



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00004-01(57629)

Actor: JOSÉ GONZALO GUERRA QUINTERO Y DORA SALAZAR DE GUERRA

Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – APELACIÓN DE SENTENCIA

Temas: DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / Responsabilidad del Estado por error jurisdiccional / SENTENCIA QUE NEGÓ RECONOCIMIENTO PENSIONAL – Inexistencia de error judicial / PENSIÓN A CARGO DEL ISS – Régimen especial de los funcionarios de Seguridad Social / PENSIÓN DE PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA – Asignación con cargo al erario / INCOMPATIBILIDAD ENTRE AMBAS PENSIONES – Consagrada expresamente en la resolución de reconocimiento pensional del ISS.

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 26 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El señor José Gonzalo Guerra Quintero presentó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, por el supuesto error jurisdiccional en el que incurrió el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al proferir la sentencia No. 057 de 2 de abril de 2004, que negó las pretensiones encaminadas a que se declarara la nulidad de la Resolución 2140 de 2000, por medio de la cual el Ministerio de Defensa Nacional le negó el reconocimiento de la pensión por jubilación, con el argumento de que el señor Guerra ya estaba pensionado por parte del Instituto de Seguros Sociales y no podía recibir



dos pensiones con cargo al tesoro público y, como consecuencia, se le restableciera su derecho a recibir dicha asignación.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 11 de enero de 2008¹, el señor José Gonzalo Guerra Quintero y la señora Dora Salazar de Guerra, a través de apoderado judicial² y en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda contra la Nación - Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de que se le indemnizaran los perjuicios causados con el error jurisdiccional en el que supuestamente incurrió el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al proferir la sentencia No. 057 de 2 de abril de 2004, en la que se negaron las pretensiones formuladas en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Señaló que dicho tribunal incurrió en error al considerar que la pensión otorgada por el Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS) constituía una asignación proveniente del Tesoro Público y, como consecuencia, aplicar la prohibición consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 4ª de 1992, y el artículo 77 del Decreto 1848 de 1969, las cuales resultaban inaplicables al caso concreto, pues como lo ha señalado la jurisprudencia, este tipo asignación no hace parte de dicho rubro y, por la condición del demandante, este se encontraba incurso de una de las excepciones que contemplan dichas normas.

Por lo anterior, la parte actora solicitó que se ordenara una indemnización por concepto de perjuicios materiales en la suma de \$903'000.000; por perjuicios inmateriales, a título de perjuicio moral y alteración en las condiciones de vida, la suma de 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes, además del reconocimiento de la respectiva actualización de ambas sumas.

1.1. Hechos

Los hechos presentados en la demanda son, en síntesis, los siguientes:

El señor José Gonzalo Guerra Quintero es médico pediatra neonatólogo y se encuentra casado con la señora Dora Salazar de Guerra.

El señor Guerra trabajó como funcionario del ISS desde el 18 de septiembre de 1971 hasta el 15 de febrero de 1973 y del 11 de enero de 1977 al 29 de junio de 1995.

¹ Folios 44 a 63 del cuaderno No. 2.

² De conformidad con el poder obrante a folios 1 del cuaderno No. 2.



Mediante Resolución No. 1132 de 1995, el ISS reconoció pensión de jubilación al demandante por haber cumplido los requisitos que exigía el artículo 19 del Decreto-ley 1653 de 1977 *–régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social que prestan sus servicios al Instituto de Seguros Sociales–*.

Adicionalmente, el señor Guerra laboró para la Fuerza Aérea – Ministerio de Defensa Nacional desde el 21 de noviembre de 1979 hasta el 21 de enero de 2000, en el establecimiento de Sanidad Militar de la Escuela Militar de Aviación “*Marco Fidel Suárez*”.

El 29 de junio de 2000, mediante oficio No. 008333 –MDLPS-069, el jefe de Área de Pensionados de la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional comunicó al señor Guerra que “*había sido incluido en la nómina automática de pensionados*”.

Mediante Resolución No. 2140 de 21 de noviembre de 2000, el Ministerio de Defensa negó el reconocimiento pensional, porque el actor ya se encontraba pensionado por parte del ISS y, como consecuencia, no podía percibir dos pensiones por parte del tesoro nacional, decisión frente a la cual el afectado interpuso recurso de reposición, el que fue resuelto a través de la Resolución No. 926 de 8 de junio de 2001.

El 10 de octubre de 2001, a través de apoderado, el señor José Gonzalo Guerra Quintero presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, para que se declarara la nulidad de la Resolución No. 2140 de 2000 y se le restableciera su derecho a recibir la pensión de jubilación a cargo de dicha entidad.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió sentencia el 2 de abril de 2004, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2001-04314, a través de la cual negó las pretensiones de la demanda.

Por medio de escrito presentado el 16 de noviembre de 2005, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 2 de abril de 2004.

Mediante auto de 27 enero de 2006, el Tribunal de origen rechazó el recurso de apelación indicando que el proceso en cuestión era de única instancia.

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de queja contra el auto de 27 de enero de 2006.



La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en auto de 31 de agosto de 2007, estimó bien denegado el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

Adicionalmente, se menciona que en *“el presente asunto se solicitó el amparo constitucional de la tutela, ante el Consejo de Estado, el cual fue rechazado por improcedente como consecuencia de la posición mayoritaria de dicha corporación [para esa época] frente a las providencias judiciales”*³.

2. Trámite de primera instancia

2.1. Admisión de la demanda y notificación

2.1.1. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante auto de 21 de febrero de 2008⁴, inadmitió la demanda por considerar que no se demandaron *“todos los actos administrativos objeto de la presente acción (Sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado)”*.

2.1.2. En memorial de 7 de marzo de 2008⁵, la parte demandante solicitó reponer el auto que inadmitió la demanda, en razón a que la providencia cuestionada se dio en un proceso de única instancia y el mencionado auto hace referencia a una sentencia de segunda instancia, la cual no existe.

2.1.3. Mediante auto de 3 de abril de 2008⁶, el despacho sustanciador del Tribunal Administrativo del Valle de Cauca, previo a resolver sobre la admisión de la demanda, ofició a la secretaría de la Sección Segunda de esa corporación para que i) certificara la fecha en la cual quedó ejecutoriada la sentencia No. 057 de 2 de abril de 2004, proferida por ese mismo tribunal; ii) informara si la mencionada sentencia fue apelada y, en caso afirmativo, iii) si existió sentencia de segunda instancia, con su respectiva fecha de ejecutoria.

2.1.4. En oficio No. ALOT 1097/08-0004 de 14 de abril de 2008⁷, la secretaría del Tribunal de origen dio respuesta al requerimiento realizado en auto de 3 de abril de la misma anualidad por el despacho sustanciador. Señaló que el fallo en cuestión se notificó por edicto de 13 de diciembre de 2005, que fue objeto de apelación por la parte actora, recurso que fue rechazado por improcedente en proveído de 27 de enero de

³ Folio 51 del cuaderno 2.

⁴ Folio 67 del cuaderno 2.

⁵ Folios 68 y 69 del cuaderno 2.

⁶ Folio 71 del cuaderno 2.

⁷ Folio 73 del cuaderno 2.



2006, contra el cual se interpuso recurso de reposición y queja y, este último, fue decidido por el Consejo de Estado en providencia de 31 de agosto de 2006, estimando bien denegado el recurso de apelación, por lo que la sentencia No. 057 de 2 de abril de 2004 quedó ejecutoriada el 26 de septiembre de 2006.

El 2 de junio de 2009⁸, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dejó sin efectos el auto de 21 de febrero de 2008 y, como consecuencia, admitió la demanda y ordenó notificar a la parte demandada y al Ministerio Público.

La demanda se notificó en debida forma a la Nación – Rama Judicial⁹ y al Ministerio Público¹⁰.

2.2. Contestación de la demanda

La Rama Judicial, a través de escrito presentado el 24 de agosto de 2009¹¹, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, en tanto consideró que en el caso concreto no se demuestra que la decisión adoptada por los magistrados del Tribunal del Valle del Cauca fuera arbitraria, caprichosa o abiertamente ilegal, pues el fallo en cuestión fue razonado, se aplicaron las normas vigentes para la época de los hechos y atendió a lo resuelto “*con anterioridad por otras salas de Decisión del Tribunal, en las cuales [se] ha llegado a la conclusión que las demandas carecían de fundamento*”.

2.3. Etapa probatoria y alegatos de conclusión

A través de providencia del 11 de marzo de 2010¹², el Tribunal de primera instancia decretó como pruebas las solicitadas por los actores y la parte demandada, en el escrito de demanda y su contestación, respectivamente.

Una vez vencido el período probatorio, por auto del 9 de agosto de 2013¹³ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

La parte demandante reiteró lo expresado en la demanda y señaló que, si bien el artículo 128 de la Constitución Política y la Ley 4ª de 1992 establecen la prohibición de recibir dos asignaciones con cargo al tesoro público, el Tribunal se equivocó al considerar que la pensión de jubilación reconocida por el ISS proviene del erario, cuando la jurisprudencia

⁸ Folio 77 del cuaderno 2.

⁹ Folio 79 del cuaderno 2.

¹⁰ Folio 79 reverso del cuaderno 2.

¹¹ Folios 86 a 94 del cuaderno 2.

¹² Folio 98 y 99 del cuaderno 2.

¹³ Folio 145 del cuaderno 2.



de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado han establecido que dichos recursos no hacen parte de este rubro. Adicionalmente, señaló que las mencionadas normas, junto con el Decreto 1848 de 1969, cuentan con excepciones que no fueron tenidas en cuenta por parte de Tribunal¹⁴.

La Rama Judicial esgrimió los mismos argumentos de la contestación de la demanda y expresó que de la decisión acusada proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no se deriva un error jurisdiccional, pues *“estuvo acorde con la interpretación dada a las normas constitucionales y legales que consideró pertinentes”*¹⁵.

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Encontrándose el proceso para dictar fallo de primera instancia, en auto de 25 de junio de 2015¹⁶, el despacho sustanciador del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decretó como prueba de oficio el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 2001-04314 y, como consecuencia, ordenó a la secretaría de la Sección Segunda del mismo Tribunal la remisión en copia del mencionado proceso, del cual únicamente se allegó copia simple de la sentencia No. 057 de 2 de abril 2004, dado que no se encontró el expediente solicitado¹⁷.

En sentencia de 26 de octubre 2015¹⁸, el *a quo* consideró que no se demostró que en la providencia cuestionada proferida por ese mismo Tribunal se hubiera incurrido en algún error judicial, toda vez que se analizaron los medios de prueba obrantes en el expediente en concordancia con la normativa vigente y aplicable al caso, sin que se pudiera predicar algún vicio en la decisión.

Adicionalmente, mencionó que, si bien en el fallo acusado se hace *“referencia al artículo 77 del Decreto 1848 de 1969 y la norma aplicable al caso bajo estudio sea el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, no es argumento suficiente para concluir que en esa providencia se incurrió en un error judicial, puesto que también se cita expresamente el artículo 19 de la Ley 4 de 1992. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia han sostenido que solo las providencias carentes de toda argumentación en las que se incurre en errores crasos son las que pueden*

¹⁴ Folios 149 a 153 del cuaderno 2.

¹⁵ Folios 146 y 147 del cuaderno 2.

¹⁶ Folio 167 del cuaderno 2.

¹⁷ Oficio FAGM – 6096 de la Secretaría del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Folio 180 del cuaderno 2.

¹⁸ Folios 196 a 220 del del cuaderno de segunda instancia.



considerarse como arbitrarias o injustas” y al no encontrar que la providencia en cuestión fuera contraria a derecho, se negaron las pretensiones de la demanda.

La sentencia fue notificada por edicto No. 2407, fijado el 30 de octubre de 2015 y desfijado el 4 de noviembre del mismo año¹⁹.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante manifestó su inconformidad mediante escrito presentado el 19 de noviembre de 2015²⁰, por considerar que en el *sub lite* se encuentra demostrado un error jurisdiccional.

Como sustento del recurso expresó que el *a quo* no examinó, en forma precisa, la existencia de un error judicial por parte del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, bajo el argumento de que en la decisión se realizó un análisis coherente y razonable; sin embargo, no se tuvo en cuenta la indebida interpretación del artículo 128 de la Constitución Política y el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, pues se le confirió la categoría de recurso proveniente del tesoro público a una pensión reconocida y pagada por el ISS, cuyos recursos, como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no hacen parte de dicho rubro.

Adicionalmente, en la sentencia en comento se aplicó el artículo 77 del Decreto 1848 de 1969, el cual establece una incompatibilidad del goce de la pensión de jubilación con asignaciones provenientes del erario, sin que se analizara, en el caso concreto, las excepciones que, según el mismo artículo, se encuentran en el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1ª de 1963.

Con fundamento en lo anterior, solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, condenar a la Rama Judicial y acceder las pretensiones de la demanda.

V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación fue concedido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante auto de 16 de mayo de 2016²¹ y fue admitido por esta Corporación el 22 de agosto del mismo año²².

¹⁹ Folio 222 del cuaderno de segunda instancia.

²⁰ Folios 223 a 225 del cuaderno de segunda instancia.

²¹ Folio 229 del cuaderno de segunda instancia.

²² Folios 233 del cuaderno de segunda instancia.



El 4 de octubre de 2016²³ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, en relación con el error judicial endilgado al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por la indebida interpretación de las normas aplicables al caso concreto, por lo que solicitó la revocatoria de la sentencia del *a quo* y el reconocimiento de las pretensiones formuladas, así como también pidió tener en cuenta lo expresado en la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia²⁴.

La parte demandada guardó silencio en esta etapa procesal.

El Ministerio Público solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, por considerar que en el caso bajo estudio no se configuró un error judicial, dado que en la sentencia del *a quo* no se evidencia irregularidad o transgresiones a las normas jurídicas aplicables al *sub lite*²⁵.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

En virtud de lo normado por el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el reglamento interno de la Corporación²⁶, se le asignó a esta Sala, el conocimiento en segunda instancia, sin consideración a la cuantía, de los procesos de reparación directa promovidos en vigencia del Código Contencioso Administrativo²⁷, cuya causa *petendi* sea: i) el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia; ii) el error judicial o iii) la privación injusta de la libertad²⁸.

2. Oportunidad de la acción

Al tenor de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 136 del CCA (norma aplicable al asunto en cuestión), la acción de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos

²³ Folio 235 del cuaderno de segunda instancia.

²⁴ Folios 237 y 238 del cuaderno de segunda instancia.

²⁵ Folios 237 a 238 del cuaderno de segunda instancia.

²⁶ Acuerdo 080 de 2019.

²⁷ En adelante CCA.

²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 9 de septiembre de 2008, expediente 11001-03-26-000-2008-00009-00, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra.

La Sección Tercera de esta Corporación²⁹ ha indicado, de manera reiterada, que respecto de las demandas por error jurisdiccional³⁰ el término de caducidad, por regla general, empieza a contabilizarse a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia judicial que supuestamente lo contiene³¹, cuando de ella se materializa el daño.

La parte actora endilgó responsabilidad a la Rama Judicial, a título de error jurisdiccional, contenido en la sentencia de 2 de abril de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación No. 2001-04314.

En esas condiciones, según la jurisprudencia de esta Sección, el término de caducidad, en principio, se debe contabilizar desde que quedó ejecutoriada dicha decisión; sin embargo, para el *sub lite* se contabilizará desde la ejecutoria del auto de 31 de agosto de 2006, proferido por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en razón a que con esta providencia se consolidó el daño al quedar ejecutoriada la sentencia de 2 de abril de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, como consecuencia de resolver el recurso de queja y estimar bien denegado el recurso de apelación presentado por la parte demandante; dicha providencia –*que resolvió la queja*– se notificó por estado el 21 de septiembre de 2006³² y su ejecutoria se cumplió el 26 de septiembre siguiente³³.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de noviembre de 2015, radicación número: 08001-23-31-000-2009-00193-01(38833), C.P. Ramiro Pazos Guerrero, reiterada en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, radicación: 50001-23-31-000-2005-00274-01(39435), sentencia de 30 de agosto de 2017, entre muchas otras.

³⁰ Al respecto consultar las siguientes decisiones: i) sentencia de 30 de agosto de 2017, radicado: 50001-23-31-000-2005-00274-01 (39435); ii) sentencia de 13 de junio de 2016, radicado: 76001-23-31-000-2004-04636-01(37392); iii) sentencia de 24 de octubre de 2016, radicado: 25000-23-26-000-2006-00818-01(38159); iv) sentencia de 22 de febrero de 2017, radicado: 05001-23-33-000-2016-01685-01(58052); estas dos últimas con ponencia del magistrado Hernán Andrade Rincón, entre muchas otras.

³¹ Original de la cita: “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de junio de 2010, expediente 17493, M.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez; Subsecciones A y C, auto del 9 de mayo de 2011, expediente 40.196, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia del 27 de enero de 2012, exp. 22.205, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; autos del 1 de febrero de 2012, expediente 41.660, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz; 21 de noviembre de 2012, expediente 45.094, y del 14 de agosto de 2013, expediente 46.124, M.P. Mauricio Fajardo Gómez”.

³² Información consultada a través del sistema de consulta jurídica Siglo XXI.

³³ De conformidad con el artículo 331 del CPC “**EJECUTORIA. Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas**, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia



Así las cosas, el término de caducidad corrió entre el 27 de septiembre de 2006 y el 27 de septiembre de 2008; como la demanda se radicó el 11 de enero de 2008, se concluye que se presentó dentro del plazo establecido en el numeral 8 del artículo 136 del CCA.

3. Legitimación en la causa

El señor José Gonzalo Guerra Quintero está legitimado en la causa por activa, toda vez que fungió como parte demandante en el proceso instaurado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Defensa Nacional, proceso en el cual consideró que se expidió una decisión constitutiva de error judicial, que posteriormente le generó los perjuicios materiales y morales alegados en la demanda.

Por su parte, la señora Dora Salazar de Guerra acreditó la calidad con la que afirmó acudir al proceso (cónyuge del señor Guerra Quintero), de acuerdo con el registro civil de matrimonio que obra a folio 2 del cuaderno No. 2, circunstancia que, para este momento, resulta suficiente para establecer la legitimación en la causa por activa de hecho, sin perjuicio del análisis de fondo que se realizará más adelante, en orden a dilucidar si las pretensiones formuladas están llamadas a prosperar o no.

En el caso bajo estudio, el error jurisdiccional invocado a título de *causa petendi* en el escrito inicial permite concluir que la Rama Judicial se encuentra legitimada en la causa por pasiva, pues es a dicha entidad a la que se le imputa el daño objeto de la controversia.

También es claro que a la Rama Judicial le asiste legitimación material en este asunto, por cuanto en este litigio se cuestiona, de manera evidente, un fallo proferido por un Tribunal Administrativo, dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el aquí actor y mediante el cual se le negó el reconcomiendo de una prestación económica.

4. El objeto del recurso de apelación

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia con el fin de que sea revocada, debido a que, según su criterio, el Tribunal no examinó en forma correcta el supuesto error contenido en la sentencia de 2 de abril de 2004, proferida por el Tribunal

que resuelva los interpuestos. No obstante, en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva.
“Las sentencias sujetas a consulta no quedarán firmes sino luego de surtida esta” (se destaca).



Administrativo del Valle del Cauca en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2001-04314, en la que, a su juicio, se consideró, de manera equivocada, que la pensión que recibía el señor Guerra por parte del ISS provenía del tesoro público y, como consecuencia, no le asistía derecho a recibir otra pensión con cargo a dicho rubro, pero reconocida por el Ministerio de Defensa, con fundamento en la prohibición constitucional -*artículo 128*- y legal -*Ley 4 de 1992*- de recibir dos asignaciones con cargo al erario.

De igual manera, insistió en que el Tribunal no tuvo en cuenta que: **i)** la naturaleza de las reservas pensionales a cargo del ISS no hacen parte del tesoro público, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y **ii)** la providencia cuestionada aplicó, de forma indebida, la prohibición contenida en el artículo 77 del Decreto 1848 de 1969, pues no analizó las excepciones que contempla dicha norma, como son las contenidas en el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1ª de 1963.

Así las cosas, le corresponde a la Sala analizar los argumentos esbozados por la parte demandante y, con ello, determinar la existencia de un posible daño antijurídico y, en caso de que resulte probado, determinar si es imputable o no a la entidad demandada por el error judicial alegado.

5. El caso concreto

5.1. Hechos probados

Mediante Resolución No. 1132 de 1995³⁴, el ISS reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación al señor José Gonzalo Guerra Quintero, como empleado de esa entidad, por reunir los requisitos exigidos en artículo 19 del Decreto 1653 de 1977 -*régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social que prestan sus servicios al Instituto de Seguros Sociales*-.

Asimismo, el señor Guerra laboró para la Fuerza Aérea – Ministerio de Defensa Nacional desde el 21 de noviembre de 1979 hasta el 21 de enero de 2000, en el establecimiento de Sanidad Militar de la Escuela Militar de Aviación “*Marco Fidel Suárez*”, como lo certificó el jefe del establecimiento de Sanidad Militar – EMAVI³⁵.

³⁴ Folios 3 a 5 del cuaderno 2.

³⁵ Folio 11 del cuaderno 2.



En oficio No. 008333 –MDLPS-069³⁶ de 29 de junio de 2000, el jefe del Área de Pensionados de la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional comunicó al señor Guerra que “*había sido incluido en la nómina automática de pensionados*”.

Sin embargo, mediante Resolución No. 2140 de 21 de noviembre de 2000³⁷, el Ministerio de Defensa negó el reconocimiento pensional bajo el argumento de que el actor ya se encontraba pensionado por parte del ISS y, como consecuencia, no podía percibir dos pensiones por parte del tesoro nacional.

El 10 de octubre de 2001, a través de apoderado, el señor José Gonzalo Guerra Quintero presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, para que se declarara la nulidad de la Resolución No. 2140 de 2000 y se le restableciera su derecho a recibir la pensión de jubilación a cargo de dicha entidad³⁸, el proceso incoado fue identificado con el radicado No. 2001-04314.

El conocimiento del asunto le correspondió al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el cual, mediante sentencia de 2 de abril de 2004³⁹, negó las pretensiones de la demanda, providencia que fue notificada por edicto fijado el 13 de diciembre de 2005 y desfijado el 15 de diciembre del mismo año⁴⁰.

El 16 de diciembre de 2005, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 2 de abril de 2004⁴¹, pero mediante providencia 27 de enero de 2006, el Tribunal de origen rechazó por improcedente el recurso de apelación⁴², motivo por el cual el apoderado de la parte actora interpuso recurso de queja contra el auto de 27 de enero de 2006⁴³.

Finalmente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en auto de 31 de agosto de 2007, estimó bien denegado el recurso de apelación interpuesto por la parte actora⁴⁴.

³⁶ Folio 14 del cuaderno 2.

³⁷ Folios 15 y 16 del cuaderno 2.

³⁸ Folios 17 a 32 del cuaderno 2.

³⁹ Folios 33 a 41 del cuaderno 2.

⁴⁰ Folio 42 del cuaderno 2.

⁴¹ Folio 43 del cuaderno 2.

⁴² Folio 73 del cuaderno 2.

⁴³ Folio 73 del cuaderno 2.

⁴⁴ Folio 73 del cuaderno 2.



Establecidos los hechos probados, la Sala procede a efectuar el análisis de responsabilidad en el caso concreto, en orden a establecer si se presentó o no un daño antijurídico susceptible de ser indemnizado.

5.2 El daño antijurídico

El primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad Estatal es la existencia del daño, el cual, además, debe ser antijurídico, dado que constituye un elemento necesario de la responsabilidad, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala “*sin daño no hay responsabilidad*” y solo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de imputación al Estado.

En este sentido la Sala ha discurrido así:

“[P]orque a términos del art. 90 de la Constitución Política vigente, es más adecuado que el juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona de derecho público.”

“La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”⁴⁵.

En época más reciente, sobre el mismo aspecto se señaló:

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño, puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.”

“En efecto, en sentencias proferidas (...) se ha señalado tal circunstancia precisándose (...) que ‘es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...’ y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado”⁴⁶.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 13 de agosto de 2008, exp. 17.412, C.P. Enrique Gil Botero y de 6 de junio de 2012, exp. 24.633, C.P. Hernán Andrade Rincón, entre otras.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de julio de 2015, exp. 28.389, C.P. Hernán Andrade Rincón. La Subsección, de forma pacífica, ha reiterado el criterio antes expuesto. Al respecto se pueden consultar las siguientes decisiones: i) radicado No 38.824 de 10 de noviembre de 2017; ii) radicado No 50.451 de 10 de noviembre de 2017; iii) radicado No 42.121 de 23 de octubre de 2017; iv) radicado No 44.260 de 14 de septiembre de 2017; v) radicado No 43.447 de 19 de julio de 2017; vi) radicado No 39.321 de 26 de abril de 2017, entre otras.



En este caso, la parte demandante hizo consistir el daño en las afectaciones económicas y morales derivadas de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 2 de abril de 2004, que negó el reconocimiento de una segunda pensión al señor Guerra Quintero.

El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere estar cabalmente estructurado; por tal motivo, esta Subsección del Consejo de Estado ha establecido que resulta imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama, a saber: **i)** la afectación a un derecho subjetivo o un interés legítimo (patrimonial o extrapatrimonial) del cual sea titular la víctima, es decir, que se trate de un bien jurídicamente protegido; **ii)** que dicha afectación sea cierta, concreta y determinada; **iii)** que sea personal y **iv)** que no se hubiera reparado por otra vía⁴⁷.

Precisado lo anterior, es menester indicar que, previo a analizar la conducta de la autoridad judicial que tuvo a su cargo el proceso surgido con ocasión de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Gonzalo Guerra Quintero, se impone examinar si efectivamente se demostró la materialización de un daño susceptible de ser indemnizado.

Al revisar el expediente, encuentra la Sala que el daño alegado por la parte demandante se encuentra acreditado, en la medida en que, con la sentencia de 2 de abril de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, se negaron las pretensiones de la demanda y ello, como consecuencia, le impidió recibir la pensión de jubilación a la que, según el actor, tenía derecho por parte del Ministerio de Defensa.

En la referida sentencia objeto de la presente *litis*, el Tribunal de conocimiento estableció que la pensión que ya tenía reconocida y que le era pagada por el ISS proviene de recursos que hacen parte del tesoro público y, en ese sentido, no era posible que el Ministerio de Defensa le reconociera al demandante otra pensión con cargo al mismo rubro, pues ello contraría lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política⁴⁸ y en

⁴⁷ Sobre el particular se puede consultar, entre otras providencias, la proferida por esta Subsección de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 24 de enero de 2019, expediente 40993.

⁴⁸ “Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.



el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992⁴⁹. A su vez, estimó que dicha asignación era incompatible con la pensión ya reconocida, en virtud del artículo 77 del Decreto 1848 de 1969⁵⁰ y el artículo 49 del Decreto 758 de 1990⁵¹.

Es importante destacar que la pensión que fue reconocida al demandante por parte del ISS, se dio en virtud de su carácter de funcionario de Seguridad Social y el cumplimiento de los requisitos que exigía el artículo 19 del Decreto-ley 1653 de 1977 - *régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social que prestan sus servicios al Instituto de Seguros Sociales*⁵², lo que indica que el actor fue funcionario público, devengaba un salario que provenía del erario y estaba a cargo de su empleador cubrir el riesgo de vejez a través de contribuciones para una pensión de jubilación.

Adicionalmente, el demandante estuvo vinculado a la Fuerza Aérea – Ministerio de Defensa Nacional, por período de 20 años, 3 meses y 13 días, por lo que cumplía los requisitos del artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 -*Por el cual se reforma el Estatuto y el Régimen Prestacional del Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional*⁵³-, para el reconocimiento, por parte de dicho ente ministerial, de una pensión de jubilación, la cual se daría con cargo al Tesoro Público, como lo señala expresamente el mencionado articulado.

Sin embargo, no se puede desconocer que en la Resolución No. 1132 de 1995, por la cual el ISS le reconoció al demandante la pensión de jubilación, se estableció en el

⁴⁹ “Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones: (...)”.

⁵⁰ “ARTÍCULO 77.- Incompatibilidades con el goce de la pensión. El disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente de entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, cualesquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1a. de 1963”.

⁵¹ “ARTÍCULO 49. INCOMPATIBILIDAD. Las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre el ISS, son incompatibles:

a) Entre sí;

b) Con las demás pensiones y asignaciones del sector público, y

c) Con las pensiones de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988. Sin embargo, el beneficiario podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas”. Los literales a) y b) del citado artículo fueron declarados nulos por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 3 de abril de 1995, procesos acumulados 5708, 5833 y 5937, C.P. Álvaro Lecompte Luna.

⁵² “Artículo 19. De la pensión de jubilación. El funcionario de seguridad social que haya prestado servicios durante veinte años continuos o discontinuos al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco años si es varón y de cincuenta si es mujer, tendrá derecho al reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación”.

⁵³ “Artículo 98. Pensión de jubilación por tiempo continuo. El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto”.



artículo segundo de la parte resolutive que (se transcribe de forma literal, inclusive con posibles errores):

“El disfrute de esta pensión es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del erario, cualquiera sea la denominación que se adopte para su pago, en obediencia a los artículos: 128, de la Constitución Nacional; 4o., de la Ley 151 de 1959; 77, del Decreto Reglamentario 1848 de 1969; 32, del Decreto 1042 de 1978 y, 19, del Decreto Ley 1653 de 1977, salvo las excepciones legales” (se destaca).

Ello evidencia la imposibilidad por parte del Ministerio de Defensa de reconocerle al demandante una pensión de jubilación, dada la existencia de una incompatibilidad con la pensión reconocida por el ISS, consagrada en dicha resolución, y sobre la cual no se adelantó ningún proceso administrativo o judicial, por lo que goza de todos los atributos de los actos administrativos, en particular, la presunción de legalidad.

Conviene destacar que, si bien la doble vinculación laboral del demandante se dio en razón a que, por su condición de médico, se encontraba incurso en una de las excepciones a la doble asignación proveniente del Tesoro Público, consagrada en el literal b) del artículo 1º del Decreto 1713 de 1960⁵⁴, dicha normativa fue derogada tácitamente por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, el cual conservó una excepción similar en el literal e) frente a *“Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud”*.

En virtud de la mencionada excepción, el demandante percibió dos salarios con cargo al erario y, al momento del reconocimiento pensional, gozó de ese estipendio como exfuncionario del ISS y pudo seguir devengando un salario en el Ministerio de Defensa; sin embargo, tal circunstancia no lo habilitaba para recibir una pensión a cargo del mencionado ministerio, por lo que conviene analizar si, por las circunstancias particulares del demandante, se encontraba incurso en alguna otra de las excepciones que establece el mencionado artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, a saber:

“ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones:

⁵⁴ *“Artículo 1º.- Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación: (...)*

“b) Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos. (...).”



“a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

“b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

“c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

“d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

“e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

“f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;

“g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

“PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades”.

Del citado artículo, a juicio del recurrente, la pensión que iba a recibir por parte del Ministerio de Defensa se enmarca en la excepción del literal b) *-pensión militar-*, argumento que no es de recibo por esta Sala, pues, como está probado en el proceso, la vinculación del actor con dicho ente ministerial se dio por su profesión como médico, es decir, en calidad de personal civil que prestaba sus servicios al Ministerio de Defensa, y no como miembro activo de las fuerza militares.

En las condiciones descritas, es razonable concluir que las pretensiones no están llamadas a prosperar, pues no se demostró que el daño derivado de la sentencia de 2 de abril de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, sea antijurídico, dado que el demandante estuvo vinculado como empleado al ISS y, en tal condición, le fue reconocida una pensión, a través de la Resolución No. 1132 de 1995, que contemplaba una expresa incompatibilidad con otras asignaciones del erario, la cual no fue controvertida, por lo que no era posible que el Ministerio de Defensa reconociera una segunda pensión, conclusión a la que se arribó en el fallo que aquí se censuró.

En virtud de todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia apelada, por las razones expuestas.

6. Condena en costas

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en



Radicación: 76001-23-31-000-2008-00004-01(57629)
Actor: José Gonzalo Guerra Quintero y Dora Salazar de Guerra
Demandado: Nación – Rama Judicial
Referencia: Acción de reparación directa

el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 26 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.