del contrato.

Por último cita unas jurisprudencias de las altas cortes sobre el tema y unos conceptos del Tribunal Superior de Medellín.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada **ESE Hospital Local de María La Baja** presentó contestación de demanda dentro del término legal. Se opuso a las pretensiones por cuanto la atención brindada a la menor fallecida fue diligente y oportuna y considerando igualmente que no existe nexo causal entre la muerte de la menor y la atención que le dio su representada.

En cuanto a los hechos acepta como ciertos los relativos a las diferentes consultas realizadas a la menor fallecida, pero no acepta lo relativo a la negligencia en cuanto a la oportunidad en su atención.

Propone las excepciones de inexistencia del nexo causal por haberse brindado el tratamiento requerido a la paciente considerando que la misma fue atendida de manera oportuna. De igual forma sostiene que no se acreditó la omisión en la prestación del servicio de la ESE y que, por el contrario, fue atendida en todo tiempo desde el día 27 de octubre de 2010 hasta el día 17 de diciembre cuando se produjo su muerte.

Advierte que a la menor se le practicaron todos los exámenes médicos de rigor y los que se consideraban debían tener relación con la patología presentada. Descartando de esta forma un nexo causal en lo sucedido.

En cuanto al título de imputación a debatir, considera que la problemática se debe tratar como una responsabilidad del servicio médico asistencial y que se debe aplicar la responsabilidad subjetiva atendiendo los criterios jurisprudenciales de falla probada según la cual la parte actora debe demostrar de manera fehaciente los elementos que la constituyen.

Con estas razones solicita sean denegadas las pretensiones.

Formula las excepciones de caducidad o prescripción, e inexistencia del nexo causal por haberse brindado el tratamiento requerido por la paciente.

Por su parte la entidad demandada Mutual Ser se opone a las pretensiones de la demanda por considerar que se actuó con diligencia frente al estado de salud que presentaba la niña MAIRY PÉREZ SOLAR. En cuanto a los hechos manifiesta que no le constan algunos y que debido a la insuficiencia de la historia médica aportada no es posible determinar los hechos que la accionante manifiesta se tengan en cuenta.

Que en la historia clínica no observa solicitud alguna ante Mutual Ser respecto de eventos requeridos en el transcurso del tratamiento de la menor; los que se prestaron no requerían autorización de la Eps.

En cuanto a los fundamentos facticos y jurídicos de la defensa sostiene que Mutual Ser no es la llamada a responder por la presunta negligencia o falla médica, porque le garantizó la atención a la menor; tema distinto es la garantía en la salud que le corresponde a Mutual Ser ESS EPS-S y otra la prestación del servicio que corresponde en este caso a la ESE HOSPITAL LOCAL DE MARIA LA BAJA, con la cual fue suscrito el contrato. Por lo cual no se puede endilgar responsabilidad frente a las EPS por los contratos que suscriban con las ESE, pues existe la obligación legal de contratar con dichas entidades que se encuentren en la red de servicios respectiva, tomando en consideración lo establecido en la ley 1122 de 2007. Por tal razón no tiene fundamento alguno el argumento del demandante de fundamentar la responsabilidad de Mutual Ser EPS-S por contratar con una entidad supuestamente que no llena los estándares mínimos para prestar el servicio de salud.

De igual forma sostiene que los elementos de la responsabilidad no están demostrados, siendo la actividad médica considerada una obligación de medio y que la ESE demandada garantizó en todo momento el acceso a los servicios de salud suministrando todos los medicamentos necesarios.

Menciona la teoría del riesgo permitido.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 08 de febrero de 2013 (fl 12). Mediante auto de fecha 20 de febrero de 2013 se inadmitió (fl 90), y una vez corregida las falencias se admitió mediante auto del 19 de marzo de 2013, notificado en estado electrónico 37 de 20 de marzo de 2013 (fl. 113). A la entidad demandada Mutual Ser EPS-S se le notificó personalmente en el buzón electrónico exclusivo para notificaciones judiciales, el 6 de junio de 2013; a la demandada ESE HOSPITAL LOCAL DE MARIA LA BAJA se le notificó el 18 de junio una vez proporcionó el buzón electrónico de notificaciones judiciales (fl. 128 y ss y 136 y ss). Al demandado Dr, Gustavo Guzmán Rodríguez, la notificación fue 13 de mayo de 2013.

La demanda fue contestada mediante escrito radicado el 27 de agosto de 2013 por parte de la ESE Hospital Local de María La Baja (fl 143 y ss), proponiendo excepciones: la entidad Mutual Ser EPS-S el 23 de octubre de 2013 presentó su contestación (fl 158 y ss), también formulando excepciones de las cuales se dio el respectivo traslado junto con las de la ESE (fl. 177).

Mediante auto de fecha 20 de noviembre de 2013, se citó a audiencia inicial del artículo 180 del CPACA, llevándose a cabo la audiencia inicial el día 25 de febrero de 2014, en el día y hora programados (fl. 188). En la audiencia inicial se fijó fecha para la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, para el 29 de abril de 2014.

Una primera sesión de audiencia de pruebas fue realizada el 30 de abril de 2014 (fl 235-236), luego otra sesión el 15 de julio de 2014 (fl. 258-259), en esta última se amplió el término probatorio celebrándose otra audiencia el 23 de septiembre de 2014; y se celebró una última el 16 de marzo de 2015 (fl 317). Mediante auto de fecha 30 de abril de 2015 (fl 320) se citó a las partes a audiencia de alegaciones y juzgamiento celebrándose la misma en fecha 29 de mayo de 2015 (fl 325 y ss).

3.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1.1. Alegatos de la parte demandante.

El apoderado del accionante presentó alegatos de conclusión en la audiencia, expresando entre otras cosas que dentro del proceso se demostró que los funcionarios de la ESE demandada incurrieron en una responsabilidad de tipo médico, al igual que la Mutual Ser. Indica que los elementos de la responsabilidad se concretan en la negligencia con que fue tratada la niña. Anotando que no fue llevada una historia clínica según se exige en la Resolución No. 1995 de 1999, que la realizada de manera alguna reflejo los antecedentes de la menor porque tampoco se anotó las llegadas de la niña al centro médico, y que en el caso de la menor la patología se le presentó desde un principio y por no estar contenida en la historia clínica no se le pudo dar el manejo a tiempo.

Cita la jurisprudencia del Consejo de Estado referente a la oportunidad en la atención manifestando que la menor fallecida no fue valorada a tiempo y que en el interrogatorio llevado por la médica tratante esta manifestó que no fue atendida debidamente la paciente y no se le hizo el seguimiento debido. Por su parte cita partes del dictamen pericial donde se consignó que la falta de tiempo hizo que no se le brindara el tratamiento adecuado a la paciente, estableciéndose que lo importante era brindarle unos exámenes específicos dado la patología presentada por la paciente, las cuales no se le hicieron y por lo tanto no se le hizo la valoración adecuada a la misma. Consideró que hubo confesión de la mala atención de la niña con la declaración de la Doctora Keyla cuando dijo que se había retirado y no estuvo pendiente de la paciente.

Se refiere al dictamen donde quedó plasmado las omisiones cometidas en la atención a la menor, como el hecho de no haberse realizado las pruebas ordenadas. También dice que en forma tardía se le puso oxígeno a la niña y se omitieron exámenes y procedimientos que hubieran servido para la recuperación de la niña.

Por lo anterior solicita en virtud del daño y el hecho dañino se configura el nexo causal por lo cual le corresponde a la ESE responder por dicha negligencia.

En igual sentido se pronuncia respecto de Mutual Ser, aduciendo que en virtud de la contratación que tienen estas entidades con las IPS, debe fiscalizar y supervisar que se cumplan las normas, como por ejemplo, que se manejen en debida forma todo lo relacionado con la historia clínica del paciente, por lo cual solicita que debe darse la condena en contra de dicha entidad también.

3.1.2 Alegatos de la parte demandada.

La parte demandada no asistió a la audiencia de alegaciones y juzgamiento

3.2. Sentido del fallo

En la audiencia de alegaciones y juzgamiento el despacho dio el sentido del fallo concediendo las pretensiones de la demanda. El argumento central, en punto de verificar la acreditación de los elementos de responsabilidad del Estado de conformidad al art. 90 de la C.N. respecto de los cuales y atendiendo el título de imputación de falla médica del servicio médico, se encontró acreditados los elementos de la responsabilidad, con las declaraciones inclusive de los médicos tratantes de la menor, encontrándose también que la historia clínica se limitó solo al 17 de diciembre de 2010, día en que se produjo el deceso de la menor; sin embargo se aportó con la demanda unos documentos relativos a medicaciones recomendadas a la menor en otras fechas lo que indica que la ESE ya venía conociendo del caso de la menor. Encontrándose también con base en el dictamen pericial que sí hubo una falla en servicio médico asistencial, porque no se le dio la debida atención inclusive teniendo en cuenta la edad de la niña y su protección constitucional, considera el Despacho que no se tuvieron en cuenta las historias clínicas, ni la Epicrisis, atendiéndola de forma descontextualizada, por lo que no hubo un seguimiento de lo que estaba padeciendo la menor, sin haberle brindado el tratamiento que ameritaba teniendo

en cuenta su vulnerabilidad inmunológica; encontrándose que no fue remitida a un segundo nivel a tiempo en donde se hubieran podido detectar las deficiencias en las que la menor se encontraba como la anemia que padecía, factor importante para una recuperación de una neumonía, que en caso contrario la empeora. Que hubo demora en la remisión al segundo nivel de unas siete horas mermándosele posibilidades de mejoría y recuperación, pues si bien no se puede garantizar un resultado, no se utilizaron los medios adecuados restándole posibilidades de vida a la niña.

Respecto de la Mutual Ser EPS-S, el Despacho considero que no existe responsabilidad solidaria puesto que su actuar no fue determinante para la detección o falencia de la historia clínica para la causación del daño antijurídico.

Y respecto de los perjuicios se adujo que en la sentencia se establecerían los mismos de conformidad a la jurisprudencia aplicada para los mismos.

4. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no asistió a la audiencia de alegaciones y no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

No habiendo sido observada causal alguna de nulidad que declarar, pasa el Despacho a pronunciarse de fondo en el presente asunto.

EL PROBLEMA JURIDICO:

En el presente caso, dentro de la audiencia inicial se señaló luego de haber sido fijado el litigio que, el problema jurídico sería determinar la responsabilidad estatal administrativa por falla en la prestación del servicio médico asistencial; por lo que correspondería determinar si los médicos de la ESE Hospital Local de María La Baja que atendieron a la menor fallecida, siguieron los protocolos médicos establecidos para tal fin. Determinar si existe responsabilidad por parte de Mutual Ser y si se llegara estructurar esa responsabilidad verificar si se causaron perjuicios. Para ello aplicar los criterios jurisprudenciales vigentes.

Para decidir el problema jurídico planteado el despacho procede a delimitar el marco normativo y jurisprudencial que definirá la decisión y las pruebas decretadas y practicadas, para establecer los hechos por ellas acreditados.

MARCO NORMATIVO:

Constitución Política de Colombia. Artículo 90. *"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, aquel deberá repetir contra éste."

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 140. *"En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de

inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño."

Los presupuestos de tal responsabilidad son: En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que dicha responsabilidad opere, es imperativo que confluyan los siguientes elementos:

1. El **Daño**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima y sin el cual no existe responsabilidad. Comprende este elemento, las categorías de daño patrimonial y extrapatrimonial y como componentes del primero, el daño emergente y el lucro cesante.
2. El **Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y
3. El **Nexo Causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño.

En términos generales la responsabilidad del Estado está afincada en el daño antijurídico que es aquel que nadie está obligado a soportar, y en la imputación que ese daño jurídico pueda hacerse al Estado bajo los diferentes títulos de imputación que se han desarrollado por la jurisprudencia.

También el análisis en cuanto al origen del daño puede situarse en el título de imputación general de la falla del servicio que se fundamenta en irregularidades en la actividad de la administración por falta de su deber funcional que impone un contenido obligacional de ineludible cumplimiento.

En materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, El Honorable Consejo de Estado ha consolidado la posición en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva; es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica y hospitalaria, de suerte que, en términos generales, es carga del demandante acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y este.

Esa interpretación no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que debe entenderse como la garantía del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada.

Por otra parte, en relación con la carga de la prueba, se ha dicho que corresponde, en principio, al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios. En palabras del alto Tribunal se ha dicho¹:

La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: septiembre 13 de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 22 de marzo de 2001, exp. 13166, C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 14 de junio de 2001, exp. 11901; de octubre 3 de 2007, exp. 12270, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de marzo 26 de 2008, exp. 16085, C.P. Ruth Stella Correa y de junio 4 de 2008, exp. 16646, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras.

la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo (subrayado fuera de texto).

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio.

*Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea.
(...)*

LO PROBADO EN EL PROCESO

Con las pruebas decretadas y practicadas se encuentran acreditados tanto el daño antijurídico que se concreta con la muerte de la menor fallecida Mairys Pérez Solar, como la falla del servicio médico asistencial por deficiencias en la atención a la niña de acuerdo con sus padecimientos y quebrantos de salud, y el nexo causal entre el daño y el hecho dañoso atribuible a la demandada la ESE HOSPITAL LOCAL DE MARIA LA BAJA. Las pruebas son:

- Con la demanda se aportaron como pruebas copia de la historia clínica de la menor fallecida Mairys Pérez Solar del día (17) de diciembre de 2010 (fls 17 a 26). La misma historia clínica obra a folios 228 y ss debidamente transcrita, certificada y firmada por el médico que hace la transcripción de la ESE Hospital Local María La Baja, cuya fecha es del día 17 de diciembre de 2010 y en la misma se describe la evolución patológica de la paciente y de la cual el Despacho resalta que no se le hicieron observaciones en cuanto a los antecedentes personales y familiares luego se dan unas órdenes médicas en donde se indica que a las 7:a.m. se hospitaliza, se le realizan nebulizaciones y se le aplican otros medicamentos, luego a las 13:00 horas 1:00 p.m. se le suministra penicilina y otros medicamentos se le coloca una destroza a chorro a las 7:20 p.m. se le coloca oxígeno por cánula y se ordena su remisión a 2do nivel urgente, se le diagnostica neumonía complicada a las 7:30 p.m. se decide llamar al CRUE de donde refieren no poderse comunicar a la Casa del Niño en la ciudad de Cartagena y por ende deciden enviarla en ambulancia como una urgencia vital. Luego llegando a la ciudad de Cartagena en la clínica Madre Bernarda la niña hace un paro cardiorrespiratorio y dan diagnóstico de muerte cerebral.
- Certificado de defunción (fl 30).
- Copias de las facturas de prestación de servicios y formula médica para atención y tratamiento de la menor fallecida Mairys Pérez Solar en la ESE Hospital Local María La Baja de fechas 10, 12, 14, 15, de diciembre de 2010 (fls 35 a 42).

- Registro civil de nacimiento de la menor fallecida Mairys Pérez Solar donde consta que es su madre la señora Mairy Solar Villareal (fl 44).

La prueba testimonial y la pericial permitieron demostrar las condiciones en que fue prestada la atención médica asistencial a la menor y los actos médicos que se realizaron en las oportunidades en que la niña ingreso a la ESE HOSPITAL LOCAL MARIA DE LA BAJA, estableciendo en dicha atención falencias y omisiones en protocolos médicos que le restaron oportunidad de mejoría a la niña Mairys Pérez.

Ahora bien teniendo en cuenta el título de imputación a tratar le corresponde al Despacho el estudio de los elementos de la responsabilidad.

El daño antijurídico

En este caso particular encuentra el Despacho y según las documentales antes referidas que cuando la demandante acudió con su menor hija en procura de atención médica, se encontraba con un cuadro gripal el cual fue evolucionando según las ordenes y prescripciones médicas en los días en que fue atendida, esto es los días 8, 12, 14, 15 y 17 de diciembre del año 2010.

Sin embargo, cuando se presentó al centro hospitalario no se le practicaron exámenes de laboratorio para descartar las condiciones del virus o sintomatología que esta padecía, y que solo ocurrió hasta el día 17 de diciembre de 2010, de lo que no deja duda el análisis de la historia clínica y los conceptos que sobre ella emitieron los médicos tratantes de la menor pues a pesar de que había sido atendida en oportunidades anteriores fue ese solo día el que quedo consignado en la historia clínica de la menor fallecida Mairys Pérez Solar.

Así las cosas, el daño antijurídico sufrido por la demandante fue el deceso de la menor Mairys Pérez Solar, que se atribuye a la negligencia de los médicos tratantes quienes habiendo determinado el agravamiento de la paciente, no hicieron las gestiones necesarias para salvaguardar la vida de la paciente, sino que terminaron con el agravamiento de la misma y su posterior deceso.

Así, aunque la complicación del estado de la paciente podía ocurrir como situación inherente a su estado de salud, lo cierto es que en este proceso se reprocha la actuación del agente de la administración como determinante en la causación del daño y en el trágico resultado final; así, no se circunscribe el caso a señalar que la ausencia de tratamiento idóneo impidió la recuperación del paciente, sino que su estado se complicó y agravó más allá de lo esperado como consecuencia de la actuación que se le imputa a las demandadas.

Bajo ese escenario, ese daño, el efectivo deceso de la menor Mairys Pérez Solar, se acreditó en legal forma en el proceso mediante el registro civil de defunción (fl. 44), hecho que acaeció el 17 de diciembre de 2010.

Imputabilidad del daño a las demandadas

En cuanto a la imputabilidad del daño y tal como se adujo en la audiencia de alegaciones y juzgamiento donde se indicó el sentido del fallo se encontró acreditada una falla en la prestación del servicio médico a cargo de la E.S.E. Hospital Local de María La Baja, no así en relación con la Asociación Mutual Ser EPS-S.

Para el Despacho se encuentra acreditado en el expediente que existió una falla en la prestación del servicio médico a cargo de esa entidad, que sirvió de causa eficiente del daño. Quedó en evidencia que la atención brindada a la paciente en esa institución no fue oportuna, teniendo en cuenta los tiempos de respuesta en la atención primaria y remisión, conclusión que aparece soportada en la historia clínica que da cuenta del tiempo de

duración de la atención, resultó inadecuada y determinante en la causación del daño. Para lo cual el Despacho profundizara aún más en las pruebas practicadas.

- Se tiene según el testimonio de la señora CASILDA VILLAREAL PÉREZ llevado a cabo en la audiencia de pruebas celebrada el 29 de abril de 2014, quien se presentó como madre de la demandante, que para la época de los hechos vivía con su hija y su nieta la menor fallecida, que tenía 2 años la niña para la época de los hechos y que falleció producto de una neumonía, manifestó en su relato que la menor empezó con gripa y fiebre por lo cual fue llevada a la ESE, que la niña fue llevada a dicha institución médica en varias oportunidades específicamente el 8, 12, 14, 15 y 16 de diciembre hasta el 17 de diciembre del año 2010. Manifestó igualmente que la niña desde el 8 de diciembre presentaba los mismos síntomas y que los medicamentos no le causaron efectos sino por 1 o 2 días, los cuales eran suministrados por su madre. Que el día 17 de diciembre ella fue a la urgencia de la ESE demandada a las 11 a.m. y se regresó nuevamente y que en las horas de la tarde a las 6:00 p.m se fue nuevamente a la ESE porque la niña estaba muy mal y no recibía medicamentos y le pidió al médico Gustavo que la remitiera a un Hospital de otro nivel; sin embargo, lo que hicieron fue sacarla de la ESE. Por fin ordenaron su remisión y la ambulancia salió cuando había otro paciente para poder salir con 2 pacientes. Se le exigió que la llevaran prontamente inclusive que se pagaban todos los gastos con el fin de que trasladaran a la menor. A la pregunta hecha por el apoderado de la parte demandante sobre si observo si a la menor se le suministro oxígeno el día 17 de diciembre de 2010, ella contesto que no observo que se le haya colocado oxígeno, de igual forma se le pregunto si observo que a la menor le hubieran realizado alguna radiografía a lo que la testigo dijo que no observo. Por su parte el apoderado de la ESE demandada de conformidad a la declaración rendida le pregunto si se le había colocado oxígeno y ella afirmo que pese estar ordenado en la historia nunca le colocaron el oxígeno.

- De igual forma se practicó el testimonio de la señora DIANA PATRICIA VILLAREAL BANQUEZ, quien se presentó como prima de la demandante y quien en su declaración manifestó que estuvo en María la Baja donde residía la demandante el día 7 de diciembre del año 2010 a pasar velitas y se dieron cuenta que la niña estaba malita por lo que acompañó a la demandante a la ESE, donde refiere le mandaron nebulización, nuevamente la llevaron porque la niña presentaba una gripa molesta, el 15 de diciembre nuevamente llevaron a la niña congestionada con el pecho y el día 16 de diciembre nuevamente llevaron a la niña porque se estaba ahogando, sin embargo no la acompañó porque era muy tarde pues la llevaron en la noche. Sin embargo si se dio cuenta cuando la llevaron iba mal la niña. Asegura que la menor empezó con la sintomatología desde el 7 de diciembre, que siempre estuvo con gripa muy congestionada. Asegura en pregunta formulada por el apoderado de la demandada ESE que no se mejoraba la niña y por tanto adujo que no se le brindo el tratamiento o medicamentos adecuados. Manifestó que la mejoría era momentánea. El Despacho le pregunto a la declarante cual fue la reacción de la familia en el hospital después de los hechos sucedidos a lo que la declarante manifestó que se encontraban muy dolidos que la demandante está muy afectada.

- En cuanto al testigo de la Dra. MURIEL ÁNGEL ALTAHONA, médico que atendió a la menor fallecida tal y como reposa en precitada historia clínica, en su relato manifestó que trabajaba en la ESE Hospital María La Baja como médico de la planta desde el año 2008, en cuanto al caso de la menor fallecida adujo que conoció del mismo y manifestó que le toco un turno en la urgencia de las horas de la tarde y al observar a la menor la valoro y le dijo a la mamá que le iba a hacer una remisión a la ciudad de Cartagena, se le colocaron medicamentos como la hidrocortisona y se le hicieron nebulizaciones, afirma que estaba con otro médico, el Dr. Gustavo y que se necesitaba hacer la remisión. Afirma que se le daño el tapón a la niña por donde se le colocaban los medicamentos y en el transcurso donde la estaban canalizando ella procedió a atender otros pacientes. Afirma la Dra. Muriel que la niña tenía unos movimientos que indicaban que la misma tenía una dificultad respiratoria y por ello se toma la decisión de enviarla a la ciudad de Cartagena. Que previo a la remisión se debía estabilizar a la menor y por ello el cuidado al momento

de su traslado; asegura que mando a conseguirle líquidos para hidratarla. También manifestó que no recordaba haber valorado a la niña por consulta externa. Del día de los hechos recuerda que a la niña no le dieron ingreso a la Clínica Madre Bernarda a donde enviaron a la menor por que al llegar ya había fallecido. En pregunta hecha por el apoderado de Mutual Ser EPS-S- en el sentido de indicar si fueron diligentes en enviar a la menor a la Clínica de la Ciudad de Cartagena, ésta contesto que la demora estuvo al momento de suministrar los medicamentos que estabilizaran a la paciente ello porque se trataba de una niña y que era muy difícil la canalización de las venas, sin embargo considero que la demora fue hacer las maniobras para estabilizar a la paciente. Por su parte en pregunta hecha por el apoderado demandante sobre la hora en que atendió a la paciente la declarante manifestó que la atendió a eso de las 4:40 p.m. De igual forma se le informa que según el testimonio de la madre demandante la Dra. Muriel cuando la examino le dijo que la paciente tenía una bronconeumonía y que como era posible que no hubiera sido remitida a la ciudad de Cartagena, a lo que la declarante manifestó sin mirar historia clínica que la niña tenía una bronconeumonía y que debía trasladarse inmediatamente a la ciudad de Cartagena y que si era cierto que la niña tenía una palidez demasiado marcada, caso en el cual debía inmediatamente diligenciar su traslado, por lo que respecto a ello manifiesta que ese es su criterio y que no sabe qué criterio manejan los demás médicos. Manifiesto que por clínica un médico no requiere de rayos x para decir si un paciente puede salir o no de un cuadro infeccioso en los pulmones tratándose de una patología como la bronconeumonía. También manifestó que a la menor no se colocó oxígeno sino que le hicieron terapias respiratorias. Que la niña tenía un cuadro anémico determinante, lo que implica que los glóbulos rojos no estaban oxigenando debidamente la sangre y había que correr porque el oxígeno empezaba a disminuir. En pregunta del porque no se remitió a la paciente a un hospital de segundo nivel atendiendo que se encontraba evidentemente en mal estado mucho antes de lo que se hizo a último momento, la declarante manifestó que era respetuosa de las decisiones de los otros médicos y que se imagina que en la historia clínica hay un esquema de manejo tratando de que no se agudizara hasta dicho punto, toda vez que un cuadro se agudiza de una hora o dos horas antes mas no de un día. De igual forma manifiesta que siendo una paciente recurrente se debió manejar otra serie de exámenes y ordenar una consulta a tiempo para determinar el tratamiento adecuado según lo que dictaminaran los exámenes en este caso una placa, toda vez que las urgencias son urgencias y no son manejables por consulta externa; a lo que concluyo según pregunta sobre la atención oportuna a la paciente, teniendo en cuenta la etapa de diagnóstico de acuerdo con el protocolo médico era necesario hacerle un rayos x, debiendo haber pasado por consulta para realizarle los paraclínicos requeridos que no se manejan por urgencia. Por lo que después del 8 de diciembre debió ir a consulta para que le realizaran los respectivos paraclínicos para así salir de dudas.

-. En la misma audiencia de pruebas celebrada en fecha 30 de abril de 2014 se toma la declaración de LEIDIS PAYARES BOLÍVAR, quien se presentó como médico Subgerente Científica de la ESE de María La Baja, quien en su declaración manifestó que los trámites en cuanto a remisión de pacientes a otros centros médicos de segundo nivel, son tratándose de urgencias leves, se llama a la línea CRUE (Centro de Regulación de Audiencias), para la aceptación por parte de la otra institución para la remisión y una vez hecho esta gestión se llama a la ESE para realizar el traslado; tratándose de una urgencia inminente o vital se hace el traslado sin ningún requerimiento o aceptación por parte de un centro hospitalario de segundo nivel. Afirmo que es el médico tratante quien da la orden de traslado y califica las urgencias.

-. En tercera sesión de audiencia celebrada el 23 de septiembre de 2014, se tomó la declaración de KEYLA BARRIOS ANGULO, quien se presentó como médico general y quien para la época de los hechos trabajaba en la ESE Hospital María La Baja, quien en su relato sobre la muerte de la menor Mairis Pérez Solar, manifestó que atendió a la menor cuando entro por urgencias una noche, en la cual la examino estaba en condiciones normales, pero con un poco de dificultad respiratoria, por lo que se le mandaron nebulizaciones y se le coloco en observación, estando en la ESE le dio fiebre,

se le abrió la historia clínica, se le mandaron exámenes y tomo la decisión de hospitalizarla entregando el turno en horas de la mañana, sin que hasta ese momento hubieran llegado los resultados de los exámenes y radiografía de tórax que se le había mandado, con el fin de determinar si tenía o no una bronconeumonía. Que finalmente no se le practicó la radiografía de tórax pero si los exámenes de sangre. En pregunta sobre la anemia en niños cuando se presentan casos como el de la menor la declarante manifestó que se requiere atención por parte de pediatría.

-. En cuanto a la prueba de dictamen pericial luego de haberse surtido los traslados respectivos para su objeción y aclaración, en audiencia celebrada el 16 de marzo de 2015, se discutió el dictamen pericial rendido por el Dr. JIMMY ALEXANDER SANCHEZ CABALLERO, del cual el Despacho destaca en cuanto a los protocolos médicos que se debieron seguir para tratar la patología de la menor fallecida, que en primer lugar la historia clínica abierta y aportada no aportaban datos específicos que permitieran inferir si la paciente padecía de algún tipo de enfermedad específica como la neumonía, no se registro ningún tipo de antecedentes por lo cual hubo un grave error al no consignar todos los datos pertinentes. Otra conclusión a la que se llevo fue la omisión de las consignaciones de la evolución médica, de 12 horas lapso de tiempo en que no hubo atención médica y que tratándose de una bronconeumonía deterioraron la salud de la menor. En pregunta hecha sobre la sintomatología presentada el día 17 de diciembre de 2010 fecha en que se hospitalizó a la menor fallecida, más exactamente los tirajes intercostales cual debería ser el tratamiento a seguir, el perito manifestó que teniendo en cuenta los grados de severidad como en el presente caso que habían tirajes subcostales y frecuencia cardiaca por encima de 120 por minutos se debe pensar enseguida lo que pasa a nivel de la estructura pulmonar, que es una neumonía por infección respiratoria aguda por lo que es importante la atención y el lugar donde se le va a prestar el servicio al menor. También manifestó que dentro de los protocolos en el tipo de patología de la neumonía se deben aplicar broncodilatadores, **oxígeno, antibióticos.** **Afirmo en cuanto a los exámenes que se deben practicar que lo más importante** es la condición en que entra el paciente y de ahí la conveniencia de practicar o no rayos x de tórax. Que tratándose de una ESE de primer nivel y viendo las características de como entra el paciente en el caso de la menor debió remitirse a un segundo nivel para pedir los conceptos a los especialistas. Aclaro que el punto para determinar cuándo se envía o no un paciente a un segundo nivel es dependiendo de la evolución la cual debe ser mínimo cada dos horas tiempo suficiente para determinar si se remite o no. Se le pregunto acerca de las atenciones previas que tuvo la menor en el sentido de indicar si la sintomatología era sugestiva de neumonía, a lo que contesto que de conformidad a las consignaciones médicas anteriores y que no fueron muy precisas donde se le aplicaron antiestamínicos, nebulizaciones y antibióticos considero que habían factores de riesgos anteriores y que habiendo recurrencia hubo un cuadro respiratorio alto que conllevo a un alto deterioro clínico que produjo la neumonía. De igual forma en pregunta sobre la obligación o no de llevar una historia clínica en el caso de la menor que fue recurrente, contesto que debió hacerse una Epicrisis de sus ingresos y de lo formulado a la misma, lo cual no se encontraba en la historia de la menor, por lo que hubo una negligencia en las anotaciones. Por último manifestó de conformidad a la evolución de la paciente y en vista de las entradas anteriores al día de la hospitalización, se debió realizar una consulta externa para realizar un buen seguimiento de la patología.

De conformidad a los testimonios y prueba pericial practicadas, se tiene que la menor presento un cuadro de infección respiratoria aguda que fue evolucionado y ante tales condiciones, se indicaba en primer lugar y dado la recurrencia con la que fue a la ESE demandada por la misma sintomatología, una atención por consulta externa donde se le practicasen los exámenes correspondientes para hacerle un seguimiento más preciso a la evolución de la salud de la niña; y ya estando hospitalizada, si se hubiese llevado en forma adecuada una historia clínica o una epicrisis, advirtiendo así que la evolución de lo padecido por la niña implicaba un riesgo mayor y por tanto la remisión ágil y oportuna de la paciente a un segundo nivel donde se le podía ofrecer la atención de un especialista de pediatría; sin embargo, a juicio del Despacho la falla imputada a la demandada ESE

Hospital Local de Maria La Baja estriba en que aún a sabiendas de la evolución de la patología al punto de convertirse en una bronconeumonía, la actuación de la ESE, entendida como el tratamiento y su registro en la historia clínica de un solo día (17 de diciembre de 2010), hizo aparecer como una actuación oportuna y diligente en la salud de la paciente y encubrió un grave problema de negligencia y atención oportuna que, en condiciones óptimas de manejo del paciente pudo haberse solucionado.

Así las cosas y dada la afirmación de los médicos tratantes en cuanto fue solo la noche de la hospitalización en que se le abrió la historia clínica a la menor fallecida y verificadas cuidadosamente las conclusiones del médico perito que fueron trascritas en precedencia, no cabe duda que se cuestionó la ausencia de datos básicos sobre el tipo y gravedad de la patología de la menor y los procedimientos realizados, al tiempo que sólo refirió como tratamiento realizado, sin indicaciones de la evolución cada dos horas como lo indica el protocolo de la paciente.

Aunque en el dictamen rendido y según el testimonio de los médicos tratantes se desestimó que no era necesario en principio un examen de rayos x para determinar las condiciones del tórax de la menor, por tratarse de un examen que a todas luces se puede evidenciar con la revisión que se le hiciera de los pulmones a la menor y de conformidad a los tirajes que presentaba y el ritmo cardiaco, lo cierto es que tampoco se incluyeron en la historia datos relevantes sobre los exámenes que se le debieron haber practicado y las implicaciones de los realizados, como el examen de sangre que entre otras cosas evidenciaron una anemia la cual si se hubiera tratado antes le hubiera proporcionado a la menor mejores posibilidades de mejoría.

Se reprocha entonces a título de falla del servicio, que consciente de las limitaciones humanas y tecnológicas de la ESE en mención, su personal no hubiera prescrito a tiempo y dada la recurrencia de la menor a urgencias, haberla enviado a un hospital de segundo nivel y no haber hecho todas las anotaciones pertinentes en la historia clínica de la evolución de la paciente, cuando en esas condiciones no podía tener certeza de que se fuera a recuperar la menor.

Reitera el Despacho que no se dejó constancia en la historia que permitiera inferir a los médicos un tratamiento y trámites a seguir adecuados; por el contrario, con desconocimiento de las condiciones específicas de gravedad únicamente se plasmó como motivo de la remisión la falta de respiración.

Ahora bien el Despacho no reprocha que se haya omitido la atención en todas las ocasiones en que la menor fue llevada a la ESE por su madre; sin embargo, sí advierte falencia en la atención porque a pesar de haber tratado a la misma no se le hizo un seguimiento que hubieran permitido una evolución del problema gripal a un problema respiratorio como la neumonía y la remisión de la menor en forma ágil hacia el nivel de atención que requería. Tampoco hubo una Epicrisis que le permitiera a los médicos o médico de turno prever el procedimiento adecuado a seguir y, por el contrario, se encontraron frente a una enfermedad con una alta evolución, de la que no se puso de presente su gravedad al momento de la atención inicial, situación que sin duda influyó en la conducta seguida por la ESE demandada.

Además de lo anterior es de advertir que aunque en la historia clínica no se hizo mención a las entradas recurrentes de la menor y la medicación indicada, en declaración rendida por la Dra. Muriel y quien participó en la atención de la menor, **“manifestó que siendo una paciente recurrente se debió manejar otra serie de exámenes y ordenar una consulta a tiempo para determinar el tratamiento adecuado, toda vez que las urgencias son urgencias y no son manejables por consulta externa; a lo que concluyo según pregunta sobre la atención oportuna a la paciente, teniendo en cuenta la etapa de diagnóstico de acuerdo con el protocolo médico era necesario haberla valorado por consulta externa para realizarle los paraclínicos requeridos que no se manejan por urgencia”**

Por otro lado, en lo relativo a que a la menor se le brindo en todas las oportunidades atención médica al Despacho no le cabe la menor duda; sin embargo no es cierto el hecho de que todo hubiere quedado consignado en la historia clínica y ello es de suma importancia, por cuanto el diligenciamiento completo de ese documento legal constituye una obligación inexcusable para el personal médico, de vital importancia en este caso particular como quiera que lo allí plasmado determinaría el manejo de la menor por parte de la entidad y en caso de haberse surtido el traslado a tiempo, el manejo por la entidad de destino de la remisión. Así las cosas aunque se haya atendido a la menor las veces en que fue llevada a la ESE demandada, considera el Despacho que se presentó una grave deficiencia en el diligenciamiento de la historia clínica, que determinó que la paciente permaneciera sin el tratamiento idóneo en dicha institución y la oportuna remisión a una de más complejidad de atención según lo que la niña requería.

De nada sirvió entonces la remisión de la menor, pues de haberse hecho las anotaciones de rigor y en las oportunidades requeridas se le hubiera podido brindar el tratamiento adecuado y ahí si hubiera surtido efecto el traslado.

La Ley 23 de 1981 prevé el deber de diligenciar la historia clínica como un registro obligatorio y completo de las condiciones de salud del paciente:

ARTICULO 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley.

ARTICULO 36. En todos los casos la Historia Clínica deberá diligenciarse con claridad.

Ese deber ha sido interpretado por el Alto Tribunal de lo Contencioso administrativo en los siguientes términos²:

Para el cumplimiento de la obligación de elaborar una historia clínica conforme al deber normativo, deben satisfacerse ciertos criterios: a) claridad en la información (relativa al ingreso, evolución, pruebas diagnósticas, intervenciones, curaciones o profilaxis, tratamientos, etc.); b) fidelidad en la información que se refleje y que corresponda con la situación médica del paciente y, con el período en el que se presta la atención médica; c) que sea completa tanto en el iter prestacional, como en la existencia de todo el material que debe reposar en los archivos de la entidad de prestación de la salud; d) debe dejarse consignado dentro de la historia clínica de manera ordenada, cronológica y secuencial toda la información de diagnóstico, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, medicamentos y demás datos indispensables que reflejen el estado de salud del paciente; e) debe orientar y permitir la continuidad en la atención y proporcionar al médico la mejor información, posible, para adoptar decisiones sin improvisación para así ofrecer las mejores alternativas médicas, terapéuticas y/o quirúrgicas, siempre con el objetivo de resguardar la eficacia del derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Carta Política. --(negrillas y cursivas fuera del texto)

La omisión en la inscripción de las valoraciones por parte de la ESE, cuando trato a la menor llámese Epicrisis o historia clínica no permitió a los médicos de turno brindar el tratamiento requerido en forma expedita. Esa omisión determinó la causación del daño, porque privó a la menor fallecida del tratamiento idóneo de su patología la cual fue recurrente, que si se le hubieran practicado los exámenes paraclínicos por consulta externa en forma ágil podía impedir la infección respiratoria aguda en las condiciones de gravedad en que se presentó.

² Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera subsección B Consejero ponente: Ramiro De Jesus Pazos Guerrero Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 17001-23-31-000-1998-00667-01(25574)

No le merece duda a este Despacho que la oportuna atención y práctica de estudios que determinaran el diagnóstico hubieran reducido en forma drástica las posibilidades de infección y, aun aceptando que en condiciones de agravamiento que terminaron en la bronconeumonía, la falla en la atención primaria impidió tratarla de manera temprana, con las conocidas consecuencias para la salud de la paciente.

En vista de todo lo anterior, es dable decir que la responsabilidad del Estado por la deficiente prestación del servicio médico, supone que quien acude en procura de este padece una patología o afección que determina su necesidad de acudir a los centros médicos asistenciales. El enfermo o lesionado, tiene derecho a obtener, en esas condiciones, el tratamiento más idóneo disponible y, cuando así no ocurre, el prestador del servicio incurre en responsabilidad derivada de la falencia en la prestación del servicio a su cargo, cuando esta ha determinado la ocurrencia de un daño antijurídico, en el presente caso se encuentra configurado la imputabilidad del daño contra la demandada ESE Hospital Local María La Baja toda vez que se demostró la ocurrencia del daño y su imputabilidad o atribución al actuar deficiente de la entidad prestadora de salud, y como consecuencia de ello se produjo el hecho dañino y acreditados dichos elementos no cabe duda que existió un detrimento patrimonial y moral que le causó a la demandante por la muerte de su menor hija.

No así con respecto MUTUAL SER EPS-S, cuyo actuar no fue determinante para la causación del daño, puesto que fue la ESE quien dio la prestación del servicio de salud el cual es garantizado por Mutual Ser como empresa promotora de salud del régimen subsidiado, y no se acreditó negación de servicios o autorizaciones por la EPS. Existiendo prueba de la habilitación de servicios conforme al Decreto 1011 de 2006 (fls. 205, 247 y 248). Explicando la declarante Liliana de la Espriella, como coordinadora de servicios de Mutual Ser, los trámites a seguir para remisiones, la cual en este caso no se prueba que tuvo dificultad o negación del servicio por parte de la EPS.

En cuanto al médico Gustavo Guzmán Rodríguez, otro de los demandados, no hay prueba que comprometa su responsabilidad personal como galeno en cuanto desatención de la menor o un equivocado diagnóstico, pues la historia clínica da cuenta solo del día 17 de diciembre de 2010 y fue uno de los médicos que la atendieron, hizo la remisión y acompañó la niña en la ambulancia en dirección a Cartagena.

De la Indemnización de Perjuicios

Daño moral

El daño moral, entendido como el dolor y aflicción que una situación nociva genera, se presume en relación los familiares cercanos de quien ha sufrido una grave afectación en sus condiciones de salud o ha perdido la vida.

Ante la imposibilidad de cuantificar el daño moral, la jurisprudencia ha establecido un tope monetario para la indemnización de dicho perjuicio, que se ha tasado, como regla general, en el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales cuando el daño cobra su mayor intensidad, caso correspondiente al padecimiento sufrido por las propias víctimas o por quienes acrediten relaciones afectivas propias de las relaciones conyugales y paterno-filiales (primer grado de consanguinidad) con la víctima que ha perdido la vida o sufrido una pérdida de capacidad laboral superior al 50%. En cuanto a los demás ordenes de parentesco, se ha establecido que la cuantía de la indemnización debe corresponder a un porcentaje de ese límite. Así se estableció en sentencia de unificación del Consejo de Estado³:

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano

A fin de que en lo sucesivo, se indemnicen de manera semejante los perjuicios morales reclamados por la muerte de una persona, como en el presente caso, la Sala, a manera de complemento de lo decidido en la sentencia mencionada en el párrafo que antecede, decide unificar su jurisprudencia sobre el particular, a partir del establecimiento de cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño o causante y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas; así:

Nivel 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno - filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 smlmv.

Nivel 2. Se refiere a la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (hermanos, abuelos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel 3. Abarca la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio

Teniendo en cuenta lo anterior se tiene que por indemnización a título de daño moral se le deberá pagar a la demandante la suma de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 s.m.l.m.v)

Perjuicio de Daño a la Vida de Relación y Alteración en las Condiciones de Existencia

En la demanda la parte actora solicitó que se condenara a la demandada al pago de "perjuicios morales objetivados" en cuantía de 100 salarios mínimos legales mensuales por la muerte de su menor hija, al tiempo que solicitó el pago de una indemnización por concepto de "perjuicios morales subjetivados" estimados en 100 salarios mínimos legales mensuales por la muerte de su menor hija. Así las cosas, de una correcta interpretación de las pretensiones de la demanda, estima el Despacho que la denominación de perjuicios morales subjetivados que utilizó la demandante se encuentra relacionada o ajustada con lo que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado anteriormente denominaba daño a la vida de relación, perjuicios fisiológicos, alteración grave a las condiciones de existencia y, en la actualidad, (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 2013, Exp. 36.460. M.P. Enrique Gil Botero.). Es menester explicar que el Honorable Consejo de Estado siguió el camino que ha venido trazando desde hace casi dos décadas: evolucionar en la doctrina de la reparación al perjuicio inmaterial provocado por el perjuicio fisiológico. Que cambie un concepto por otro no es novedoso. Basta ver que del simple daño fisiológico pasó al de daño a la vida de relación, para luego acoger el de alteración grave a las condiciones de existencia, el cual acaba de ser desechado por el de **daño a la salud**. La transformación radical está en que el derecho a la salud concentra todas las categorías dispersas que se indemnizaban bajo el concepto anterior de alteración grave de las condiciones de existencia. Mientras que bajo la anterior tesis se reparaban por separado el perjuicio fisiológico y daños externos como el estético y el daño a las relaciones sexuales, familiares y sociales, el nuevo concepto erradica esa clasificación. Esta unificación, según el Consejo de Estado, evita el subjetivismo judicial que conlleva al enriquecimiento sin causa de las víctimas.

En razón a lo explicado, el Despacho en aplicación de la primacía del derecho sustancial frente a las formas, estudiará dicha pretensión denominada "perjuicios morales subjetivos" y "daño a la vida de relación", bajo el título de **daño a la salud**, como quiera que el fundamento de dicha pretensión se relaciona con la afectación de las condiciones psicofísicas de la demandante como consecuencia de la muerte de su menor hija.

De acuerdo a lo anterior se tiene que la parte demandante no demostró la causación de dicho perjuicio pues a pesar de haberse demostrado el daño y la imputación del mismo a

la entidad demandada, dentro de las pruebas recaudadas, los testimonios (como el de la madre y una familiar) no dieron cuenta de la condición actual de la demandante, es decir, no se probó que la demandante tuviera una modificación de comportamientos y costumbres e impedimentos respecto de actividades y vida cotidiana que antes solía ejercerse con total normalidad, razón por la cual dicho perjuicio no será reconocido.

Perjuicio Material en la Modalidad de lucro cesante

Tampoco se encuentra evidenciado el daño material relacionado con el lucro cesante, sobre lo cual ha dicho la jurisprudencia que el aludido tipo de menoscabo se reconoce en favor de los padres con ocasión de la muerte de sus hijos, sólo bajo el supuesto de que estos últimos hubieran alcanzado la edad necesaria para empezar a trabajar –18 años por regla general y 15 años en casos excepcionales–, pues de lo contrario se entraría en conflicto con las normas del ordenamiento legal que proscriben el trabajo infantil. En el caso concreto, el hecho dañoso tuvo ocurrencia en el momento de tener la menor MAIRYS PÉREZ SOLAR dos años de vida, respecto de quien era totalmente incierta la posibilidad de que pudiera alcanzar la edad de trabajar, lo que en la práctica se truncó cuando la mencionada menor falleció, lo que constituye una circunstancia que hace abiertamente improcedente el reconocimiento de los perjuicios supuestamente surgidos por la pérdida del lucro que la madre demandante dejó de obtener por el eventual apoyo económico de parte de su hija menor de edad, quien tampoco llegó a sufrir ese tipo de detrimento en la medida en que su deceso se produjo siendo aún bebé.

Sobre el particular se transcribe el siguiente aparte jurisprudencial de la Sentencia del 5 de julio de 2012, Sección Tercera del Consejo de Estado, Consejera Ponente Dra. OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ, rad: **05001-23-31-000-1997-01942-01(23643)**.

Al respecto vale la pena precisar que la jurisprudencia ha sido pacífica en sostener que en tratándose de la muerte de un menor de edad no hay lugar a reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, dado que estos son eventuales, a menos que se acredite con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos y también que en estos casos están sometidos a la doble eventualidad de que el menor hubiera podido llegar a percibir ingresos y que los destinara a ayudar a sus padres.

Sobre este punto manifestó el recurrente que el estar sometido a una doble eventualidad no impide la indemnización porque de acuerdo con las reglas de la experiencia y teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la familia, se puede inferir que el menor si ayudaría a sus padres, pero en la providencia objeto de apelación no se analizó este aspecto.

Aunque le asiste razón al impugnante al afirmar que el a-quo no analizó las circunstancias particulares del caso, y por lo tanto no le dio valor a la situación de pobreza en la que vivían los padres del menor, circunstancia que aumenta la posibilidad de que éste los ayudaría posteriormente, encuentra la Sala que dicho análisis lejos de contribuir a modificar la decisión, reafirma las razones de la negativa, por cuanto, en el sub iudice, el solo hecho de que el menor apenas contaba con tres años y nueve meses y no había ni siquiera iniciado su formación educativa y la maduración de su carácter o personalidad, sitúa la existencia del daño en un grado de probabilidad, que implica para el juez entrar en el terreno de las conjeturas, a efectos de cumplir con el deber legal de reparar todo el daño y nada más que el daño.

En efecto, lo relevante a la hora de reconocer la indemnización de un daño bajo el concepto de lucro cesante futuro, es justamente la certeza sobre su existencia o su posterior materialización, es decir que ello no puede quedar en el campo de las probabilidades o depender de la realización de otros acontecimientos contingentes y extraños, ya que no en vano se afirma por la doctrina que sólo del daño que es cierto, no importa si es actual o futuro, se pueden derivar consecuencias jurídicas y por ende ordenar su indemnización.

A juicio de la Sala, estas son razones suficientes para negar la solicitud de reconocimiento de los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, por lo que procederá entonces en este punto a confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS PROCESALES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se dispondrá la liquidación de costas en contra de la parte vencida, la demandada ESE Hospital Local de María La Baja, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el C.P.C. Se reconocen agencias en derecho en derecho del 15% de las pretensiones concedidas en esta sentencia conforme lo previsto en el Acuerdo 1887 de 2003 por el Consejo Superior de la Judicatura, y demás factores señalados en el numeral 3 de la norma en cita; para fijar como agencias en derecho la suma de \$10.341.810..

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la ESE Hospital Local de María La Baja, por el daño antijurídico ocasionado a la demandante señora MAIRY SOLAR VILLAREAL, por la muerte de su menor hija MAIRYS PEREZ SOLAR.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la demandada a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas de dinero:

La suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la señora MAIRY SOLAR VILLAREAL.

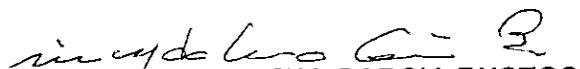
TERCERO: Denegar las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, ESE Hospital Local de María La Baja. Por secretaría, una vez en firme la sentencia, se liquidarán. Se reconocen agencias en derecho en la suma de \$10.341.810.

QUINTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto el art. 192 del CPACA

SEXTO: En firme esta sentencia, hágase devolución del remanente de gastos del proceso, si lo hubiere y se solicitare, y archívese el proceso, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIA MAGDALENA GARCIA BUSTOS
JUEZ



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D.T. y C., nueve (9) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Juez: Dra. MARÍA MAGDALENA GARCÍA BUSTOS
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Referencia: 13-001-33-33-005-2014-00402-00
Demandante: NICANOR SEGUNDO BARRIOS MARTINEZ
Demandado: NACIÓN-MIN. EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO.
Sentencia No. 053

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 187 del CPACA, y culminadas todas las etapas precedentes, sin que se observe irregularidad o vicio configurativo de nulidad, encontrando igualmente que se dan los presupuestos para proferir sentencia en el presente proceso iniciado con la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho presentara el señor **NICANOR SEGUNDO BARRIOS MARTINEZ**, a través de su apoderado Dra. LEIDY VIVIANA JIMENEZ SANCHEZ, contra **LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO.**

1- LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos N° 2230 del 23 de noviembre de 2009, N° 04-6481 del 31 de agosto de 2012, por los cuales se denegó la revisión y reajuste de la pensión de jubilación del señor Nicanor Segundo Barrios Martínez.
2. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada reconocer y pagar pensión de jubilación a la demandante con inclusión de todos los factores salariales devengados por este en el año anterior a la fecha de cumplimiento del status de pensionado, conforme a las ordenanzas 15 de 1941 y 9 de 1945, en cuantía equivalente al 75% del promedio devengado por el demandante y los reajustes de ley.
3. Aplicar el reajuste en los términos del artículo 187 del CPACA en forma indexada.
4. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 ibídem.
5. Que se condene en costas y agencias en derecho.

1.2 HECHOS

- 1- El demandante nació el 12 de octubre de 1950, por lo que cumplió 55 años de edad el 12 de octubre de 2005. Prestó sus servicios como docente desde el 5 de junio de 1978. Al actor como docente nacionalizado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la Resolución N° 2866 del 31 de mayo de 2006, le reconoció pensión de jubilación, tomando como factor para determinar la base de la liquidación solo la asignación básica desconociendo la totalidad de los factores a que tiene derecho.
- 2- Mediante petición de fecha 15 de julio de 2009 solicito ante la demandada el reajuste de su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, solicitud que fue denegada mediante los actos administrativos demandados.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

1.3 NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señala como normas violadas los artículos 2, 6, 13, 25, 53, 58, y 84 de la CN. Ley 4 de 1996 art. 4, Decreto 1848 de 1969 art 73, ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 1 parágrafo 1; ley 115 de 1994 art 115, ley 812 de 2003 art 81, ley 489 de 1998, decreto 2831 de 2005 art 5, cst art 21, acto legislativo 01 de 2005.

La causal de nulidad invocada es la violación de la constitución y de la ley. Manifestando que los actos administrativos demandados desconoce la normatividad anterior cuando no tiene en cuenta la fecha de ingreso de la demandante a la docencia, y que por ello le era aplicable la legislación vigente al momento de su ingreso y no el de la causación del derecho, como lo sostienen los actos demandados cuando en su texto indican que la legislación aplicable es la ley 812 y Decreto 3752 de 2003.

Que la norma aplicable entonces es la ley 91 de 1989, ley 4 de 1966 y el Decreto 1848 de 1969, que establecen que las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

De esta manera los actos demandados desconocen los fines del Estado Social del Derecho orientados a la protección y efectividad de los derechos como el respeto a los derechos adquiridos. Comprometiendo la responsabilidad de los funcionarios que expidieron los actos demandados y creando una situación de discriminación con otros docentes a los que si se les reconoce la inclusión de factores salariales.

La interpretación errónea de la ley 812 de 2003 que hacen los actos igualmente desconocen el principio de favorabilidad y la irrenunciabilidad de los derechos mínimos del trabajador que se consagra en el artículo 53 de la Constitución.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada Nación- Ministerio de Educación Nacional no contesto la demanda.

3. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el 20 de octubre de 2014 y admitida el 22 de octubre de 2014 (fl. 60-61). La notificación a las demandadas se dio el 3 de marzo de 2015 (fl. 67 y ss). Solo contesto la demanda el Departamento de Bolívar, el cual fue excluido de la misma por haber prosperado la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, decisión adoptada en la audiencia inicial.

Con auto de 06 de julio de 2015 se fijó fecha para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, para el día 24 de septiembre de 2015, celebrándose en esa fecha (fl. 118); programándose la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 ibídem para el 3 de diciembre de 2015, fecha en la cual se realizó (fl 130) fijándose una última audiencia de pruebas para el día 28 de enero de 2016, la cual fue celebrada y por agotarse en esa única sesión la práctica de pruebas, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión, conforme el artículo 181 del CPACA (fl 137).

3.1 Alegatos de la parte demandante.

La parte demandante presento sus alegaciones ratificándose en las pretensiones de la demanda y citando apartes jurisprudenciales los cuales en razón a la brevedad no se transcriben. Su argumento central gira alrededor del concepto de salario como las sumas que remuneran el servicio y que se pagan habitual y periódicamente. Siendo este el caso



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

de factores devengados por el demandante como la prima de navidad y vacaciones, que debieron tenerse en cuenta como factores salariales en el IBL de la pensión.

3.2 Alegatos de la parte demandada

No presentó.

3.3. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público dentro de la oportunidad legal rindió concepto solicitando despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda de conformidad al último criterio establecido por la Corte Constitucional en sentencia unificada donde se pronunció sobre la constitucionalidad acerca de la interpretación que debe dársele al inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición (fl 142 y ss).

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

No habiendo sido observada causal alguna de nulidad que declarar, y encontrando que se dan los presupuestos procesales pasa el Despacho a decidir de fondo en el presente asunto.

PROBLEMA JURÍDICO:

Establecer si el demandante NICANOR SEGUNDO BARRIOS MARTINEZ tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reliquide su pensión de jubilación que le fue reconocida mediante la Resolución No. 2866 de 31 de mayo de 2006, tomando como ingreso base de liquidación de dicha pensión todos los factores devengados en el último año antes de adquirir el estatus de pensionado.

Para resolver el asunto debatido es necesario tener en cuenta las normas que se han aplicado a la pensión de jubilación ordinaria para los docentes oficiales.

Respecto del régimen jurídico de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes nacionalizados ha sido desde tiempo atrás, la misma de los servidores públicos cobijados por el régimen general, entre la que cabe mencionar la Ley 6 de 1945 en la que se determinó como tal que:

"Art. 17 Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

(...)

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200) en cada mes (...)"

Posteriormente, para este régimen general de los servidores públicos, aplicable hasta ese momento a los docentes, se expide la Ley 33 de enero 29 de 1985, publicada el 13 de febrero de ese año en el Diario Oficial No. 36856, que genera una modificación al régimen establecido por Ley 4 de 1966 y el Decreto 3135 de 1968, al aumentar la edad de jubilación de las mujeres a la edad de cincuenta y cinco (55) años, manteniendo la cuantía de las mesadas pensionales en el 75% del salario promedio, pero limitando dicho reconocimiento a los factores sobre los cuales se hizo aportes durante ese último año de servicios, al agregar: "Que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio", lo cual implica que condiciona el



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

reconocimiento del 75% a la base sobre los cuales el futuro pensionado realizó aportes, e igualmente consagrando unas excepciones para la misma, veamos:

"Art. 1º El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que servió de base para los aportes durante el último año de servicio. (Subrayas fuera del texto).

Entonces, vigente la Ley 33 de 1985 esta cobijó a quienes no se encontraban dentro del régimen de excepción consagrado en su artículo 1º, esto es: los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, a quienes continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispuso:

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

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

Sobre esta materia es preciso advertir que la Ley 91 de 1989 fue expedida el 29 de diciembre, fecha para la cual habían entrado a regir las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, es así como según la norma transcrita, los docentes indicados en el inciso primero están sometidos a las normas vigentes para esa época (29 de diciembre de 1989) o, las que se expidan en el futuro, según el caso, atendiendo por ejemplo a la antigüedad, o al régimen de transición.

A su vez la Ley 115 de 1994 en su artículo 115 dispone lo siguiente:

"Artículo 115.- Régimen especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley." (Subrayado fuera de texto)

Como se observa, el mismo Estatuto General de Educación ha dispuesto que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, la Ley 60 de 1993 y el mismo Estatuto; de tal forma que se puede inferir que para el reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación del personal docente y su reliquidación no existe un régimen especial, pues aun cuando la norma aparece titulada como el "régimen especial de los educadores estatales", en verdad no consagra en realidad un régimen de tal calidad para los mismos.

Al comenzar a regir la Ley 91 de 1989, la normatividad vigente aplicable en materia de pensiones de jubilación y su liquidación, para el sector educativo era la Ley 33 de 1985, la cual de igual forma se aplica a los servidores públicos de todos los niveles que no fueran exceptuados de ella, por lo que se infiere que los docentes siguieron adquiriendo su derecho a pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad, como es el caso del demandante.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Tal como se dijo anteriormente y de acuerdo con la Ley 33 de 1985, las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas por el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio, como se mencionó anteriormente, y enumeró en su artículo 3º los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes.

Después vino la ley 812 que dispuso:

Ley 812 de 2003 Art. 81:

Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.

El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal." (Subrayas fuera del texto).

Luego,



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Decreto 3752 de 2003:

"Artículo 3°. Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. Derogado por el art. 160. Ley 1151 de 2007. La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

La remuneración adicional de que tratan los artículos 8° y 9° del Decreto 688 de 2002, se entenderá como factor salarial para efectos de la conformación del ingreso base de cotización."

Por su parte la ley 1151 de 2007 o Plan Nacional de Desarrollo, al determinar las derogatorias y vigencias de las normas anteriores, en su artículo 160 derogó expresamente el art. 3° del citado decreto 3752 de 2003.

Lo hasta aquí expuesto nos hace ver que respecto a los docentes vinculados antes de 1989, como es el caso de la demandante, hubo una sucesión de disposiciones que nos permite plantearnos el tema del régimen de transición.

La Corte Constitucional definió el régimen de transición, en materia pensional, como, *"un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo."*

Lo que quiere decir que el régimen de transición se traduce en la conservación del régimen pensional derivado de la vida laboral.

A fin de mantener la inescindibilidad normativa, no es dable sino la aplicación completa de ese régimen anterior en cuanto a que su consolidación y reconocimiento debe hacerse bajo las reglas allí contenidas referente a la totalidad de elementos que lo componen: edad, el tiempo de servicios, las cotizaciones, el porcentaje y monto pensional.

Teniendo en cuenta lo anterior, el primer aspecto fundamental a tener en cuenta en el presente caso, es cuál es la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión del actor.

Revisada la documentación anexa al expediente (anexos presentados con la demanda) y confrontada con los hechos, se observa que el señor NICANOR SEGUNDO BARRIOS MARTÍNEZ nació el día 12 de octubre de 1950, según se observa en la cedula de ciudadanía y la inscripción en el libro de registro notarial del registro civil de nacimiento (fl. 13-14), y así también se reconoció en el acto administrativo de reconocimiento pensional Resolución No. 2866 de 31 de mayo de 2006 (fl. 43). Se acredita igualmente que el señor BARRIOS MARTÍNEZ prestó su servicios como Docente desde el 5 de junio de 1978, como así consta en la certificación de tiempo de servicios (folios 54), y así también consta en la referida Resolución No. 2866 de 2006. Cumplidos los requisitos de tiempo y edad le fue reconocida una pensión de jubilación por medio de la Resolución No. 2866 de 31 de mayo de 2006, efectiva a partir de noviembre 27 de octubre de 2005 (folio 43 a 45). En el texto de la mencionada resolución se indican las normas aplicables como son: la ley 33 de 1985, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, ley 812 de 2003 y Decreto 3752 de 2003; en dicha resolución se indicó además *"El valor de la mesada pensional corresponde al 75% del promedio de factores salariales devengado en el último año de servicio anterior al Status"*. Tomando en cuenta solo la asignación básica mensual.

En consecuencia, de conformidad con el art. 81 de la ley 812 de 2003, al actor le aplican las disposiciones previas como lo es la ley 33 de 1985, dado que a este es el régimen que en materia de prestaciones sociales se le venía aplicando dado que empezó a laborar en



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

junio de 1978. Así también se lo aseguro la ley 91 de 1989. Y precisamente ese es el sentido del régimen de transición que le asegura al demandante adquirir su prestación con base en la normatividad de su vida laboral, que para el caso era la anterior a la vigencia de la ley 91 de 1989.

Así las cosas, para liquidar la pensión de jubilación al demandante debía aplicarse el artículo 1 de la ley 33 de 1985 que dispone:

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

"No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones."

En consecuencia, la normatividad aplicable a su caso era la ley 33 de 1985 disposición legal que estableció el mismo porcentaje del 75% del salario contenido en las leyes 4 de 1966 y Decreto 3135 de 1968 pero lo condicionó al promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, y respecto a la edad la estableció en 55 años para hombres y mujeres.

Respecto de los requisitos de edad y tiempo, estipulados en la Ley 33 de 1985, fueron objeto de reconocimiento por parte de la entidad demandada, lo que no sucedió con el monto o cuantía en que la pensión debía ser reconocida, puesto que, para tal reconocimiento la entidad no tuvo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, sino que realizó la operación matemática teniendo en cuenta sólo la asignación básica, desconociendo el artículo 81 de la ley 813 de 2003 que estableció que "*El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*"; esto es, para el caso del demandante, la ley 33 de 1985.

Siendo así, es menester determinar cuáles son los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión del señor NICANOR SEGUNDO BARRIOS MARTINEZ. Como se explicó en la normatividad precedente, el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 establece los factores, que son: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

No obstante lo anterior, la Ley 62 de 1985, incluyó las primas de antigüedad, ascensional, de capacitación, lo mismo que aclaró lo referido al trabajo suplementario al indicar "ó realizado en jornada nocturna o días de descanso obligatorio".

A folio 54-55 obra copia de certificado de salarios y demás prestaciones devengados y nóminas correspondientes al demandante, en el cual consta que durante el último año de servicios anterior status (2005) devengó su sueldo básico, prima de alimentación, prima de clima, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad y prima de vacaciones.

En la Resolución Número 2866 de 31 de mayo de 2006, por la cual se le reconoce la pensión de jubilación al actor, se tuvo en cuenta solamente la asignación básica. Así mismo se evidencia que alcanzó el estatus jurídico de pensionado el 26 de octubre de 2005.

Una vez determinados los ingresos que tuvo el accionante durante el último año de servicios anterior al status de pensionado, resulta necesario establecer cuales factores deben tenerse en cuenta a efecto de liquidar la pensión.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Atendiendo a la naturaleza de este caso en particular, resulta oportuno citar lo señalado por el H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Actor: LUIS MARIO VELANDIA, Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL:

"PENSION DE JUBILACION – Factores. Inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios. Interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad. Principio de igualdad. Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (Sentencia de Unificación)

En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión 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. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones. ...)

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando... (Subrayas del Despacho)

Igualmente resulta adecuado citar el pronunciamiento proferido el dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010), por la SUBSECCION "A" de la SECCION SEGUNDA de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO del CONSEJO DE ESTADO, por el Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN,, Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04269-01(1020-08), Actor: ALVARO LIBARDO RAMIREZ SANCHEZ, Demandado: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA, D.C. - SECRETARIA DE HACIENDA.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

"PENSION DE JUBILACION - Factores salariales para determinar el ingreso base de liquidación en aplicación integral del régimen de transición / REGIMEN DE TRANSICION - Factores salariales para determinar el ingreso base de liquidación en aplicación del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 / REGIMEN DE TRANSICION - Factores salariales que integran el ingreso base para liquidar la pensión de jubilación.

La Sala debe abordar el asunto central, respecto a cuáles serían los factores salariales que integrarían el ingreso base para liquidar la pensión de jubilación de los pensionados gobernados por el régimen ordinario y cobijados por la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En efecto, quienes bajo el presupuesto esencial de la aplicación integral del régimen de transición, resulten gobernados por el régimen general anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, por el contenido del artículo 1° (inc. 1°) de la Ley 33 de 1985, se aplican en cuanto al ingreso base de liquidación de su derecho los factores salariales enlistados taxativamente en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33. Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los expresamente definidos por el Legislador, sobre los cuales es imperativo el descuento de aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión, de manera que lo dispuesto en el inciso 3° de la Ley 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las Entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional. Constituyen entonces factores de liquidación pensional en este caso la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional, y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, trabajo supletorio o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. Ahora, para quienes en aplicación del principio de favorabilidad deba liquidárseles su derecho pensional teniendo en cuenta el contenido del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deberán observarse los factores salariales previstos en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994..." (Subrayado del Despacho).

Se tiene entonces que de conformidad con el régimen aplicable al caso a efecto de liquidar la correspondiente pensión se hace necesario tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior al status de pensionado, al considerarse que las leyes 33 y 62 de 1985 no enlistan los factores en forma taxativa, de manera que no impidan incluir otros factores que constituyan la remuneración habitual del empleado. Lo anterior por el régimen de transición que cobija al demandante, y en aplicación de los principios de progresividad, de igualdad y de supremacía de la realidad sobre las formalidades, aplicando igualmente el precedente jurisprudencial vinculante ya anotado.

En cuanto a la prima de clima, es dable advertir que no es un factor que deba incluirse en el IBL atendiendo el reciente pronunciamiento del H Consejo de Estado quien sobre el tema se pronunció aduciendo: "...Lo anterior, en cumplimiento de la tesis mayoritaria de la Sala, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila según la cual, se deben tener en cuenta los factores salariales devengados por el funcionario durante el último año de servicio, que en el presente caso se traducen en la asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo del 20% y las primas de navidad y de vacaciones. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado. En atención a lo anterior, la prima de clima debe ser excluida de la liquidación de la pensión, por cuanto se trata de una prestación social cuyo pago no remunera el trabajo en sí mismo, sino que busca amparar al trabajador de los riesgos que se originen por desempeñar su función en lugares donde los climas fueron a criterio del Gobierno del Departamento de Boyacá, reconocidos como insalubres, como se estableció en el artículo 2 de la Ordenanza 23 del 9 de diciembre de 1959".

De conformidad con el anterior criterio jurisprudencial se tiene que la prima de clima no constituye factor salarial.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Para el caso concreto del demandante, durante su último año de servicios anterior al status (2005) devengó como factores su sueldo básico, prima de alimentación, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad y prima de vacaciones. En consecuencia, la Administración ha debido tener en cuenta todos estos factores, no sólo la asignación básica, a efecto de liquidar el monto de la pensión de jubilación del docente NICANOR SEGUNDO BARRIOS MARTINEZ.

Aparte de que por esos mismos factores, sino se hicieron los respectivos aportes, la entidad está autorizada a efectuar los descuentos para aportes, sin perjuicio que tales factores se reconozcan en la base de liquidación. Sobre tal aspecto de descontar el valor de los aportes que ordene la ley y que la demandante no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir, se señala en Jurisprudencia del Consejo de Estado: *"pues esa es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que luego la entidad responsable pueda cumplir su obligación de pago"* (sentencia 8 de junio de 2006, C.P. TARCISIO CACERES TORO, Rad. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-09331-01(2294-05).

Para estos efectos de descontar los aportes el despacho tiene en cuenta los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado que se fundamenta en el Acto Legislativo No. 01 de 2005 señalando lo siguiente:

"Lo anterior debido a que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que "[P]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".

Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.

Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia validando la tesis del Tribunal de primera instancia, pero la adicionará en el sentido de indicar que la orden de reliquidación proferida por el a quo, estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de un cálculo actuarial cuya proyección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables, de conformidad con las pautas establecidas en párrafos anteriores. (Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014) Sentencia de 29 de abril de 2014, Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00014-01(1849-13), M. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Posición reiterada en las sentencias de 5 de junio de 2014, Radicación No: 25000-23-25-000-2011-01350-01 (1453-2013), y la sentencia de unificación del 12 de septiembre de 2014, REF: Expediente No. 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434-2014), del mismo M. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

En consecuencia, la entidad demandada queda autorizada a hacer los descuentos de los aportes una vez se haga la actualización de los mismos, y establecidos hacer los descuentos del retroactivo a que dé lugar la sentencia que reconoce el reajuste y de las mismas mesadas pero conforme a las circunstancias y condiciones del demandante para no causarle un perjuicio en su manutención y de quienes dependen de él.

De las sentencias C- 258 de 2013 y SU 230 de 2015

La Corte Constitucional en estas dos sentencias hizo un pronunciamiento sobre el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

En la sentencia C- 258 expuso el examen de constitucionalidad aludiendo que dicho control constitucional era rogado, y que en dicha oportunidad su análisis debía limitarse a la norma acusada y a los cargos propuestos por el demandante, razón por la cual no podía ejercer un control oficioso de constitucionalidad. Por ello en la sentencia C-258 de 2013 se advirtió que el alcance de ese control se circunscribía al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado artículo 17 de la Ley 4 de 1992, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores señalados. De ese modo, la Corte consideró necesario examinar el texto de la disposición tanto en su perspectiva literal como también a partir del alcance resultante del derecho viviente, es decir, *"la manera como la disposición está siendo aplicada, ya sea por las autoridades administrativas o por los jueces."*

"En este caso los demandantes solicitan a la Corte declarar que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es contrario al derecho a la igualdad y al Acto Legislativo 01 de 2005. La disposición acusada, prevista inicialmente para los Congresistas, es aplicable igualmente a otros servidores públicos en virtud de distintas normas: entre ellos se encuentran los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público (...). En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y del Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo (...). En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados".

Sobre la expresión ingreso base de liquidación (IBL) del régimen especial de congresistas y demás servidores públicos a los que le es aplicable el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, la Corte encontró lo siguiente:

"La interpretación de estas expresiones conlleva la concesión de una ventaja a los beneficiarios del régimen especial cobijados por la transición, que no fue prevista originalmente por el Legislador al expedir la Ley 100 y que, por tanto, carece de justificación. En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹, tal como se

¹ El artículo 36 indica: "ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. || La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

*desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con **los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36.** Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.*

De otro lado, tal como ocurre con el tema de factores, la regla que se viene aplicando de Ingreso Base de Liquidación conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados, con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad. En efecto, el cálculo de las pensiones en ciertos casos con base en dicha interpretación del Ingreso Base de Liquidación condujo a pensiones de una cuantía muy elevada que sólo podían ser financiadas con subsidios públicos más altos, en términos absolutos y porcentuales, que los asignados a las demás pensiones reconocidas en el sistema. El caso extremo es el de las pensiones basadas en el ingreso mensual promedio de un periodo muy breve en comparación con toda la vida laboral del beneficiario.

Por último, de conformidad con lo antes expuesto, la transferencia de recursos a la que la regla de Ingreso Base de Liquidación conduce, también impone un sacrificio claramente desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social".

La ratio decidendi de la C- 258 de 2013, entonces, sólo contemplo el régimen de los congresistas y magistrados de altas cortes, que corresponde a las pensiones altas subsidiadas en un alto porcentaje con recursos públicos.

Sin embargo, en la sentencia SU 230 de 2015 la Corte colige que esa Corporación al estudiar la constitucionalidad de la norma demandada en esa oportunidad (art. 17 Ley 4 de 1992), fijó unos parámetros de interpretación para la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, especialmente en lo relacionado en su inciso 3°, que establece el modo de calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo; interpretación constitucional que aplicó al caso que era objeto de su pronunciamiento en la acción de tutela, al señalar que precisamente el conflicto

cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. || El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE" (negrilla fuera del texto).



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

versaba sobre la aplicación integral del régimen especial del que era beneficiario el accionante, y del régimen de transición mencionado. Agregando que la C- 258 de 2013 en lo que respecta al IBL constituía un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no podía ser desconocido en forma alguna.

Esta juzgadora tiene claro que, tal como se precisó en ella la sentencia C- 258 de 2013 sólo se aplica al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la ley 4 de 1992, porque en la misma providencia se dijo que no sería extensiva a otros regímenes pensionales especiales creados por otras normas.

Por lo que ahora resulta contradictorio que en la SU 230 de 2015 se afirme que la Corte en la C-258 expuso un precedente interpretativo abstracto del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sobre el IBL, con efectos erga omnes. Máximo cuando los regímenes especiales de transición diferentes a los de los congresistas no son de pensiones altas, sino que en su mayoría son de pensiones bajas respecto de las cuales no se ha probado que ellas mismas representen del erario público un mayor subsidio para su financiación.

Y frente a estas pensiones bajas, el criterio jurisprudencial de la SU 230 de 2015 resulta igualmente regresivo frente a la posición jurisprudencial del Consejo de Estado acogida en esta sentencia de unificación (del 4 de agosto de 2010) construida sobre los principios de progresividad, el de favorabilidad y el de la primacía de la realidad sobre las formas, consagrados en normas constitucionales.

Acotando que el principio de progresividad es un mandato de optimización que tiene como finalidad el mejoramiento de los beneficios pensionales, en este caso. Principio que está reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Igualmente se acoge el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado con fundamento en lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, que dispone:

"Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.". Este artículo fue estudiado por la Corte Constitucional en Sentencia C-634 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en la que se dijo:

"El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 regula el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Así, determina que las autoridades, al resolver los asuntos de su competencia, aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Hasta aquí, el precepto no hace nada distinto que reiterar los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, que implican la obligación de fundar las actuaciones del Estado en las fuentes de derecho preexistentes y bajo el mandato de prodigar idéntico tratamiento ante supuestos jurídicos y fácticos análogos.

El precepto contiene una segunda prescripción, la cual prevé que para cumplir con las obligaciones constitucionales aludidas, las autoridades deberán "tener en cuenta" las sentencias de unificación jurisprudencial que adopte el Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. Este precepto reconoce una fuente de derecho particular, que debe hacer parte del análisis para la



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

adopción de decisiones. A esa fuente el legislador le reconoce carácter vinculante más no obligatorio, pues la disposición alude a que el precedente debe ser consultado, más no aplicado coactivamente."

Artículo declarado exequible, bajo la precisión de que no puede desconocerse en forma privilegiada las sentencias de la Corte Constitucional en control abstracto de constitucionalidad, esto es las sentencias C como así está consagrado en el artículo 243 de la Constitución Política. Es por ello que bien se puede seguir aplicando el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, que este despacho ha venido aplicando sistemáticamente como en toda esta jurisdicción, habida cuenta que no estamos ante una sentencia de constitucionalidad, sino una sentencia de tutela, que así sea de unificación, en virtud de la Ley 270 de 1996, no tiene el mismo carácter que las sentencia de constitucionalidad.

De otra parte, la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado preserva el principio de igualdad del demandante frente a quienes, estando bajo una misma situación fáctica, ya ha obtenido la reliquidación de sus pensiones con fundamento en aquella sentencia.

Conclusión

Se declarará la nulidad de las Resoluciones N° 2230 del 23 de noviembre de 2009, N° 04-6481 del 31 de agosto de 2012 por los cuales se denegó la revisión y reajuste de la pensión de jubilación del señor Nicanor Segundo Barrios Martínez.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la parte accionada que reliquide la pensión de jubilación reconocida al señor NICANOR SEGUNDO BARRIOS MARTÍNEZ mediante la Resolución No. 2866 de 31 de mayo de 2006, teniendo en cuenta la asignación básica así como la prima de alimentación, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad y prima de vacaciones, en cuantía equivalente al 75% del total de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anteriores a la adquisición del status pensional.

Quedando la entidad autorizada a hacer los descuentos de los aportes una vez establezca la suma actualizada de ello; los cuales, en los que respecta a los aportes a cargo de la parte actora, igualmente puede descontar del retroactivo que surja y de las mensualidades, siempre y cuando no afecte la subsistencia del demandante y quien depende económicamente de ella.

Igualmente deberá pagar con cargo al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las diferencias que resulten entre lo que canceló cuando reconoció la pensión de jubilación y lo que debió pagar si hubiera liquidado la pensión con los factores de ley y el porcentaje correspondiente al último año anterior al status, como se ordena en esta sentencia.

Por otra parte, las pretensiones de la demanda gravitan en torno a prestaciones de naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia, por lo que la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de las mesadas que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho (los artículos 41 del decreto 3135/68 y artículo 102 del decreto 1848/69²), por lo que teniendo en cuenta que al accionante le fue reconocida la pensión de jubilación mediante Resolución N° 2866 del 31 de mayo de 2006, acto contra el que procedía el recurso de reposición el cual no fue interpuesto por no ser obligatorio y en el que no se incluyeron los factores, y teniendo en

² Decreto 1848/69 ART 102. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES- 1. las acciones que emanan de los derechos consagrados en el decreto 3135/68 y en este decreto. Prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. el simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

cuenta que la prescripción se interrumpe por una sola vez lo cual ocurrió con la petición de fecha 14 de julio de 2009 tal y como se desprende de la Resolución 2230 de 23 de noviembre de 2009 (fl 46), se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda la cual fue en fecha 20 de octubre de 2014 y en efecto, se tendrán prescritas las mesadas anteriores a 20 de octubre de 2011, por prescripción trienal.

Las sumas que se ordenan pagar serán indexadas conforme lo dispone el último inciso del artículo 187 del CPACA., de manera que el valor presente se sacará multiplicando el valor histórico, que son las diferencias dejadas de percibir (no prescritas), por el guarismo que resulte de dividir el índice de precios final (fecha de ejecutoria de esta sentencia) entre el índice de precios inicial (fecha en que debió hacerse el pago). Formula que se aplicará mes por mes por tratarse de diferencias causadas mes a mes.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte vencida, la entidad demandada, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el C. G. P., en cuanto su liquidación por secretaria una vez en firme esta decisión, y en la medida de lo que se demuestre. De conformidad con el artículo 365 del C.G.P., las agencias en derecho se fijarán en el 15% de las pretensiones concedidas en esta sentencia conforme a la estimación razonada de la cuantía, y tomando en consideración las tarifas señaladas en el Acuerdo 1887 de 2003 por el Consejo Superior de la Judicatura. Para establecer como agencias en derecho la suma un millón ciento treinta y cuatro mil treinta y cinco pesos con ochenta y cinco centavos (\$1.134.035,85).

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA DE INDIAS, en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones N° 2230 del 23 de noviembre de 2009 y N° 04-6481 del 31 de agosto de 2012, por los cuales se denegó la revisión y reajuste de la pensión de jubilación del señor NICANOR SEGUNDO BARRIOS MARTINEZ, sin incluir la totalidad de factores devengados durante el último año de servicios anteriores al status, conforme a las razones aducidas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, ordenar a LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIÓN-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor NICANOR SEGUNDO BARRIOS MARTINEZ por medio de la Resolución No. 2866 de 31 de mayo de 2006, efectiva a partir del 27 de octubre de 2005, incluyendo la totalidad de los factores devengados por el demandante durante el último año de servicios anterior al status pensional; esto es, además de la asignación básica, la prima de alimentación, prima de escalafón, prima de grado, prima de navidad y prima de vacaciones. Se excluye la prima de clima por no ser factor salarial según lo explicado. Y pague las diferencias pensionales que resulten de la reliquidación ordenada, a partir del 20 de octubre de 2011, sumas que serán indexadas según lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: En caso que por esos nuevos factores no se haya efectuado el descuento de aportes, la entidad podrá descontar las sumas que en calidad de aportes no se hubiesen debitado respecto de los factores incluidos por virtud de esta sentencia, una vez actualizada la suma correspondiente, quedando autorizada la entidad a descontar lo correspondiente a la parte demandante del retroactivo o de la mesada misma en forma razonada y proporcional que no afecte el sostenimiento del pensionado y de quienes dependan de él, para dar cumplimiento al Acto legislativo 01 de 2005.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Por secretaría, una vez en firme la sentencia, se liquidarán. Las agencias en derecho se reconocen en la suma de un millón ciento treinta y cuatro mil treinta y cinco pesos con ochenta y cinco centavos (\$1.134.035,85).

QUINTO: La sentencia se cumplirá conforme al artículo 192 y 195 del CPACA

SEXTO: En firme, hágase devolución del remanente de gastos del proceso, y archívese el proceso previo las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Maria Magdalena García Bustos
MARIA MAGDALENA GARCÍA BUSTOS
JUEZ