

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente proceso, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001333300420180039802
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARIA ESPERANZA HOYOS HERRERA
DEMANDADO	UGPP

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada el 08 de junio de 2022 (No. 15 expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 24 de mayo de 2022, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10

¹ También CPACA

días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó por estrados el 24 de mayo de 2022.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

La suscrita Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 181 de fecha 10 de octubre de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaría

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente proceso, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001333900720200019102
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	GONZALO - TRUJILLO PLITT
DEMANDADO	LA NACION - MINISTERIO DE EDUCACION F.N.P.S.M.

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada el 07 de octubre de 2021 (No. 18 expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 30 de septiembre de 2021, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10

¹ También CPACA

días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó por estrados el 30 de septiembre de 2021.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

La suscrita Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 181 de fecha 10 de octubre de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaría

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)



VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001333300220200026302
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	DORA INES - TANGARIFE OSORIO
DEMANDADO	LA NACION - MINISTERIO DE EDUCACION F.N.P.S.M.

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 22 de junio de 2022 (No. 27 del expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 06 de junio de 2022, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10

¹ También CPACA

días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 07 de junio de 2022.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 181 de fecha 10 de octubre de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)



VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, siete (07) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-33-003-2019-00402-03
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	GLORIA INES GÓMEZ VALENCIA
DEMANDADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada el 19 de abril de 2022 (No. 16 del expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 28 de marzo de 2022, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10

¹ También CPACA

días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 29 de marzo de 2022.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 181 de fecha 10 de octubre de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17-001-23-33-000-2022-00210-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	RICHARD GÓMEZ VARGAS
DEMANDADO	ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE CALDAS

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la competencia para conocer del medio de control de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor Richard Gómez Vargas, en nombre propio, presentó demanda con la finalidad que se declare la nulidad de unos actos administrativos emitidos dentro de la convocatoria pública para la elección del Contralor General del Departamento de Caldas, Resolución 0477 del 18 de abril de 2022, por medio de la cual se publicó el resultado preliminar de la valoración de antecedentes, y Resolución nro. 0502 del 6 de mayo de 2022, a través de la cual se publicó el resultado definitivo de la valoración de antecedentes. Y, en consecuencia, pidió se restablezcan sus derechos y se condene a la demandada a pagar, en calidad de lucro cesante, la suma de \$683.809.488, equivalente al período de 4 años del contralor, así como los daños morales.

CONSIDERACIONES

El artículo 157 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 32 de la Ley 2080 de 2021, consagra la competencia por razón de la cuantía de la siguiente manera:

ARTÍCULO 157. COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA. *Para efectos de la competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ella pueda considerarse la estimación de los*

perjuicios inmateriales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen.

La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, que tomará en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, causados hasta la presentación de aquella.

Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor.

En el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento.

En asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones.

PARÁGRAFO. *Cuando la cuantía esté expresada en salarios mínimos legales mensuales vigentes, se tendrá en cuenta aquel que se encuentre vigente en la fecha de la presentación de la demanda. (Subrayado fuera de texto).*

Como se informó, con esta demanda se pretende se declare la nulidad de los actos administrativos proferidos dentro de la convocatoria pública para la elección del Contralor General del departamento de Caldas, mediante los cuales se determinó que el accionante no cumplía los requisitos mínimos para desempeñar el mencionado cargo.

En consonancia con lo anterior, la parte actora determinó la cuantía del proceso en la suma de \$683.809.488, que afirmó corresponde al lucro cesante, es decir, a la cantidad de dinero correspondiente a los salarios que percibiría en caso de ser elegido como contralor departamental.

En asuntos como el presente, el Consejo de Estado ha determinado que los mismos no se pueden calificar como si no tuviera cuantía, ya que traen implícito un valor económico, que sería la aspiración salarial a percibir en caso de llegar a ocupar ese cargo para el cual se concursa; y aclara que la cuantía no se puede establecer por el valor monetario correspondiente a esos salarios, como lo hizo la parte actora, ya que estos no se han causado al momento de presentación de la demanda. Así las

cosas, la cuantía debe tasarse en la suma de \$0.00 (cero pesos) para de esta manera acatarse lo establecido en el artículo 157 del CPACA, esto es, que la cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda.

A modo de ejemplo, se cita providencia del Máximo Tribunal Administrativo del 25 de julio de 2022, emitida dentro del proceso con radicado 11001-03-25-000-2022-00371-00 (3449-2022) en la cual se explicó lo siguiente:

A título de ejemplo, en aquellos procesos de nulidad y restablecimiento del derecho donde se pretende la inclusión o exclusión de las listas de elegibles, derivadas de un concurso de mérito, se ha considerado que esas demandas no carecen de cuantía, al concluir que la nulidad de los actos atacados determina un eventual nombramiento, lo que se traduce en que el valor implícito de ese asunto lo constituye la aspiración salarial para el cargo que la parte demandante concursó en carrera administrativa. Esta misma pauta puede señalarse incluso si se discuten temas relacionados con la permanencia o no, en las diferentes etapas del concurso.

En auto de importancia jurídica¹ proferida por esta Sección, se abordó este tema bajo los siguientes lineamientos:

Como viene expuesto, en el presente caso el accionante señala, que su demanda carece de cuantía, pero al revisar la demanda y su escrito de adición, de manera íntegra y en detalle, la Sala encuentra, que una de sus pretensiones comprende la aspiración de que se restablezca su derecho, cuando solicita que se ordene a la PGN que lo incluya en la lista de elegibles en el lugar que de acuerdo a sus méritos le corresponda, y que si su ubicación en dicha lista lo permite, la nombren en periodo de prueba como Procurador Judicial II en Asuntos Penales, y que en consecuencia, se le paguen los salarios y prestaciones sociales dejadas se percibir.

Ello conlleva implícito un innegable contenido económico o patrimonial, que, de concretarse a favor del demandante, le significaría un evidente resarcimiento monetario.

Así las cosas, no tiene razón la apoderada judicial del actor cuando asegura que el presente pleito carece de cuantía, por lo que, en aplicación del artículo 157 de la Ley 1437 de 2011, antes transcrito, su estimación

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto de importancia jurídica del 31 de octubre de 2018, bajo el radicado número 110010325000201600618 00 (3218-2016); demandante: Domingo Rafael García Pérez.

razonada constituye para la parte demandante una inexcusable carga u obligación procesal.

Establecido entonces, que en el presente caso la demanda contiene una pretensión de restablecimiento del derecho de estirpe económica o patrimonial, es claro para la Sala que este asunto sí tiene cuantía, por lo que no hay lugar a dar aplicación al inciso 1.º del numeral 2.º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, [...].

La premisa principal de la anterior providencia, que se quiere retomar ahora, es que como la demanda lleva implícita una posibilidad de restablecimiento de carácter económico pasible de ser cuantificable, así la misma no se haya planteado como pretensión en la demanda, debe ser un elemento para estimar razonadamente la cuantía.

Lo expuesto quiere decir, que en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del CPACA, el restablecimiento conlleva dos tópicos: i) la restitución del derecho subjetivo amparado en una norma jurídica que se estima conculcado (inclusión o exclusión de la lista o registro de elegibles o la posibilidad de continuar en las etapas en el marco de un concurso de méritos, traslados de sedes, modificación o corrección de hojas de servicios, cambio de conceptos en actas de juntas médico laborales, por mencionar algunos ejemplos) y ii) el resarcimiento de carácter económico (expectativa salarial, emolumentos dejados de percibir, diferencias salariales o prestacionales, reconocimiento y retroactivo pensional e incluso perjuicios inmateriales).

Se insiste entonces, que en el caso de pretensiones de restablecimiento del derecho cuantificables en dinero, estas pueden o no consignarse en la demanda, pero en todo caso deberán reflejarse en el acápite de la cuantía, en aplicación a la regla prevista en el artículo 157 del CPACA, referida a que no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento.

En consecuencia, a pesar de que la parte demandante considere que el medio de control carece de cuantía y advierta que la competencia corresponde al Consejo de Estado, lo cierto es que, en caso de que se evidencie una aspiración de restablecimiento diferente al mismo derecho reclamado, esto es, un valor implícito de contenido económico o patrimonial es deber del sujeto procesal ponderarlo en el capítulo de estimación de la cuantía.

En síntesis, se concluye que:

a) Una demanda tiene cuantía cuando de la nulidad pretendida se desprenda un beneficio económico, indistintamente que la parte demandante lo reclame o no, a través de la demanda.

b) Un asunto carece de cuantía cuando de la extracción del mundo jurídico del acto objeto de enjuiciamiento no conlleva, en ningún momento, a un restablecimiento de índole patrimonial.

Lo anterior posición, que acoge este despacho, permite inferir que la cuantía de este proceso es de \$0.00 (cero pesos), ya que, aunque puede advertirse un restablecimiento económico, el mismo no se ha causado al momento de presentación de la demanda, como ya se mencionó.

El artículo 155 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 30 de la Ley 2080 de 2022, dispone que los Juzgados Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos:

Los juzgados administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

1. De la nulidad contra actos administrativos expedidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas o entidades de derecho privado que cumplan funciones administrativas en el mismo orden. Se exceptúan los de nulidad contra los actos administrativos relativos a impuestos, tasas, contribuciones y sanciones relacionadas con estos asuntos, cuya competencia está asignada a los tribunales administrativos.

2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, sin atención a su cuantía.

3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos de cualquier autoridad, cuya cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...).

De acuerdo a lo anterior, este proceso es una nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto administrativo emitido por una entidad del orden departamental, cuya cuantía es inferior a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que al tenor del numeral 3 de la norma reproducida, la competencia

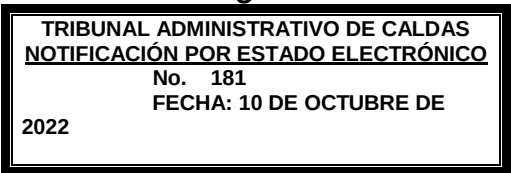
radica en primera instancia en los Juzgados Administrativos del Circuito; por lo que se ordenará remitir el expediente a la Oficina Judicial para que este sea repartido entre estos, como un asunto de su competencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas

RESUELVE

1. **DECLARAR** la falta de competencia para conocer de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró **RICHARD GÓMEZ VARGAS** en contra de **LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE CALDAS**.
2. Por Secretaría **ENVIAR** el expediente a la Oficina Judicial de esta ciudad para que sea repartido entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales como un asunto de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



Firmado Por:
Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: 0252f425d88c86fb5ce92bb5d22193564ed47407f59b9511f634befce957c0d9

Documento generado en 07/10/2022 11:27:27 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Escritural de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 152

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-31-008-2012-00025-03
Demandante:	Julián Andrés Blandón Colorado
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº
038 del 30 de septiembre de 2022**

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 133 y 181 del Código Contencioso Administrativo (CCA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia del veintinueve (29) de julio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Julián Andrés Blandón Colorado contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 22 de marzo de 2012², se solicitó lo siguiente³:

Pretensiones

¹ En adelante, CCA.

² Página 1 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ Páginas 6 y 8 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

1. Que se declare la nulidad de la Resolución nº 03439 del 21 de septiembre de 2011, con la cual el Director General de la Policía Nacional retiró al señor Julián Andrés Blandón Colorado del servicio activo de dicha institución, por disminución de la capacidad psicofísica.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se reintegre al accionante a la entidad al mismo cargo que venía desempeñando o a otro de superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio, con retroactividad al 23 de septiembre de 2011, fecha de notificación del retiro.
3. Que se condene a la demandada a pagar al demandante todas las sumas correspondientes a los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, inherentes a su cargo, desde el retiro hasta cuando sea reincorporado al servicio activo, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieran decretado con posterioridad a la declaratoria de su desvinculación de la Policía Nacional.
4. Que se condene a la parte accionada a pagar a favor del accionante el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales.
5. Que se ordene actualizar la sentencia de conformidad con lo previsto por el artículo 178 del CCA, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de la desvinculación hasta la de reintegro del actor.
6. Que se declare que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios desde el momento en que el accionante fue retirado del servicio activo hasta cuando sea efectivamente reintegrado.
7. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del CCA.
8. Que se ordene a la parte accionada a liquidar todos los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 177 del CCA, en el evento de no efectuar el pago en forma oportuna.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo

siguiente⁴:

1. El señor Julián Andrés Blandón Colorado fue nombrado por el Director General de la Policía Nacional en el grado de patrullero, el cual ejerció con idoneidad y honestidad hasta el 23 de septiembre de 2011, cuando le notificaron el retiro del servicio activo por disminución de la capacidad psicofísica, a través del Decreto (sic) 03439 del 21 de septiembre de 2011.
2. Al momento de la notificación de su retiro, el señor Julián Andrés Blandón Colorado estaba laborando en el Departamento de Policía de Caldas, acreditando un tiempo de servicio de 6 años, 11 meses y 28 días.
3. El 21 de julio de 2008 a las 9:00 a.m., el señor Julián Andrés Blandón Colorado se desplazaba en motocicleta de su propiedad en la vía que de Quibdó conduce a Pereira, a disfrutar de permiso autorizado por la Dirección de Carabineros y Seguridad Rural.
4. En el recorrido, a la altura del corregimiento Playa Oro, al pasar por encima de una lámina, ésta se metió en el rin delantero de la moto, lo que provocó que el conductor perdiera el control del vehículo y cayera al piso, sufriendo una fractura en el brazo izquierdo parte del tercio distal.
5. El señor Julián Andrés Blandón Colorado viajaba en compañía de otro patrullero de nombre Jhon Edison López Hurtado, el cual resultó ileso.
6. El señor Julián Andrés Blandón Colorado inició su recuperación y el 21 de octubre de 2008 reinició sus labores en la contraguerrilla de la Policía, ubicada en Quibdó, siendo nombrado como conductor de un camión marca Chevrolet 3000 de siglas 14147 de propiedad de la Policía Nacional, en el cual movilizaba a la contraguerrilla por toda la jurisdicción de Chocó.
7. El señor Julián Andrés Blandón Colorado prestó sus servicios como conductor y miembro de la contraguerrilla llamada técnicamente ENCAR hasta el 11 de marzo de 2009, fecha en la que toda la contraguerrilla fue trasladada a Bogotá.

⁴ Páginas 2 a 6 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

8. A partir del 12 de marzo de 2009 y hasta el 21 de septiembre de 2009, el señor Julián Andrés Blandón Colorado se desempeñó como conductor del mismo vehículo referido y en la condición de miembro del grupo de contraguerrilla.
9. El 21 de septiembre de 2009, el señor Julián Andrés Blandón Colorado fue trasladado nuevamente a prestar servicios como radio operador en el Centro Automático de Despacho (CAD) del Departamento de Policía de Caldas.
10. El 23 de septiembre de 2011, el señor Julián Andrés Blandón Colorado fue notificado de su retiro de la institución.
11. Durante el tiempo que el señor Julián Andrés Blandón Colorado laboró en el Escuadrón de Carabineros y Seguridad Rural (ENCAR), esto es, en la contraguerrilla, no tuvo ninguna novedad que afectara el servicio policial y/o moral institucional. Por lo contrario, fue felicitado, le hicieron buenas anotaciones en su folio de vida y fue calificado con 1.200 puntos.
12. Con ocasión de las lesiones sufridas por el señor Julián Andrés Blandón Colorado, se inició informativo prestacional el 31 de diciembre de 2008.
13. El 14 de julio de 2009, las lesiones fueron calificadas como en el servicio pero no por causa y razón del mismo; decisión que fue notificada el 6 de agosto de 2009.
14. El 4 de febrero de 2011, la Junta Médico Laboral de la Policía Nacional determinó una disminución de la capacidad laboral del señor Julián Andrés Blandón Colorado de un 26.70%, declarándolo no apto para el servicio pero con reubicación laboral, es decir, continuó en labores administrativas.
15. El señor Julián Andrés Blandón Colorado apeló la calificación dada, la cual fue modificada a 69.45% el 26 de julio de 2011 por el Tribunal Médico Laboral, considerándolo no apto para la actividad policial. Esta decisión le fue notificada al accionante el 10 de agosto de 2011 y por dicha calificación, el demandante fue retirado del servicio.
16. Al momento del retiro del servicio, el señor Julián Andrés Blandón Colorado tenía una asignación salarial de \$1'939.553,40, correspondiente al mes de septiembre de 2011.

17. Con el retiro del que fue objeto el accionante, se le impidió injustificadamente la continuación de su carrera policial y, por ende, tener un medio de subsistencia acorde al grado que tenía de patrullero, lo cual incide en el sostenimiento económico de su cónyuge e hijo.
18. Con la decisión de retiro, se le negó al actor la oportunidad de continuar en la institución policial y de ascender al grado inmediatamente superior de subintendente. Lo anterior causó un inevitable daño moral y material.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones⁵: Constitución Política: artículos 25 y 90; y CCA: artículo 84 –inciso 2º–.

Manifestó que el señor Julián Andrés Blandón Colorado debió haber sido reubicado laboralmente en el área administrativa, máxime si ya llevaba dos años prestando sus servicios en la citada área sin ningún contratiempo y siendo calificado con el mayor puntaje. Acotó que la limitación en su mano izquierda no le impedía laborar como radio operador.

Por lo anterior, consideró que el acto atacado fue expedido con falsa motivación, pues el desempeño laboral del señor Julián Andrés Blandón Colorado demuestra que es apto para el servicio.

Expuso que la ausencia de un motivo indica que no se persigue un fin de interés público sino otro inconfesable que se quiere disfrazar o simplemente que el funcionario obró por capricho, es que es una desviación de la potestad discrecional.

Indicó que el retiro del servicio activo de la Policía por voluntad del Gobierno Nacional se hace en ejercicio de una facultad discrecional y se supone que se trata de un acto expedido en beneficio del servicio público.

No obstante lo anterior, en este caso la Policía Nacional desvinculó al actor injustamente, pues pudo haberlo reubicado en labores administrativas. En ese sentido, tal decisión configura una desviación de poder.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

⁵ Páginas 8 a 18 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Actuando debidamente representada y dentro del término legal correspondiente, el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional respondió la demanda promovida⁶, en los siguientes términos.

Adujo que el retiro del servicio del accionante se dictó en aplicación de los artículos 54 –inciso 1º– y 55 –numeral 3– del Decreto 1791 de 2000, cuya constitucionalidad fue analizada por la Corte Constitucional, quien manifestó que los miembros de la Policía Nacional deben reunir condiciones de aptitud para desempeñar las funciones que le son propias; y que no todos los excusados del servicio son aptos para desarrollar actividades de docencia, instrucción o administrativas, pues aunque no requieren esfuerzo físico, sí necesitan un estado mental óptimo.

Precisó que el acta del Tribunal Médico Laboral no recomendó la reubicación laboral del actor, y que ésta se encuentra condicionada, conforme al artículo 59 del Decreto 1791 de 2000, a que las capacidades del miembro de la Policía puedan ser aprovechadas en actividades que demanden conocimientos en computación, contabilidad y demás asuntos, o en su defecto para ser docente o instructor; requisitos que no están acreditados en el expediente.

LA SENTENCIA APELADA

El 29 de julio de 2019, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia⁷, con la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en tanto: **i)** declaró la nulidad del acto atacado; **ii)** como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordenó reintegrar al accionante y a pagarle los salarios y demás emolumentos que hubiera dejado de percibir desde su retiro hasta cuando fuera reintegrado, sin poder exceder de 24 meses ni ser inferior a 6 meses, descontando la retribución que hubiera devengado por cualquier concepto laboral; **iii)** dispuso actualizar la suma a reconocer; **iv)** declaró que no había existido solución de continuidad en los servicios prestados por el actor para todos los efectos legales y en particular para los laborales y prestacionales; **v)** negó el reconocimiento de perjuicios morales; y **vi)** condenó en costas a la parte accionada. Lo anterior, con fundamento en las consideraciones que se indican a continuación.

Inicialmente, la Juez *a quo* se refirió al régimen de carrera en la Policía Nacional y al retiro por disminución de la capacidad psicofísica.

⁶ Páginas 164 a 174 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ Archivo nº 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

A continuación, expuso que luego del accidente de tránsito del 21 de julio de 2008, el accionante continuó desempeñándose con eficiencia en sus labores, obteniendo buenas calificaciones en su desempeño laboral, ocupándose en el manejo de un vehículo oficial sin que se anotara dificultad que permitiera concluir dificultades físicas en el desarrollo de tal actividad.

Por lo anterior, la Juez de primera instancia consideró que el accionante sí contaba con la capacidad física para desempeñarse como patrullero de la Policía Nacional, pues su mano izquierda se encuentra en condiciones normales y la limitación leve para extender completamente la muñeca no constituye una perturbación funcional de tal entidad que lo incapacite para ejercer sus funciones.

Estimó que al desvirtuarse la existencia de la discapacidad severa, desaparecía el fundamento del acto administrativo atacado.

Sostuvo la Juez *a quo* que los perjuicios morales no habían sido acreditados por la parte actora y, en tal sentido, no era procedente su reconocimiento.

Finalmente condenó en costas a la parte demandada, manifestando que se habían generado gastos procesales.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte actora y la entidad demandada interpusieron recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, de la manera que se indica a continuación.

Parte demandante⁸

Solicitó revocar el ordinal segundo de la providencia, en punto a la limitación impuesta para el pago de la indemnización, esto es, que no sea inferior a 6 meses ni superior a 24 meses.

Adujo que tal limitación se torna contraria a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencias SU-917 de 2010, SU-556 de 2014, SU-053 y SU-054 de 2015, pues en estas providencias no se estableció que dicha restricción aplicara para miembros de la Fuerza Pública, sino para empleados vinculados en cargos de carrera en condiciones de provisionalidad.

⁸ Páginas 143 a 149 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

En ese sentido, consideró que el accionante tiene derecho a que se le paguen todos los emolumentos dejados de percibir desde su retiro hasta el día en que sea reintegrado.

Parte demandada⁹

Sostuvo que no toda persona que tenga disminución de capacidad psicofísica debe ser retirada de la Policía Nacional, pues para ello se requiere que las autoridades competentes, esto es, la Junta Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral, realicen la valoración correspondiente y establezcan si no existe capacidad alguna aprovechable en actividades administrativas, docentes o de instrucción propias de la institución.

Expuso que para el caso concreto el Tribunal Médico Laboral, al efectuar la valoración de la disminución de la capacidad psicofísica del accionante, llegó a la conclusión definitiva que no era apto y que era improcedente su reubicación laboral.

En ese sentido, estimó que ante la existencia de un concepto pericial emitido por las autoridades médico laborales competentes, la Policía Nacional se limitó a proferir un acto de ejecución o de materialización de la causal de retiro, que no genera vulneración alguna de derechos fundamentales del accionante.

Expuso que el reintegro del actor sería contrario a la ley, toda vez que no tiene concepto favorable para ello y habría que reintegrarlo sin asignarle funciones, pues es imposible legal y materialmente destinarlo a labores administrativas y menos en funciones operativas.

Manifestó que es preocupante la responsabilidad que con ocasión del fallo tendría la Policía Nacional en la merma de la capacidad psicofísica del actor, y en las actuaciones que un funcionario no apto pudiera generar, poniendo en riesgo a la comunidad al mantener en el servicio activo a una persona en tales condiciones.

Adujo que debe tenerse en cuenta que para ocupar cargos de carácter administrativo dentro de la Policía Nacional, se requiere una serie de aptitudes académicas que permitan desarrollar la labor con conocimientos idóneos.

⁹ Páginas 151 a 161 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

Señaló que el perfil del señor Julián Andrés Blandón Colorado era el indicado para desarrollar acciones preventivas y disuasivas de delitos y contravenciones en el marco de la coordinación y corresponsabilidad para la prestación del servicio de policía integral.

Indicó que para la reubicación del actor en labores de docencia se hubiera requerido que el actor tuviera por lo menos un diplomado en docencia o instrucción, pero aquél no tenía tales conocimientos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante¹⁰

Intervino para ratificarse en la demanda, en los alegatos de conclusión de primera instancia y en el recurso de apelación, allegando precedente del Consejo de Estado.

Parte demandada¹¹

Reiteró algunos de los planteamientos hechos en el recurso de apelación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 15 de diciembre de 2020¹², correspondiendo su conocimiento al Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes, a cuyo Despacho fue allegado el 17 de febrero de 2021¹³.

Admisión y alegatos. Por auto del 17 de febrero de 2021 se admitieron los recursos de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia¹⁴. Dentro del término otorgado, ambas partes alegaron de conclusión¹⁵. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

¹⁰ Archivo nº 06 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹¹ Archivo nº 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹² Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 03 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 03 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁵ Archivos nº 05 y 06 del cuaderno 2 del expediente digital.

Devolución expediente. Con auto del 9 de julio de 2021¹⁶, el Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes ordenó devolver el expediente a la Oficina Judicial de esta ciudad, a fin de que realizara el reparto del mismo entre los magistrados que conocen del sistema escritural.

Nuevo reparto. Efectuado nuevamente el reparto el 6 de agosto de 2021¹⁷, el conocimiento del asunto correspondió al Magistrado Ponente de esta providencia, a cuyo Despacho fue allegado el 9 de septiembre del mismo año¹⁸.

Paso a Despacho para sentencia. El 9 de septiembre de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia¹⁹, la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquellos fueron formulados.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

- *¿Se encuentra ajustada a derecho la decisión de retirar del servicio activo de la Policía Nacional al señor Julián Andrés Blandón Colorado por disminución de su capacidad psicofísica?*
- *En caso negativo, ¿el demandante tiene derecho al reintegro al cargo solicitado, con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos acreditados; **ii)** marco normativo y jurisprudencial acerca del retiro del servicio activo por disminución en la capacidad psicofísica en la Policía Nacional; y **iii)** examen del caso concreto.

¹⁶ Archivo nº 08 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁷ Archivo nº 11 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁸ Archivo nº 12 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁹ Archivo nº 12 del cuaderno 2 del expediente digital.

1. Hechos acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

- a) De acuerdo con el extracto de historia laboral del señor Julián Andrés Blandón Colorado²⁰, éste ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional el 6 de septiembre de 2004, en el grado de Patrullero.
- b) Tal como obra en el libro para minuta de franquicias al personal de los escuadrones móviles de carabineros del Departamento de Policía de Chocó²¹, al señor Julián Andrés Blandón Colorado le fue autorizado permiso desde el 21 de julio de 2008 hasta el 31 de julio del mismo año.
- c) A través de Oficio n° 5869 / EMCAR DECHO del 4 de noviembre de 2008²², el Jefe del Almacén y Armerillo de la EMCAR DECHO informó al Comandante del Departamento de Policía de Chocó que el 21 de julio de 2008 a las 9:00 a.m. aproximadamente, el patrullero Julián Andrés Blandón Colorado se desplazaba en motocicleta de su propiedad de marca YAMAHA 80, placas YWU45, con destino a su residencia ubicada en el casco urbano de Anserma, para disfrutar de 10 días de permiso autorizados por la Dirección de Carabineros y Seguridad Rural. Indicó que a la altura del corregimiento Playa de Oro, en la vía que conduce de Quibdó a Pereira, el patrullero cogió una lámina con la llanta delantera de la moto y aquella se introdujo en los radios de ésta, ocasionando que el vehículo se levantara en la parte trasera y el conductor cayera inmediatamente. Manifestó que la caída le produjo una fractura en el brazo izquierdo en tercio distal con osteosíntesis y lesiones menores. Precisó que el patrullero de nombre Jhon Edison López Hurtado, con el que viajaba el señor Julián Andrés Blandón Colorado, logró que a su compañero lo atendieran en el Hospital de Anserma y del cual fue remitido a la Clínica Las Camelias en Manizales.
- d) En Informativo Prestacional por Lesiones n° 061/2008 del 14 de julio de 2009²³, el Comandante del Departamento de Policía de Chocó calificó el accidente sufrido por el patrullero Julián Andrés Blandón Colorado como ***“EN EL SERVICIO PERO NO POR CAUSA Y RAZON (sic) DEL MISMO, ES DECIR, ENFERMEDAD Y/O ACCIDENTE COMUN (sic)”***,

²⁰ Páginas 235 a 240 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹ Páginas 58 a 62 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²² Páginas 42 y 43 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³ Páginas 46 a 50 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

de conformidad con el literal a) del artículo 24 del Decreto 1796 de 2000.

- e) La anterior decisión fue notificada al señor Julián Andrés Blandón Colorado el 6 de agosto de 2009²⁴.
- f) Según consta en el libro para minuta de anotación de control de alojamiento de los escuadrones móviles de carabineros del Departamento de Policía de Chocó²⁵, el señor Julián Andrés Blandón Colorado se encontraba laborando en tal dependencia, atendiendo algunas anotaciones realizadas por aquél para 2009.
- g) De conformidad con el libro para radicar los servicios diarios realizados por el EMCAR 19 y 20 del Departamento de Policía de Chocó²⁶, el señor Julián Andrés Blandón Colorado se incluyó como conductor para el 17 de febrero de 2009 en servicio de apoyo a vigilancia en el área urbana de Quibdó.
- h) Para marzo de 2010 y febrero de 2011, el señor Julián Andrés Blandón Colorado se encontraba laborando en la Dirección de Talento Humano y en el Centro Automático de Despacho (CAD) del Departamento de Policía de Caldas, respectivamente²⁷.
- i) Consta en el Acta de Instrucción n° 057 COMAN – DECAL del 20 de octubre de 2010²⁸, y en las respectivas planillas de asistencia²⁹ y de calificación³⁰, que el señor Julián Andrés Blandón Colorado aprobó la capacitación para manejo de pistola SIG SAUER SP2022.
- j) De conformidad con la ficha académica del señor Julián Andrés Blandón Colorado en el Sistema de Información para la Gestión Académica (SIGAC) de la Dirección Nacional de Escuelas de la Policía Nacional³¹, se encuentra acreditado que aquel realizó técnico profesional en servicio de policía y además aprobó los siguientes seminarios, conferencia y taller entre el 4 de enero de 2008 y el 26 de septiembre de 2011: pedagogía y técnicas operacionales contra grupos armados ilegales, actualización institucional para el efectivo desempeño policial, manejo de pistola para el servicio policial con énfasis en el

²⁴ Página 44 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵ Páginas 52 a 57 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶ Páginas 63 y 64 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷ Páginas 68 a 70 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁸ Páginas 13 a 18 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁹ Páginas 17 y 19 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁰ Páginas 21 y 230 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

³¹ Página 23 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

modelo SIG SAUER, ética y proyecto de vida, sensibilización y motivación policial y actualización jurídica.

- k) Tal como se extrae de los Formularios de Evaluación del Desempeño Policial correspondientes al señor Julián Andrés Blandón Colorado³², éste fue evaluado por el período comprendido entre el 1º de enero de 2011 y el 23 de septiembre del mismo año, como radioperador del CAD, con un puntaje de 1.200, esto es, en rango “SUPERIOR”.
- l) Según se informa en Oficio n° S-2013-127653-DIJIN/ASJUD 41.1 del 18 de abril de 2013 de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional³³, y en Oficios n° S-2013-125142/INSGE - JUPEM del 6 de mayo de 2013³⁴ y n° S-2013-141287 -INSGE – GUSEC – 38.10 del 22 de mayo de 2013³⁵ de la Inspección General de la Policía Nacional, el señor Julián Andrés Blandón Colorado no registra investigaciones disciplinarias, administrativas ni penales entre enero y septiembre de 2011.
- m) En Acta n° 46 de Junta Médico Laboral de Policía del 4 de febrero de 2011³⁶, luego de efectuar examen psicofísico al señor Julián Andrés Blandón Colorado, se indicó que a raíz del accidente ocurrido, aquél presentaba artrosis postraumática de radio, pérdida de flexión y extensión de muñeca en un 50%, pérdida de pronosupinación, sensibilidad en zona palmar y pérdida de agarre.

Concluyó la Junta Médico Laboral de Policía que las lesiones y secuelas del patrullero eran las siguientes: “*FRACTURA DE RADIO IZQUIERDO QUE DEJA COMO SECUELA ALTERACION (sic) DE LOS MOVIMIENTOS DEL PUÑO*”, “*LIMITACION (sic) DE LOS MOVIMIENTOS DE PRONOSUPINACION (sic) DEL ANTEBRAZO*” y “*ESCORIACION (sic) QUE DEJA COMO SECUELA CICATRIZ NO QUIRURGICA (sic) EN GLUTEO (sic) IZQUIERDO*”.

Por lo anterior, se determinó que el señor Julián Andrés Blandón Colorado tenía una disminución de la capacidad laboral del 26,70%, que le significaba una incapacidad permanente parcial, calificándolo como “NO APTO”, pero con reubicación laboral en labores administrativas.

³² Páginas 72 a 82 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³³ Página 24 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁴ Página 241 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁵ Página 254 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁶ Páginas 83 a 85 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

- n) La decisión adoptada por la Junta Médico Laboral de Policía le fue notificada al señor Julián Andrés Blandón Colorado el 28 de febrero de 2011³⁷.
- o) El señor Julián Andrés Blandón Colorado solicitó la convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, pidiendo que: *“1. Obre el acto administrativo concepto médico – científico que demuestre si es o no susceptible de recuperación las patologías que padezco. 2. Se modifique los numerales 1-094, 1-092 y 10-004 de grado mínimo a grado medio conforme a los conceptos del especialista “ORTOPEDIA” que da cuenta que las mismas tienen un grado de limitación moderado y sean valoradas y calificadas como principal y/o diestro al tenor de la NOTA del artículo 77 SECCIÓN G-MIEMBROS SUPERIORES y se adicionen los numerales, 4-190 y 4-193 y 10-051 al tenor de los artículos 80 y 86 de la norma ídem y conforme a los antecedentes obrantes en mi historia médica. 3. Se ratifique en la sugerencia de REUBICACIÓN LABORAL al tenor de la Sentencia C-671 de la Honorable Corte Constitucional, al poseer las aptitudes, cualidades, capacidades y perfil profesional para desempeñar cargos de carácter logístico-administrativo y/o docencia”*³⁸.

En la sesión del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, se dejó constancia de que el señor Julián Andrés Blandón Colorado se ratificaba en la solicitud de convocatoria hecha, agregando que: *“La inconformidad está dada porque le calificaron la mano como si fuera no dominante y es la mano con la que yo laboraba. Se me ha dificultado escribir y hacer las cosas con la mano izquierda.”* Manifiesta que sufrió accidente en moto (...) fue operado y le colocaron material de osteosíntesis durante 1 mes y medio y después estuvo 1 mes en rehabilitación y posteriormente otra cirugía para retiro del material; continuó en controles por ortopedia y en el 2010 el ortopedista le informó que ya no le podía hacer más tratamientos en la mano izquierda. Refiere que aprendió a escribir y a hacer todo con la mano derecha. Manifiesta que la mano izquierda no le sirve para nada y la mantiene con un inmovilizador”³⁹.

- p) En Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía n° 624 del 26 de julio de 2011⁴⁰, consta que se efectuó nuevamente examen psicofísico al señor Julián Andrés Blandón Colorado, en el cual se encontró: *“(...) cicatriz quirúrgica de 7 cm en cara anterior de antebrazo*

³⁷ Página 87 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁸ Página 89 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁹ Página 91 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁰ Páginas 89 a 93 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

izquierdo en tercio distal; cicatriz quirúrgica de 2 cm en cara dorsal región tenar mano izquierda, cicatriz quirúrgica de 2.5 cm cara externa en tercio distal de antebrazo izquierdo, limitación marcada para pronosupinación del antebrazo izquierdo, limitación para palmiflexión y dorsiflexión de muñeca izquierda. Permanente actitud en flexión de los dedos de la mano izquierda. Atrofia leve de los interóseos de la mano izquierda, leve atrofia en región tenar e hipotenar mano izquierda. No se evidencia alteración en la temperatura de las manos, no hay cambio de sudoración, perfusión distal bilateral conservada. Fuerza mano derecha 5/5 izquierda 2/5, disminución marcada de la fuerza de agarre de la mano izquierda. Ausencia de supinación de antebrazo izquierdo. No agarre a mano llena. Perímetros de antebrazos de tercio distal: derecho 16.5 cm, izquierdo 16 cm. No realiza pinza en mano izquierda. Refiere hipoestesia en región tenar e hipotenar mano izquierda. Presenta cicatriz hipopigmentada de 1 cm en glúteo izquierdo”.

Con base en los anteriores resultados, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía concluyó que:

1. *Al examen físico practicado en este organismo, se evidencia que presenta un severo compromiso funcional de la mano izquierda, que como refiere, era su mano dominante, por lo que se decide asignar lo correspondiente a pérdida funcional de la mano izquierda.*
2. *Asimismo, durante el examen se evidencia que presenta una limitación severa a los movimientos de pronosupinación del antebrazo izquierdo, por lo que se asigna lo correspondiente.*
3. *Con relación a la reubicación laboral, el señor patrullero manifiesta que se encuentra desempeñándose en las cámaras de vigilancia para lo que recibió una capacitación durante 80 horas, así como también refiere que recibió un diplomado en atención al ciudadano. Refiere que su grado de escolaridad es Bachiller y que no ha realizado más estudios. Este organismo médico laboral considera que el señor patrullero no cuenta con sugerencia de reubicación laboral favorable, teniendo en cuenta que la limitación severa en la funcionalidad de la mano izquierda lo imposibilita para realizar actividades administrativas, de docencia o de instrucción. Sumado a la limitación física, el señor patrullero no ha realizado estudios o capacitaciones en áreas antes mencionadas, condición que tampoco favorece la reubicación laboral. Por lo tanto, no se sugiere la reubicación laboral.*

Por lo anterior, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía resolvió modificar las conclusiones de la Junta Médico Laboral y, en su lugar, establecer que el señor Julián Andrés Blandón Colorado presentaba una disminución de la capacidad laboral del 69,45%, que le

significaba una incapacidad permanente parcial, siendo calificado como *“NO APTO PARA ACTIVIDAD POLICIAL”*, y sin posibilidad de reubicación laboral.

- q) La referida determinación fue notificada al señor Julián Andrés Blandón Colorado el 10 de agosto de 2011⁴¹.
- r) De conformidad con lo expuesto en el Acta n° 624 del 26 de julio de 2011 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el Director General de la Policía Nacional expidió Resolución n° 03439 del 21 de septiembre de 2011⁴², con la cual retiró del servicio activo al señor Julián Andrés Blandón Colorado por disminución de su capacidad psicofísica.
- s) El citado acto fue notificado al señor Julián Andrés Blandón Colorado el 23 de septiembre de 2011⁴³.
- t) Con Resolución n° 00789 del 22 de junio de 2012⁴⁴, el Subdirector General de la Policía Nacional reconoció indemnización a favor del señor Julián Andrés Blandón Colorado y otros, por incapacidad relativa y permanente. Como consecuencia de ello, el accionante recibió la suma de \$32'625.310,64⁴⁵.
- u) A través de Oficio n° S-2013-148701 / ARGEN – GRAUS – 22 del 27 de mayo de 2013⁴⁶, expedido por la Secretaría General de la Policía Nacional, se informó que en la historia laboral del accionante no figuran diplomas, certificaciones o documentos que den cuenta de que aquel hubiera realizado cursos de contabilidad, cómputo o curso de carácter exógeno a la prestación de servicio policial que lo habilitara para efectuar funciones administrativas o de orientación docente en la institución.
- v) A solicitud de la parte actora y con el fin de determinar si el señor Julián Andrés Blandón Colorado presentaba perturbación funcional en su mano izquierda que le impidiera realizar disparos con arma de fuego, el Juzgado de conocimiento decretó la práctica de un dictamen pericial, el cual fue allegado el 26 de abril de 2013 por parte del perito Nelson Salazar Uribe, perteneciente al Instituto Nacional de Medicina

⁴¹ Página 94 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴² Páginas 39 y 40 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴³ Página 41 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁴ Página 217 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁵ Página 219 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁶ Página 2 del archivo n° 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

Legal⁴⁷.

Como conclusión del dictamen, el perito indicó que el señor Julián Andrés Blandón Colorado tenía una perturbación funcional de órgano de la aprehensión de la mano izquierda, de carácter permanente, que lo limitaba en forma notoria y ostensible para realizar disparos con arma de fuego mediante dicha mano.

A raíz de la objeción por error grave presentada por la parte actora contra el referido dictamen, en Oficio nº 009 – UBA – 2014 del 21 de enero de 2014⁴⁸, el citado perito precisó al Juzgado de conocimiento que no contaba con la especialidad de médico ortopedista especializado en mano, que tampoco había realizado pruebas de esfuerzo para verificar el movimiento y limitación en la mano del señor Julián Andrés Blandón Colorado, y que para dar su concepto se había basado en las valoraciones efectuadas por los médicos ortopedistas de la Clínica Las Camelias de Manizales.

- w) Con el fin de resolver la objeción por error grave propuesta por la parte accionante, el Juzgado de primera instancia decretó la práctica no sólo de un nuevo dictamen pericial, sino también de una electromiografía que habría de ser analizada por el nuevo perito.

La electromiografía realizada por la Dra. Marta Lucía Ángel P.⁴⁹, arrojó como resultado el siguiente:

INTERPRETACION (sic)

Latencias sensitivas normales

Latencias distales motoras normales.

Amplitud de los potenciales sensitivos y motores normales

Velocidades de conducción normales

EMG: Actividad de inserción normal. Sin signos activos de denervación.

Unidades motoras normales.

CONCLUSIÓN

Estudio normal

En el dictamen rendido por el perito Ricardo Pacheco Soler⁵⁰, manifestó que solamente encontraba cicatrices y limitación leve para la extensión completa de la muñeca, unos 15° en relación con la muñeca

⁴⁷ Páginas 31 a 33 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁸ Página 242 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁹ Páginas 270 a 272 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁰ Páginas 274 y 275 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

contralateral.

Indicó que no encontraba limitación neuromuscular, que las pruebas de movimiento, fuerza y sensibilidad eran normales, comparativamente entre ambas manos.

Estimó que la leve limitación en la extensión de la muñeca no lo limitaba para funciones, y que podía laborar normalmente.

Sugirió que fuera evaluado en un polígono para determinar si podía o no realizar disparos con armas de fuego, ya que médicamente pensaba que los podía efectuar a octubre de 2015.

- x) Atendiendo lo señalado por el perito, el Juzgado de primera instancia accedió a que se le realizara al señor Julián Andrés Blandón Colorado una prueba de polígono.

Dicha prueba fue efectuada el 9 de mayo de 2017 por Security Consulting 2535⁵¹, de la cual se allegó video⁵² y concepto en el cual se manifestó que durante el ejercicio práctico con revólver calibre 3.57 a una distancia de 7 metros, el accionante había disparado con su mano izquierda, demostrando gran capacidad de tiro, y tiro secuencial con excelentes resultados.

El instructor de tiro dio fe de que el accionante era apto para el manejo adecuado y seguro de armamento, así como para practicar un disparo eficiente.

Anexó certificado de manejo y uso de armas de fuego otorgado al demandante⁵³.

- y) De conformidad con los testimonios de los señores Hugo Ferney Ruiz Cajas⁵⁴, Carlos Andrés Copete Enciso⁵⁵, Carlos Andrés Peña Guevara⁵⁶ y Jhon Edison López Hurtado⁵⁷, con posterioridad a la fecha en la cual el señor Julián Andrés Blandón Colorado se accidentó, el demandante continuó manejando un camión del grupo de contraguerrilla en Chocó y en Cundinamarca, manejando normalmente el arma que tenía

⁵¹ Página 281 del archivo n° 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵² Video obrante en el cuaderno 1 del expediente digital.

⁵³ Página 282 del archivo n° 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁴ Páginas 28 a 30 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁵ Páginas 316 a 319 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁶ Páginas 320 a 322 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁷ Páginas 323 a 325 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

asignada; y luego fue trasladado al CAD en Manizales como radioperador, cargo en el que se desempeñó sin ningún inconveniente y cumpliendo las funciones asignadas, que incluían además las de control de la red de apoyo y control de cámaras de seguridad y alarmas comunitarias del CAD, hasta que fue retirado del servicio.

2. Retiro del servicio activo por disminución en la capacidad psicofísica en la Policía Nacional

De conformidad con el artículo 218 de la Constitución Política, a los miembros de la Policía Nacional les asiste un régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, con base en el cual se regula expresamente el ingreso, los ascensos, así como su retiro.

Con el Decreto 1791 de 2000, *“Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”*, el Gobierno Nacional definió el retiro como aquella *“(...) situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio. (...)”*; estableciendo como causales de retiro del personal de la institución, las que se indican a continuación, dentro de las cuales no se incluyen las adicionadas con ocasión del artículo 111 de la Ley 2179 de 2021, por no estar vigentes al momento de expedición del acto acusado:

ARTÍCULO 55. CAUSALES DE RETIRO. *El retiro se produce por las siguientes causales:*

- 1. Por solicitud propia.*
- 2. Por llamamiento a calificar servicios.*
- 3. Por disminución de la capacidad psicofísica.*
- 4. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.*
- 5. Por destitución.*
- 6. Por voluntad del Gobierno para oficiales y del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y los agentes⁵⁸.*
- 7. Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial.*
- 8. Por incapacidad académica.*
- 9. Por desaparecimiento.*
- 10. Por muerte.*

El numeral 3 de la norma en comento, que prevé el retiro del servicio por disminución de la capacidad psicofísica, fue declarado condicionalmente

⁵⁸ A través de sentencia C-253 de 2003 se declararon inexecutable los apartes tachados.

exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-381 de 2005⁵⁹, “(...) en el entendido que el retiro del servicio por disminución de la capacidad sicofísica sólo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y las capacidades del policial no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción”.

El artículo 58 del Decreto 1791 de 2000 que contemplaba expresamente el retiro por disminución de la capacidad psicofísica cuando el personal de la Policía no reuniera las condiciones psicofísicas determinadas sobre la materia, fue declarado inexequible por el Máximo Tribunal Constitucional en la misma sentencia C-381 de 2005⁶⁰.

Por su parte, el artículo 59 del estatuto mencionado, hechas las supresiones de apartes declarados inexequibles por la Corte Constitucional en las sentencias C-381 de 2005⁶¹ y C-253 de 2003⁶², es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 59. RETIRO POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD SICOFÍSICA. *Se podrá mantener en servicio activo a aquellos policiales que habiendo sufrido disminución de la capacidad sicofísica y obtenido concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, y sus capacidades puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción.*

El Decreto Ley 1796 de 2000, “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”, definió la capacidad psicofísica de la siguiente manera:

ARTICULO 2o. DEFINICION. *Es el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones.*

La capacidad sicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las

⁵⁹ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-381 de 2005.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ver nota al pie nº 56.

⁶² Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia C-253 de 2003.

autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

El artículo 3 de la norma en cita, referente a los conceptos para calificar la capacidad psicofísica del personal referido, señaló:

ARTICULO 3o. CALIFICACION DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA.

La capacidad sicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.

Es apto quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es aplazado quien presente alguna lesión o enfermedad y que mediante tratamiento, pueda recuperar su capacidad sicofísica para el desempeño de su actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es no apto quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

PARAGRAFO. *Esta calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional autoricen para tal efecto.*

3. Examen del caso concreto

Atendiendo lo expuesto por la parte actora en su demanda, los motivos o causales de nulidad que alega respecto del acto administrativo con base en el cual fue retirado del servicio, se concretan en lo siguiente.

Adujo el demandante que el acto atacado se encuentra falsamente motivado, y además fue expedido con desviación de poder, pues no se encuentra configurada la supuesta incapacidad laboral que pudiera dar fundamento a la decisión de negar la reubicación laboral y, por ende, el retiro del servicio, teniendo en cuenta los siguientes hechos:

- a) Antes de ser retirado del servicio, el señor Julián Andrés Blandón Colorado llevaba dos años prestando sus servicios en el área administrativa, sin ningún contratiempo y siendo calificado con el mayor puntaje.
- b) La limitación que el señor Julián Andrés Blandón Colorado tiene en la mano izquierda no le impedía laborar como radioperador.

- c) El desempeño laboral del señor Julián Andrés Blandón Colorado demuestra que es apto para el servicio y, por lo tanto, debió haber sido reubicado laboralmente en el área administrativa.
- d) Al haberse desvinculado injustamente al accionante pese a que éste podía ser reubicado en labores administrativas, demuestra que la Policía Nacional actuó con desviación de poder y buscando un fin contrario.

Los motivos de un acto administrativo son los antecedentes de hecho y de derecho que conducen a la expedición del acto, esto es, son las circunstancias que llevan a la administración, en este caso, a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a expresar su voluntad y, por lo tanto, su existencia real fundamenta la legalidad de la misma.

Es así que, cuando no existe correspondencia entre la decisión que se adopta y los motivos que en el acto se aducen como fundamento de la misma, o cuando los motivos que se expresan en el acto como fuente de aquella no son reales, no existen o están maquillados, se presenta un vicio que invalida el acto y es el de falsa motivación, definida por la jurisprudencia y la doctrina como un proceder arbitrario del funcionario investido de autoridad, en tanto la decisión adoptada expresa unos motivos que no corresponden a las verdaderas razones que originaron la expedición, ocultando así, motivaciones contrarias a los mandatos constitucionales y legales.

Por su parte, la desviación de poder se configura cuando una autoridad, investida de una atribución determinada, la ejerce no para obtener los fines que la ley persigue y quiere con aquella, sino que su actuar se orienta a la consecución de un fin diferente y contrario a la ley; en otro entendimiento, quien expide el acto administrativo lo hace dentro de sus atribuciones legales, con sujeción a las formas prescritas por las normas superiores, pero al proferirlo, ha tenido en mira motivos distintos de aquellos para los cuales le fue conferido el poder; la intención del funcionario al expedir el acto administrativo demandado no coincide con el motivo expreso o tácito en la norma atributiva de la competencia.

En ese sentido, se ha afirmado por la doctrina que, la configuración de esta causal de nulidad reviste un alto grado de dificultad, por cuanto tal figura requiere de un estudio subjetivo, casi podría decirse que se trata de una penetración psicológica en la mente del funcionario, para identificar realmente la intención que tuvo al momento de expedir el acto

administrativo; por ende, es imprescindible que quien alega tal vicio de nulidad deba aportar al proceso todos los elementos directos o indirectos que demuestren fehacientemente el interés particular y malintencionado que condujo a la expedición del acto acusado.

Con base en lo expuesto y atendiendo los hechos que se encuentran acreditados en el expediente, pasa la Sala a establecer si en este caso se demostró que la resolución de retiro se encuentra viciada de nulidad por las causales alegadas.

Antes de ello, el Tribunal considera necesario indicar que comparte la apreciación hecha por la Juez de primera instancia en punto a que debe prosperar la objeción por error grave respecto de la experticia rendida por el perito Nelson Salazar Uribe, pues tal como este mismo profesional lo reconoció posteriormente, para realizar el dictamen sólo tuvo en cuenta las valoraciones efectuadas por los médicos ortopedistas de la Clínica Las Camelias de Manizales que datan de la época del accidente, y no practicó pruebas de esfuerzo al señor Julián Andrés Blandón Colorado en orden a verificar el movimiento y limitación de su mano izquierda.

Precisado lo anterior y analizado el acto administrativo de retiro del servicio, lo primero que este Tribunal advierte es que aquél está motivado, acudiendo para tal efecto a las razones que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía tuvo en consideración para calificar al señor Julián Andrés Blandón Colorado como no apto, sin posibilidad de reubicación laboral.

El retiro estuvo entonces precedido de valoración psicofísica, cumpliendo el presupuesto establecido para ello en el Decreto 1791 de 2000.

En lo que respecta a si las citadas razones guardan concordancia con las reales capacidades del ex policial que pudieran ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción, esta Sala de Decisión advierte desde ya que no es así, por lo siguiente.

En los términos señalados en el acápite relacionado con el marco normativo y jurisprudencial del retiro del servicio por disminución de la capacidad psicofísica, se indicó que ésta debe ser valorada con criterios técnicos, objetivos y especializados por parte de los organismos y autoridades competentes, y que sólo en el evento que la citada valoración concluya que el servidor no tiene capacidad alguna aprovechable en actividades administrativas, docentes o de instrucción propias de la institución, puede ser retirado.

En el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que el señor Julián Andrés Blandón Colorado fue objeto de dos valoraciones por parte de la Junta Médico Laboral de la Policía Nacional y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que tuvieron por fin registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afectaciones diagnosticadas, clasificar el tipo de incapacidad y la aptitud para el servicio, y recomendar o no la reubicación laboral.

Fue en el acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía que, al revisar la reclamación presentada por el accionante, se le examinó nuevamente y se decidió modificar las conclusiones de la Junta Médico Laboral en lo que se refiere a las lesiones, afectaciones o secuelas presentadas por aquel, al porcentaje de la disminución de su capacidad laboral (que ascendió a 69,45%), y a **la imposibilidad de reubicación laboral**.

Teniendo en cuenta dicha acta, el Director General de la Policía Nacional expidió la Resolución nº 03439 del 21 de septiembre de 2011, con la cual retiró del servicio activo al señor Julián Andrés Blandón Colorado por disminución de su capacidad psicofísica.

Ahora bien, al estudiar los elementos materiales probatorios allegados y recaudados en el proceso, el Tribunal observa que aunque para la época de retiro el señor Julián Andrés Blandón Colorado presentaba cierta limitación funcional en su mano izquierda, ello no fue impedimento para que incluso con posterioridad al accidente sufrido continuara prestando servicios como conductor de un camión de contraguerrilla y como radioperador en el CAD del Departamento de Policía de Caldas, por cuyo desempeño obtuvo calificación superior, sin que se dejara anotación alguna en relación con incumplimiento de funciones en razón de las secuelas padecidas.

Se advierte además que en la valoración hecha por el perito designado en este asunto para resolver la objeción grave propuesta por la parte actora, se precisó que el señor Julián Andrés Blandón Colorado no tenía limitación neuromuscular, que las pruebas de movimiento, fuerza y sensibilidad eran normales, y que sólo presentaba una limitación leve para la extensión completa de la muñeca, que no lo limitaba para laborar normalmente e incluso para disparar armas de fuego, como se acreditó igualmente en la prueba de polígono efectuada.

Llama la atención que las conclusiones del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía y que constituyen la motivación del acto de retiro no se compadecen con la certificación que luego de más de un año del

accidente la misma entidad demandada efectuó al señor Julián Andrés Blandón Colorado como un servidor capacitado para el manejo de armas.

Así las cosas, la Corporación estima que el señor Julián Andrés Blandón Colorado sí cuenta con la capacidad psicofísica de que trata el artículo 2º del 1796 de 2000⁶³ para desempeñar las funciones que estaban asignadas como patrullero de la Policía Nacional, o para ejercer alguna función de tipo administrativo, como lo venía haciendo antes del retiro de la institución.

Conviene anotar que, como lo estimó el Consejo de Estado en una de sus providencias⁶⁴, el hecho que en el presente caso se ordene el reintegro del señor Julián Andrés Blandón Colorado al servicio activo de la Policía Nacional, ello no es óbice para que la entidad accionada pueda valorar nuevamente su capacidad psicofísica conforme al procedimiento previsto en el Decreto 1796 de 2000.

Ahora, en punto al restablecimiento del derecho, el Tribunal considera que le asiste razón a la parte actora cuando manifiesta en su recurso de apelación que el pago de salarios y de todos los emolumentos dejados de percibir por el accionante debe efectuarse desde la fecha de ejecución del acto de retiro y hasta cuando se haga efectivo el reintegro, pues la limitación temporal introducida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014 y aplicada de manera extensiva a los miembros de la Fuerza Pública en providencia SU-053 de 2015, fue fijada en relación con la indemnización para empleados en provisionalidad que fueron retirados del servicio sin mediar motivación, que no es el caso que ocupa la atención de esta Sala.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que la parte actora logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo objeto de estudio y, por tanto, es procedente ordenar su reintegro con el consecuente pago de los salarios, prestaciones y demás emolumentos que hubiese dejado de percibir, previas las deducciones de ley a que hubiere lugar, así como los descuentos correspondientes a lo recibido por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, durante el tiempo que permaneció separado del servicio. En ese orden de ideas, habrá de ser confirmada la sentencia proferida por el

⁶³ Recuérdese que son el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir los policiales para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones.

⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia del 3 de noviembre de 2011. Radicación número: 50001-23-31-000-2004-10899-01(2103-10).

Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, sin perjuicio de la modificación que se hará respecto del ordinal segundo del fallo apelado, en el sentido de suprimir del mismo el siguiente aparte: *“sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni superior a veinticuatro (24) meses de salario”*.

Costas

No se condenará en costas por cuanto la actividad de las partes se ciñó a los parámetros de buena fe y lealtad procesales, sin que por lo mismo se observe actuación temeraria ni maniobras dilatorias del proceso (artículo 171 del C.C.A. modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998).

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

FALLA

Primero. MODIFÍCASE el ordinal segundo de la sentencia del veintinueve (29) de julio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Julián Andrés Blandón Colorado contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, **en el sentido de suprimir del mismo** el siguiente aparte: *“sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni superior a veinticuatro (24) meses de salario”*.

Segundo. En lo demás, **CONFÍRMASE** el fallo objeto de apelación.

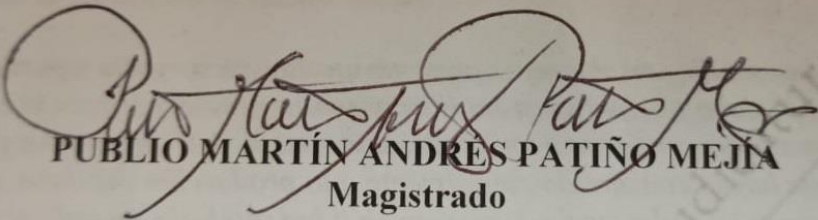
Tercero. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

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

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Escritural de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 153

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Acción:	Reparación Directa
Radicación:	17001-33-31-003-2011-00507-02
Demandantes:	Margarita Gallego Giraldo y otros
Demandados:	Nación – Ministerio de Protección Social (actualmente Ministerio de Salud y Protección Social) Municipio de Manizales Dirección Territorial de Salud de Caldas (DTSC) SOLSALUD EPS en Liquidación Clínica Manizales en Liquidación

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 038 del 30 de septiembre de 2022

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 133 y 181 del Código Contencioso Administrativo (CCA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora Margarita Gallego Giraldo y otros contra la Nación – Ministerio de Protección Social (actualmente Ministerio de Salud y Protección Social), Municipio de Manizales, Dirección Territorial de Salud de Caldas (DTSC)², SOLSALUD EPS en Liquidación y Clínica Manizales en Liquidación.

LA DEMANDA

¹ En adelante, CCA.

² En adelante, DTSC.

En ejercicio del medio de control interpuesto el 18 de enero de 2011³, la parte demandante solicitó lo siguiente⁴:

Pretensiones

- 1. Que se declare administrativamente responsable a la parte accionada por los perjuicios causados a la parte demandante como consecuencia de la privación del diagnóstico y del tratamiento oportunos, de la inobservancia de los protocolos médicos, de los principios de la pericia, prudencia y diligencia en el tratamiento y manejo que debía dársele a la señora Margarita Gallego Giraldo, así como de la inobservancia de las características de la prestación del servicio de salud contenidas en el artículo 3 del Decreto 1011 del 3 de abril de 2006.
- 2. Que en consecuencia de la anterior declaración se condene a la parte demandada al pago de los siguientes perjuicios a favor de cada uno de los demandantes, en la siguiente proporción:

DEMANDANTE	CALIDAD EN QUE CONCURRE	PERJUICIOS MORALES (s.m.l.m.v.)	PERJUICIOS FISIOLÓGICOS (s.m.l.m.v.)	PERJUICIOS MATERIALES (Daño Emergente y Lucro Cesante)
Margarita Gallego Giraldo	Víctima directa	100	200	\$1'000.000 por daño emergente \$15'450.000 por lucro cesante
Jairo Aguirre Henao	Esposo	100	200	-
Margarita Aguirre Gallego	Hija	100	200	-
María Angélica Aguirre Gallego	Hija	100	200	-
Sandra Milena Aguirre Gallego	Hija	100	200	-
Leidy Johana Aguirre Gallego	Hija	100	200	-

³ Página 3 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.
⁴ Páginas 8 a 11 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

3. Que condene a la parte demandada a indexar las sumas reconocidas conforme al artículo 178 del CCA.
4. Que se ordene a la parte accionada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del CCA.
5. Que se condene a la parte demandada a pagar intereses comerciales y moratorios, en el evento de no realizar el pago oportunamente.
6. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho⁵, que en resumen indica la Sala:

1. La señora Margarita Gallego Giraldo se encontraba afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado, a través de la EPS SOLSALUD.
2. El 13 de diciembre de 2007, la señora Margarita Gallego Giraldo fue remitida del Centro Piloto de ASSBASALUD al Hospital de Caldas con diagnósticos de dolor abdominal en estudio y posibilidad de diverticulitis o apendicitis. Lo anterior, por mala evolución de su cuadro clínico y con un abdomen agudo de origen a determinar.
3. En valoración hecha por el Hospital de Caldas se consignó que la paciente presentaba un cuadro franco de abdomen agudo secundario a posible apendicitis aguda, por lo que debía programarse cirugía urgente, fuera en esa institución o en otra donde la Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) tuviera convenio.
4. El 13 de diciembre de 2007 a las 3:13 p.m., la señora Margarita Gallego Giraldo ingresó a la Clínica Manizales remitida del Hospital de Caldas, para una apendicectomía.
5. El mismo 13 de diciembre de 2007, la señora Margarita Gallego Giraldo fue valorada por cirugía general; especialidad que ordenó la realización de una ecografía abdominal con énfasis en la fosa ilíaca derecha, así como cuadro hemático y proteína C reactiva.

⁵ Páginas 11 a 18 y 238 a 244 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

6. El 13 de diciembre de 2007 a las 11:00 p.m., el médico tratante consignó que la paciente había sido comentada con cirugía general y que se había ordenado metronidazol, ciprofloxacina, dos antimicrobianos y dipirona.
7. El 14 de diciembre de 2007, la paciente fue nuevamente valorada por cirujano general, quien anotó que la misma presentaba persistencia de dolor y estaba afebril, desconociendo que le habían inyectado dipirona que enmascara los signos y síntomas de infección abdominal. El citado médico consignó otros signos inequívocos de irritación peritoneal y de un proceso infeccioso, pero sólo reiteró que no se había practicado la ecografía.
8. El 14 de diciembre de 2007, la paciente fue valorada por otro cirujano general, quien indicó que persistía el dolor en la fosa ilíaca derecha y que lo mejor era una exploración abierta.
9. Mientras el proceso peritonínico avanzaba debido al diagnóstico claro e indubitable de remisión y de ingreso (apendicitis), la Clínica Manizales se limitó a esperar el resultado de una ecografía que nunca fue realizada; examen que de todas maneras tiene una baja sensibilidad y especificidad para confirmar o descartar un diagnóstico de apendicitis.
10. La señora Margarita Gallego Giraldo fue llevada a cirugía el 14 de diciembre de 2007, encontrando allí el apéndice gangrenado y perforado.
11. Luego del procedimiento quirúrgico, se consideró que era procedente darle de alta a la paciente con fórmula e indicaciones. Sin embargo, el alta se suspendió, ya que la señora Margarita Gallego Giraldo presentaba dolor, por lo cual se solicitó ecografía abdominal y se drenó seroma, dejando herida empaquetada y sin complicaciones.
12. El 22 de diciembre de 2007, se reiteró la urgencia de practicar ecografía abdominal total, la cual fue suspendida sin ninguna justificación y, en su lugar, iniciaron la administración de dipirona y ordenaron la salida de la paciente del centro asistencial sin que haya constancia de que ello se haya materializado.
13. La ecografía solicitada fue realizada el 24 de diciembre de 2007 a las 9:30 a.m., encontrando un absceso en pared abdominal, por lo que se solicitó valoración por cirugía general.

14. En la misma fecha, se realizó drenaje de una colección de líquido subcutáneo, quedando la herida abierta y no empaquetada.
15. El 16 de enero de 2008, la ESE ASSBASALUD remitió a la señora Margarita Gallego Giraldo a la Clínica Manizales, debido a que presentaba un cuadro clínico de tres días de evolución de dolor y eritema en la herida quirúrgica, con diagnóstico de herida quirúrgica infectada.
16. Al valorar la paciente, la Clínica Manizales ratificó el diagnóstico de infección en sitio operatorio y como conducta se procedió a abrir la herida quirúrgica, encontrando en ella, además de un abundante material purulento, una gasa. Luego se lavó la herida y se dio de alta a la paciente el 18 de enero de 2008.
17. El 19 de agosto de 2008, nuevamente ASSBASALUD remitió a la señora Margarita Gallego Giraldo a la Clínica Manizales para valoración por cirugía general, anotando que la paciente presentaba dolor inespecífico en flanco derecho, en el cual se palpaba una masa sugestiva de eventración abdominal o hernia.
18. El 25 de septiembre de 2008, la señora Margarita Gallego Giraldo fue valorada en el Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas, y diagnosticada con eventración, para lo cual se señaló como plan una eventrorrafia.
19. El 24 de octubre de 2008, la señora Margarita Gallego Giraldo acudió a su EPS a solicitar la autorización para la eventrorrafia con malla, pero le indicaron que debía presentar la petición al Comité Técnico Científico de la entidad, conforme a la Resolución nº 3099 de 2008.
20. El 23 de enero de 2009, le fue practicada a la señora Margarita Gallego Giraldo una cirugía de corrección de la hernia postquirúrgica o eventración, utilizando para ello una malla artificial para cubrir el defecto tisular.
21. En la cirugía de corrección también se practicó liberación de adherencia, lo cual causa serias molestias funcionales digestivas.
22. El 28 de enero de 2009 a las 11:30 a.m., le dieron salida a la señora Margarita Gallego Giraldo.

23. El 8 de abril de 2009, la señora Margarita Gallego Giraldo consultó a ASSBASALUD por presentar dolor abdominal y náuseas, con dificultad para la marcha y para la micción, y por nueva protuberancia en la cicatriz quirúrgica de la eventrorrafia.
24. La señora Margarita Gallego Giraldo continúa con problemas de salud y con su abdomen protuberante, por lo cual ha consultado en varias ocasiones, en la última de las cuales se determinó que debía someterse a una nueva cirugía, la cual fue practicada el 8 de julio de 2009, encontrando como contenidos de la hernia la vejiga, el intestino grueso, el intestino delgado y el epiplón.
25. Posterior a lo anterior, la señora Margarita Gallego Giraldo ha continuado con dolor intenso en el sitio de la hernia postquirúrgica, que le dificulta la marcha, adoptando un patrón antilógico. Por lo anterior, fue remitida de manera prioritaria al servicio de cirugía general el 4 de noviembre de 2009, sin que se le hayan resuelto las graves secuelas y manifestaciones funcionales derivadas del evento adverso por el objeto abandonado en la cavidad abdominal.

Fundamentos de derecho

Como fundamentos de derecho la parte actora invocó el contenido de las siguientes disposiciones⁶: Constitución Política: artículos 1, 2, 16 y 44; Ley 23 de 1981; CCA: artículo 86; Código Civil: artículo 2.341 y siguientes; Código de Procedimiento Civil (CPC)⁷: artículo 396; Ley 100 de 1993; Resolución n° 5261 de 1994; Resolución n° 1995 de 1999; Decreto 2309 de 2002.

Manifestó que inicialmente hubo una tardanza en la atención que debía brindar la Clínica Manizales, pues pese a tener diagnóstico de apendicitis, la IPS no intervino inmediatamente a la paciente, permitiendo que se generara una peritonitis.

Señaló que la Clínica Manizales incurrió igualmente en una actitud omisiva y negligente, cual fue dejar una compresa dentro de la herida quirúrgica.

Afirmó que la hernia postquirúrgica tiene necesariamente origen tanto en la tardanza para la realización de la apendicectomía que condujo a una peritonitis, así como en el olvido de la compresa de algodón abandonada en la pared abdominal.

⁶ Páginas 13 a 16 y 21 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ En adelante, CPC.

Consideró que la conducta asumida por la Clínica Manizales no fue pertinente con el estado y patología de la señora Margarita Gallego Giraldo, rompiéndose la continuidad en el tratamiento.

Expuso que la DTSC también le asiste responsabilidad en este caso, pues a aquella le corresponden las funciones de inspección, vigilancia y control, asignadas por la Ley 10 de 1990 (artículos 1 y 49), la Ley 100 de 1993 (numeral 4 del artículo 176), la Ley 715 de 2001 (numeral 43.2.6 del artículo 43) y el Decreto 1011 de 2006.

Refirió que conforme a las competencias asignadas en materia de inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la DTSC tenía las siguientes obligaciones: **i)** ejecutar las acciones que garantizaran y velaran por que el servicio de salud, la organización y los recursos asignados a la prestación del servicio, fueran óptimos, eficaces y contribuyeran al cumplimiento y desarrollo de los objetivos establecidos por la Constitución Política y la ley; **ii)** efectuar acciones encaminadas al seguimiento y evaluación del sistema con el objetivo de analizar de manera puntual la información requerida del servicio de salud; **iii)** instruir, asesorar, ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica relacionada con la prestación del servicio y sancionar a las entidades vigiladas que se aparten del ordenamiento legal.

Indicó que bajo el principio jurídico del *ius vigilandi* o de la *culpa in vigilando*, y de las normas antes citadas, el Municipio de Manizales es solidariamente responsable por la falla médica acaecida.

Sostuvo que al Ministerio de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud también les asiste responsabilidad, por cuanto están obligadas por mandato legal a ejercer las funciones de vigilancia, inspección y control, tal como se extrae del artículo 8 del Decreto 2309 de 2002.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando dentro del término legal conferido para tal efecto y obrando debidamente representadas, las entidades demandadas contestaron la demanda de la manera que se indica a continuación.

Ministerio de Salud y Protección Social⁸

Se opuso a las declaraciones y condenas solicitadas por la parte actora, aduciendo que el ministerio no tiene dentro de sus funciones y competencias

⁸ Páginas 346 a 355 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

la atención médica o quirúrgica de pacientes, esto es, no presta de manera directa o indirecta los servicios de salud, sino que sólo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensión y riesgos profesionales.

Manifestó que de los hechos de la demanda no se infiere una falla en el servicio por parte de la cartera ministerial, de manera que no puede surgir nexo causal alguno entre las supuestas omisiones que le causaron lesiones a la señora Margarita Gallego Giraldo, y la función que legalmente le compete al Ministerio de la Protección Social.

Propuso como excepciones, las siguientes: ***“FALTA DE LEGITIMIDAD EN CAUSA PASIVA”***, en tanto el Ministerio de la Protección Social no tiene asignadas funciones de prestación de servicios asistenciales y, en ese sentido, al no tener participación directa ni indirecta en la atención médica prestada a la señora Margarita Gallego Giraldo, no existe motivo alguno para endilgarle falla en el servicio y nexo causal; ***“INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO POR PARTE DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL”***, pues en ninguno de los hechos se imputa al ministerio la generación del presunto daño antijurídico; y ***“LA INNOMINADA”***, de conformidad con el artículo 164 del CCA.

Clínica Manizales⁹

Explicó que la señora Margarita Gallego Giraldo presentaba cuadro de dolor, por lo que el protocolo médico era suministrarle analgésicos en la fase aguda y practicarle una ecografía abdominal para obtener el diagnóstico y la conducta a seguir.

Aseguró que la IPS brindó la atención que requería la señora Margarita Gallego Giraldo, siguiendo para ello los protocolos de manejo médico.

Afirmó que el día siguiente a su ingreso, la paciente fue intervenida quirúrgicamente, lo cual demuestra que la atención fue oportuna, sin retrasos y sin colocar en riesgo la salud y la vida de la misma.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los medios exceptivos que denominó: ***“INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL ENTRE LA LESIÓN Y LA CONDUCTA DE MI PROHIJADA”***, en la medida en que no existe ninguna relación entre la actuación desplegada por la Clínica Manizales y los presuntos perjuicios causados a la parte actora; ***“CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR***

⁹ Páginas 138 a 142 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

PARTE DE LA CLINICA (sic) **MANIZALES**", en tanto la IPS garantizó una atención oportuna e integral a la paciente, poniendo a disposición de ésta toda la infraestructura física, científica y de personal humano, sin restricción alguna; **"AUSENCIA TOTAL DE PRUEBA"**, ya que la parte actora no aporta ni una sola prueba que permita responsabilizar a la Clínica Manizales por la supuesta lesión de la paciente; y "(...) **GENERICA** (sic)", en relación con cualquier otra excepción que se encuentre acreditada al momento de proferir sentencia.

DTSC¹⁰

Adujo que los hechos que se desprendan de la conducta de la Clínica Manizales no pueden ser endilgados solidariamente a la DTSC, pues esta última no es una entidad que tenga dentro de sus funciones la de prestar servicios médicos asistenciales.

Aseguró que la DTSC ha cumplido a cabalidad con sus competencias de inspección, vigilancia y control.

Indicó que en ningún momento la parte actora radicó solicitud ante la DTSC para la prestación de servicios de salud, razón por la cual toda la responsabilidad en la atención médico asistencial de la señora Margarita Gallego Giraldo y, por tanto, la presunta falla del servicio, recae única y exclusivamente en la Clínica Manizales y/o en la EPS SOLSALUD.

Manifestó oposición a las súplicas de la demanda, por cuanto no existe prueba en el expediente de que el presunto daño tuviera como causa un hecho, omisión u operación administrativa por parte de la DTSC.

Formuló los siguientes medios exceptivos: **"FALTA LEGITIMACION** (sic) **EN LA CAUSA POR PASIVA"**, como quiera que, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 10 de 1990, la DTSC no tiene asignada función de tipo asistencial; y **"AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD"**, en la medida en que la DTSC no adquirió compromisos en el proceso de atención de la señora Margarita Gallego Giraldo.

Municipio de Manizales y EPS SOLSALUD

Guardaron silencio.

LA SENTENCIA APELADA

¹⁰ Páginas 176 a 191 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

El 21 de septiembre de 2020, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia¹¹, a través de la cual declaró probada la excepción de caducidad y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

Indicó que, de conformidad con la demanda, el hecho generador del daño aconteció el 14 de diciembre de 2007, pues fue en esa fecha en la que se practicó de manera tardía la intervención quirúrgica que además ocasionó un proceso infeccioso por haber dejado un cuerpo extraño en la herida, que fue encontrado el 16 de enero de 2008.

Refirió que aunque los efectos del daño se han extendido en el tiempo, ello, por sí solo, no implica que el término de caducidad no haya empezado a correr al día siguiente de realizada la cirugía con la cual se causó el daño, conforme está definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia del 26 de noviembre de 2015, radicado: 35714). Preciso que tampoco se encontraban los elementos para la configuración de un daño continuado.

De conformidad con lo anterior, expuso que la parte actora tenía hasta el 15 de diciembre de 2009 para ejercer la acción de reparación directa, la cual fue promovida el 18 de enero de 2011, es decir, más de un año después.

Manifestó que si en gracia de discusión se tuviera el 16 de enero de 2008 como la fecha a partir de la cual se inicia el cómputo de la caducidad, por ser el momento en el que fue encontrado el cuerpo extraño que presuntamente se dejó durante el procedimiento médico del 14 de diciembre de 2007, lo cierto es que el término también se encontraría ampliamente vencido.

Finalmente, se abstuvo de condenar en costas a la parte actora, aduciendo que no se había demostrado temeridad o mala fe, conforme lo exigía el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez *a quo* y actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia¹², de la siguiente manera.

Sostuvo que la interpretación del numeral 8 del artículo 136 del CCA, que se refiere a la caducidad de las acciones, no puede ser exegetica, como lo ha

¹¹ Archivo nº 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹² Archivo nº 07 del cuaderno 1 del expediente digital.

expuesto el Consejo de Estado, pues cuando se trata de establecer la caducidad de la acción de reparación directa tomando como referencia el acaecimiento de un hecho, hay circunstancias que flexibilizan el sentido de la norma.

En efecto, indicó que hay casos en los que la norma puede tener una aplicación literal absoluta, como cuando del hecho por el que se reclama indemnización de perjuicios se derivan efectos inmediatos e inmodificables y deja secuelas permanentes. En ese evento, la contabilización del término de caducidad de la acción iniciaría desde el día siguiente al acaecimiento del hecho.

Sin embargo, explicó que hay otros casos en que la situación varía, como en el presente asunto, en el que, si bien se tiene un referente en cuanto a la fecha en que se produjo el hecho, lo cierto que el sólo transcurso del tiempo y otras circunstancias particulares, como el prolongado tratamiento médico a que fue sometida la demandante, muestran con certeza la magnitud o consecuencia del hecho y, por ende, los perjuicios por los que la parte interesada reclama la indemnización.

Manifestó que al tratarse de daños que sólo se conocen de forma certera y concreta con el discurrir del tiempo y con posterioridad al hecho generador, esta circunstancia impone, en aras de la justicia, que se deba contar el término de caducidad a partir del conocimiento que el afectado tiene del daño.

Refirió las continuas consultas y procedimientos que, luego de la apendicectomía inicial, ha tenido que soportar la señora Margarita Gallego Giraldo, indicando que la última cirugía a la que fue sometida se realizó el 4 de noviembre de 2009, fecha a partir de la cual debe iniciarse el cómputo de la caducidad, pues fue desde ese momento que conoció con seguridad las condiciones de salud en las que quedaría.

Al haberse presentado la demanda el 18 de enero de 2011, es evidente que la acción se promovió dentro del término previsto por la ley.

Hizo referencia a providencia del 13 de diciembre de 2017 del Consejo de Estado, en la cual se analizó la forma de contabilizar el término de caducidad en la acción de reparación directa por daños de tracto sucesivo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante¹³

Solicitó revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda, con fundamento, en esencia, en los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y que reiteró en los alegatos de conclusión.

Municipio de Manizales¹⁴

Manifestó que los argumentos expuestos por el Juzgado de primera instancia son suficientes para confirmar la providencia recurrida, pues efectivamente se configuró el fenómeno de la caducidad.

Indicó que en todo caso, el Municipio de Manizales no es responsable del supuesto hecho dañino, en la medida en que no presta servicios de salud por disposición expresa de la ley, la cual otorgó tal función a las instituciones prestadoras de servicios de salud y a las Empresas Sociales del Estado.

Ministerio de Salud y Protección Social¹⁵

Intervino para solicitar que se confirme el fallo apelado, y así mismo para reiterar que el ministerio no tiene asignada función de prestación de servicios de salud, sino de formulación y adopción de políticas para el sistema de salud; y por lo tanto, no le es imputable falla en el servicio alguna ni nexo causal con el supuesto daño causado.

DTSC¹⁶

Sostuvo que como quedó demostrado en el proceso, no existe responsabilidad imputable a la DTSC, en razón a que no concurren los elementos que la estructura, pues la complicación sufrida por la paciente no fue en ningún momento consecuencia de un actuar negligente, imprudente o imperito de la entidad.

De otro lado, consideró que operó la caducidad de la acción propuesta.

Clínica Manizales y EPS SOLSALUD

Guardaron silencio.

¹³ Archivo nº 014 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 008 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 010 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁶ Archivo nº 012 del cuaderno 2 del expediente digital.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no emitió concepto en esta oportunidad procesal.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 2 de noviembre de 2021¹⁷, correspondiendo su conocimiento al Magistrado Ponente de esta providencia, cuyo Despacho fue allegado el 10 de marzo de 2022¹⁸.

Admisión y alegatos. Por auto del 10 de marzo de 2022 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia¹⁹. Dentro del término otorgado, sólo la parte demandante, el Municipio de Manizales, el Ministerio de Salud y Protección Social y la DTSC alegaron de conclusión²⁰. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 20 de mayo de 2022 el proceso ingresó a Despacho para sentencia²¹, la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquél fue formulado.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

¿Se configuró en el caso concreto el fenómeno de la caducidad?

¹⁷ Archivo nº 001 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁸ Archivo nº 004 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁹ Archivo nº 004 del cuaderno 2 del expediente digital.

²⁰ Archivos nº 014, 008, 010 y 012 del cuaderno 2 del expediente digital, respectivamente.

²¹ Archivo nº 017 del cuaderno 2 del expediente digital.

Examen del caso concreto

Como lo ha expuesto el Consejo de Estado²², *“El fenómeno de la caducidad es un presupuesto procesal de carácter negativo que opera en algunas acciones contenciosas por el transcurso de un término establecido expresamente en la ley, término que una vez cumplido restringe la posibilidad de acceder a la administración de justicia a través del ejercicio de la acción sobre la cual operó el fenómeno de caducidad. De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que el propósito esencial de la caducidad es evitar que las diversas situaciones generadoras de responsabilidad se extiendan de manera indefinida en el tiempo, brindando así seguridad jurídica al transformarlas en situaciones jurídicas consolidadas”*.

Tratándose de la caducidad de las acciones en vigencia del CCA, se observa que el numeral 8 del artículo 136 del anterior código previó que: *“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”*.

Como se extrae de la norma citada, el punto de partida para el cómputo del término de caducidad es el hecho dañoso (acción u omisión causante del daño), sin hacer distinciones sobre el tipo de daño que se cause o de que los efectos de éste perduren en el tiempo. De manera que, en principio, basta verificar el día en que ocurrió el hecho, omisión u operación administrativa para contabilizar el plazo señalado.

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado señaló que cuando al momento de producirse el hecho causante del daño no puede conocerse su existencia o realidad, excepcionalmente el término para accionar no se contabiliza desde cuando se produjo la actuación causante del daño, sino desde que el afectado tuvo conocimiento de éste²³.

Así pues, en los casos en los que el perjudicado no hubiera podido conocer el daño en la misma fecha en la cual se produjo el hecho dañoso, la caducidad se debe contar desde que aquél tuvo conocimiento del daño.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Auto del 14 de noviembre de 2019. Radicación número: 81001-23-39-000-2017-00116-01(62809).

²³ Al respecto, pueden consultarse el auto del 12 de julio de 2021 (Radicación número: 05001-23-33-000-2017-02321-01(66640)A) y la sentencia del 12 de octubre de 2011 (Radicación número: 07001-23-31-000-2000-00149-01(20692)) de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En relación con el término de caducidad previsto por el artículo 136 del CCA, en reciente providencia del Consejo de Estado²⁴ se indicó lo siguiente:

El término de caducidad establecido en el artículo 136 del CCA es una norma de orden público -y por consiguiente de obligatorio cumplimiento (art. 6 CPC hoy retomado por el art. 13 CGP)- de la que no pueden disponer los jueces ni las partes, porque constituye una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Así lo resaltó la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de ese precepto, pues la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho. Por ende, según la Corte, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas en la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado, situación que no se extiende a quien no acudió en tiempo a la defensa de sus derechos²⁵.

Este criterio lo reiteró la Corte en el estudio de constitucionalidad del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 136.9 CCA, al destacar que la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que apunta a la protección del interés general, de modo que su configuración impide el ejercicio de la acción y no puede iniciarse válidamente el proceso. También señaló que la caducidad, dado su carácter de orden público, es indisponible y puede ser declarada de oficio por el juez, cuando se verifique su ocurrencia²⁶.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁷ ha distinguido entre daño permanente, instantáneo o inmediato y daño continuado o de tracto sucesivo, indicando que:

(...) por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce. A título de ejemplo puede citarse la muerte que se le causa a un ser humano, con ocasión de un comportamiento administrativo.

En este tipo de daño, vale la pena observar que, sus víctimas pueden constatar su existencia desde el momento mismo en que éste ocurre, como por ejemplo cuando estaban presentes en la muerte de su ser querido; pero también puede

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Sánchez Luque. Auto del 12 de julio de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2017-02321-01(66640)A.

²⁵ Cita de cita: Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1998 [fundamento jurídico 3.5].

²⁶ Cita de cita: Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001 [fundamento jurídico 4].

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 18 de octubre de 2007. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG). Dicha providencia ha sido reiterada en otras de la misma Sección, de las cuales puede consultarse la del 2 de agosto de 2019 (Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero, radicación número: 76001-23-31-000-2003-02005-02(46438)).

acontecer, que ellas se den cuenta de éste, luego de transcurrido algún tiempo, como cuando los familiares encuentran muerto a su ser querido, luego de una larga agonía en que se pensaba que éste estaba tan solo desaparecido; en esta segunda hipótesis, resultaría impropio contabilizar el término de la caducidad desde el momento en que se causó el daño (la muerte en el ejemplo traído), toda vez que las víctimas no sabían de ello, y más bien, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación, debe hacerse desde el momento en que se tuvo conocimiento del mismo²⁸.

En lo que respecta, al (2) daño continuado o de tracto sucesivo, se entiende por él, aquél que se prolonga en el tiempo, sea de manera continua o intermitente. Se insiste, la prolongación en el tiempo no se predica de los efectos de éste o si se quiere de los perjuicios causados, sino del daño como tal. La doctrina lo ejemplifica comúnmente en relación con conductas omisivas²⁹.

Resulta importante también distinguir en este tipo de daño, su prolongación en el tiempo, de la prolongación en el tiempo de la conducta que lo produce; toda vez que, lo que resulta importante establecer, para efectos de su configuración, es lo primero. Ejemplo de daño continuado, se insiste, es la contaminación a un río, con ocasión de una fuga de sustancias contaminantes, mientras que como ejemplo de la prolongación de la conducta que produce el daño, puede señalarse el caso de la agresión física a una persona que se extiende durante varios días. En el primer ejemplo es el daño como tal (la contaminación) el que se prolonga en el tiempo; en el segundo, el daño estaría constituido por las lesiones personales producidas por una conducta que se extendió en el tiempo.

Dependiendo de si se trata de daño permanente, instantáneo o inmediato y daño continuado o de tracto sucesivo, la fecha a partir de la cual se inicia el

²⁸ Cita de cita: RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ al respecto señala: “El plazo (de la caducidad) añade el artículo 1968 (del Código Civil español), se computa “desde que lo supo el agraviado”. Debe entenderse: Desde que la víctima conoció la existencia del daño y estuvo en condiciones de ejercitar la acción.”. Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid, Civitas y Universidad de Deusto, 1993. p. 943. Esta Sección de lo contencioso administrativo del CONSEJO DE ESTADO, en múltiples oportunidades, ha señalado la importancia en muchos casos, de identificar, antes que el momento en que el daño se causó, el momento en que se tuvo noticia del mismo; a título de ejemplo se puede referir el siguiente pronunciamiento: Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de 10 de noviembre de 2000. Expediente No. 18805. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Y en época más reciente: Auto de 19 de julio de 2007. Expediente 31.135. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

²⁹ Cita de cita: El ya citado autor RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ distingue los daños duraderos de los continuados, entendiendo por los primeros, no en estricto sentido “daños” sino efectos de estos que se extienden en el tiempo, mientras que refiere a los segundos como los ocurridos con ocasión de una “conducta normalmente omisiva – que comienza y permanece, produciendo daños continuados a lo largo de toda su duración” como se observa, en esta conceptualización de daño, se confunde a éste entendido como circunstancia material, con la conducta que lo produce, aspectos estos diferenciados, como se dijo, por el derecho positivo colombiano, con ocasión de lo previsto en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998.

cómputo de la caducidad en la acción de reparación directa varía³⁰, pues la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que “(...) en el primer evento, “el término para presentar la demanda empieza a correr desde la causación del daño”; mientras que en el segundo “el término para presentar la demanda empieza a correr desde la cesación de los efectos vulnerantes”³¹”.

Debe precisarse que “(...) para efectos de contabilizar la caducidad, lo relevante es la causa del daño -¿qué produjo el daño?- y no las consecuencias del mismo. Así, cuando el daño es de ejecución instantánea, esto es, se consume en un solo evento, incluso si se prolongan sus consecuencias, el término de caducidad coincide con el acaecimiento de la causa del daño y se aplica la regla general que prescribe que el término de caducidad se contabiliza al día siguiente del hecho dañino, en tanto que si el hecho dañoso es continuado -como en el presente caso-, esto es, el daño se genera en el tiempo por una incesante y reiterada acción de los demandados, el término de caducidad correrá, igualmente, de manera sucesiva³²”³³.

En los eventos en los que la parte actora alega la configuración de una omisión como la causante del daño, el Consejo de Estado³⁴ ha precisado que:

Tratándose de omisiones imputables a la (sic) autoridades públicas, el término de caducidad debe contabilizarse a partir del momento en que la omisión causa el daño, sin que ese término pueda considerarse prolongado porque la omisión subsista.

<<En relación con las omisiones, el término de caducidad de la acción debe contarse desde el momento en que se incumpla la obligación legal, siempre que ese incumplimiento coincida con la producción del daño, pues en caso contrario, el término de caducidad deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica del mismo, ya que ésta es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria. “Aunque la omisión se mantenga en el tiempo o el daño sea permanente, dicho término no se extiende de manera

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Auto del 14 de noviembre de 2019. Radicación número: 81001-23-39-000-2017-00116-01(62809).

³¹ Cita de cita: Consejo de Estado, Subsección C de la Sección Tercera, sentencia del 12 de agosto de 2014, exp. n° 00298-01(AG). C.P. Enrique Gil Botero.

³² Cita de cita: En términos similares, consultar el Auto de 21 de junio de 2019, exp. 61157, proferido por esta Subsección.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. María Adriana Marín. Auto del 15 de agosto de 2019. Radicación número: 25000-23-36-000-2014-01397-01(61714).

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Martín Bermúdez Muñoz. Sentencia del 3 de agosto de 2020. Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02169-01(43340).

indeterminada porque la misma ley ha previsto que el término de caducidad es de dos años contados a partir de la omisión.”>>³⁵

<< (...) Sostener lo contrario podría conllevar a que se difiriera indefinidamente la configuración de la caducidad cuando la actuación positiva o negativa del aparato estatal se prolonga de manera indeterminada en el tiempo, como en varias ocasiones ocurre con las omisiones del Estado, a pesar de que los mismos daños por los que se puede demandar se hubiesen configurado en un momento concreto y fueran conocidos por la víctima, lo cual contravendría la misma seguridad jurídica que pretende garantizar dicho instituto procesal. (...)

Descendiendo al caso que convoca la atención de la Sala, se advierte que, conforme a la demanda presentada, la parte actora solicita la reparación de perjuicios que le fueron ocasionados por lo siguiente: **i)** tardanza en la atención que debía brindar la Clínica Manizales, pues pese a que el 13 de diciembre de 2007 se diagnosticó con apendicitis, la IPS no intervino inmediatamente a la señora Margarita Gallego Giraldo, sino que lo hizo el 14 de diciembre de 2007, permitiendo que se generara una peritonitis; y **ii)** actitud omisiva y negligente por parte de la Clínica Manizales al dejar una compresa dentro de la herida quirúrgica, lo que ocasionó la infección de ésta, según se constató el 16 de enero de 2008.

Los dos hechos anteriores, en criterio de la parte actora, generaron una serie de afectaciones en la salud de la señora Margarita Gallego Giraldo, tales como: eventración o hernia postquirúrgica, la cual se diagnosticó el 25 de septiembre de 2008; molestias funcionales digestivas; protuberancia en la cicatriz quirúrgica de la eventrorrafia; y dolor intenso en el sitio de la hernia postquirúrgica, que le dificulta la marcha.

Las citadas afectaciones exigieron que la señora Margarita Gallego Giraldo acudiera a consultas médicas posteriores, e incluso a que fuera sometida a procedimientos quirúrgicos el 23 de enero de 2009 (para tratar la eventración), el 8 de julio de 2009 (corrección de eventración) y otro supuestamente el 4 de noviembre de 2009, el cual no se precisó en la demanda, no consta en la historia clínica y al parecer corresponde a una consulta general en la que se diagnosticó a la paciente con “DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS”, “COMPLICACIONES DE PROCEDIMIENTOS” y “ADHERENCIAS PERITONEALES”, con ocasión de los cuales se ordenó la remisión a cirugía general para valoración y manejo³⁶.

³⁵ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 2009. Expediente: 37165. Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁶ Páginas 75 y 76 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

En aras de determinar la fecha a partir de la cual debe iniciarse el cómputo de la caducidad en el presente asunto, es necesario establecer previamente cuál es la acción u omisión causante del daño que se imputa a las entidades demandadas.

En ese sentido, debe separarse la supuesta tardanza para realizar la apendicectomía y la presunta negligencia al dejar una compresa dentro de la herida quirúrgica, de los efectos que tales conductas hubieran generado en la salud de la señora Margarita Gallego Giraldo.

Atendiendo lo manifestado en la demanda, se observa que la presunta tardanza en realizar el procedimiento quirúrgico que requería la paciente y que ocasionó el daño a la parte actora, se constató el 14 de diciembre de 2007, fecha en la que se practicó la apendicectomía. De otra parte, la supuesta conducta omisiva y negligente por haberse dejado una compresa dentro de la herida quirúrgica y que produjo una infección, se conoció por la perjudicada el 16 de enero de 2008.

Este Tribunal considera que el daño continuado no puede asimilarse al hecho dañoso, que en este caso no se prolongó hasta el 4 de noviembre de 2009 como pretende la parte actora. Además, los dos hechos a los que los demandantes ligan la existencia de la eventración o hernia y las demás complicaciones de salud, fueron plenamente conocidos por ellos el 14 de diciembre de 2007 y el 16 de enero de 2008, sin que pueda entenderse que los tratamientos subsiguientes condicionaron de alguna forma la manera de operar la caducidad, tal como tuvo oportunidad de señalarlo el Consejo de Estado en reciente providencia³⁷, en la que sostuvo que:

Además, vale la pena destacar que los tratamientos que se brindaron desde que se conoció el daño, para intentar mejorar la situación del paciente, se convirtieron en métodos alternos para manejar las consecuencias del accidente, empero no pueden tenerse como el daño principal y por ende dejar en suspenso el conteo del término de la caducidad de manera indefinida³⁸.

Sobre este punto, la Sección Tercera de esta Corporación ha sostenido³⁹:

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 6 de febrero de 2020. Radicación número: 50001-23-31-000-2009-00004-01(54281).

³⁸ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 de enero de 2014, expediente 34283, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

³⁹ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 13 de diciembre de 2017, expediente 43385, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

“En este punto, cabe agregar que se debe diferenciar el daño continuado o de tracto sucesivo, del hecho dañoso y de los daños de naturaleza inmediata que se agrava o cuyos efectos o perjuicios se prolongan en el tiempo, comoquiera que en estos casos, el menoscabo se concreta ipso facto en un momento determinado, y es a partir del hecho dañoso que lo causa o desde que se conoció el daño -se reitera, en los eventos de que el afectado no lo hubiera podido advertir al momento en que se produjo el hecho dañoso-, que el término de caducidad debe empezar a computarse⁴⁰.”

“De esta manera, conviene resaltar que no deben confundirse los daños continuados con los hechos dañosos que se extienden temporalmente, de modo que la excepción a la regla de la caducidad prevista para aquéllos no le resulta aplicable a éstos (...).”

Con base en lo expuesto, resulta evidente que, para el ejercicio oportuno del presente medio de control, la parte actora tenía un plazo de dos años, contado a partir del día siguiente al conocimiento del daño que dio origen a la demanda, es decir, que el término corrió desde el **15 de diciembre de 2007** hasta el **15 de diciembre de 2009**, o si se quiere, desde el **17 de enero de 2008** hasta el **17 de enero de 2010**.

No obstante lo anterior, la parte demandante radicó solicitud de conciliación extrajudicial el **20 de agosto de 2010**⁴¹, y presentó la demanda el **18 de enero de 2011**⁴².

En ese sentido, tanto para el momento en que instauró la demanda como para aquél en que presentó la solicitud de conciliación extrajudicial, el fenómeno de la caducidad había operado.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto, considera el Tribunal que la decisión de primera instancia debe ser confirmada, por cuanto al momento de presentar la demanda, el fenómeno de la caducidad ya se había configurado, haciendo improcedente acceder a las pretensiones de la demanda.

Costas

⁴⁰ Cita de cita: [18] *“En lo que tiene que ver con los daños de tracto sucesivo, de naturaleza inmediata y su diferenciación con la continuidad de sus efectos, perjuicios y agravación del daño, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de octubre de 2007, exp. 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG), C.P. Enrique Gil Botero”.*

⁴¹ Página 31 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴² Página 3 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

No habrá lugar a condena en costas por cuanto la actividad de las partes se ciñó a los parámetros de buena fe y lealtad procesales, sin que por lo mismo se observe actuación temeraria ni maniobras dilatorias del proceso (artículo 171 del CCA modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998).

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora Margarita Gallego Giraldo y otros contra la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, Municipio de Manizales, DTSC, SOLSALUD EPS y Clínica Manizales.

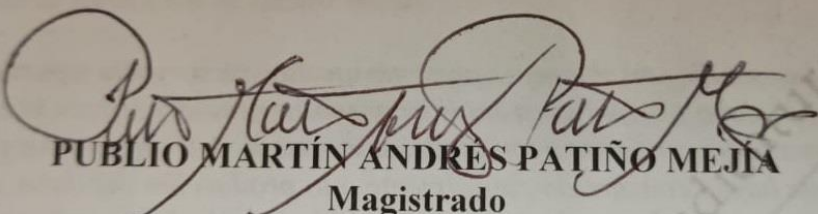
Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

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

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'F. Álvarez Beltrán', with a stylized flourish at the end.

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Escritural de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 154

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Acción:	Reparación Directa
Radicación:	17001-33-31-004-2010-00484-02
Demandantes:	María Doctorlina Quintero Giraldo y otros
Demandados:	ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas
Llamado en	
Garantía:	Liberty Seguros S.A.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 038 del 30 de septiembre de 2022

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 133 y 181 del Código Contencioso Administrativo (CCA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del primero (1º) de junio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora María Doctorlina Quintero Giraldo y otros contra el Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas ESE, y en el cual fue llamado en garantía Liberty Seguros S.A.

LA DEMANDA

En ejercicio del medio de control interpuesto el 1º de octubre de 2010², la parte demandante solicitó lo siguiente³:

Pretensiones

¹ En adelante, CCA.

² Página 2 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ Páginas 7 a 11 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

1. Que se declare administrativamente responsable a la parte accionada por los perjuicios causados a la parte demandante como consecuencia del mal tratamiento quirúrgico y de las lesiones causadas al señor Adelmo Antonio García Valencia el 28 de enero de 2010.
2. Que en consecuencia de la anterior declaración se condene a la parte demandada al pago de los siguientes perjuicios a favor de cada uno de los demandantes, en la siguiente proporción:

DEMANDANTE	CALIDAD EN QUE CONCURRE	PERJUICIOS MORALES (s.m.l.m.v.)	PERJUICIOS FISIOLÓGICOS	PERJUICIOS MATERIALES (Lucro Cesante)
Sucesores procesales del señor Adelmo Antonio García Valencia	Víctima directa	100	\$20'000.000	\$48'725.750
María Doctorlina Quintero Giraldo	Esposa	50	-	-
Cecilia García Quintero	Hija	50	-	-
Sandra Milena García Quintero	Hija	50	-	-
Orfilia García Quintero	Hija	50	-	-
Mariela García Quintero	Hija	50	-	-
Alcira García Quintero	Hija	50	-	-

3. Que se condene a la entidad demandada a pagar intereses desde la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se produzca el efectivo cumplimiento de ésta, conforme lo disponen los artículos 1.653 del Código Civil, 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo (CCA).
4. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte accionada.

Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos

de hecho⁴, que en resumen indica la Sala y que se permite ordenar cronológicamente para darle mayor entendimiento al relato efectuado:

1. Los señores Adelmo Antonio García Valencia y María Doctorlina Quintero Giraldo contrajeron matrimonio por el rito católico el 7 de abril de 1958 en iglesia de Samaná. Fruto de esa unión, nacieron los hijos: Alcira, Cecilia, Sandra Milena, Orfilia y Mariela García Quintero.
2. El señor Adelmo Antonio García Valencia se encontraba afiliado al régimen subsidiado en salud, a través de la EPS CAPRECOM.
3. El 28 de enero de 2010, el señor Adelmo Antonio García Valencia sufrió un incidente casero cuando estaba comiendo pescado y se le incrustó una espina en el lado derecho de la garganta.
4. El señor Adelmo Antonio García Valencia tuvo que ser remitido a urgencias del Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas, en el cual se le practicaría una cirugía para extraerle la espina de pescado por parte de la Dra. María Carolina Camacho Botello.
5. En la cirugía se hizo una exploración del esófago y se intervino el lado izquierdo de la garganta y no el derecho donde estaba la espina de pescado o cuerpo extraño, por lo que no lo extrajeron.
6. En la historia clínica del señor Adelmo Antonio García Valencia se dejó anotación de que éste estuvo hospitalizado desde el 28 de enero de 2010 hasta el 26 de marzo del mismo año, por perforación esofágica secundaria a espina de pescado, infección de punta de catéter por Kliesbella, EPOC severo y parálisis de cuerda bucal derecha.
7. El 21 de junio de 2010, se le practicó al señor Adelmo Antonio García Valencia una ecografía de cuello en la que se indicó que el paciente tenía una sensación de nódulo identificada como cuerpo extraño tipo espina de pescado, de 3.1 cm de longitud y de 3 a 4 mm de espesor, que atravesaba completamente el músculo esternocleidomastoideo, llegando hasta el borde superior de la glándula tiroides, mostrando reacción granulomatosa periférica.
8. El anterior examen corrobora que en la cirugía del 28 de enero de 2010 no se logró extraer el cuerpo extraño; que éste nunca se alojó en el esófago, por lo que no es cierto que hubiese existido una perforación esofágica secundaria a la espina de pescado; que la perforación

⁴ Páginas 5 a 7 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

esofágica fue producto de la misma cirugía, es decir, el paciente fue severamente lesionado sin solucionar el problema por el cual fue intervenido.

9. Los demandantes quedaron sumidos en la tristeza y en el dolor, al ver que su ser querido no solamente no fue atendido en forma adecuada sin que le hicieron graves lesiones que lo tienen con un cuerpo extraño en su cuerpo, con incapacidad para hablar y además en espera de que se solucione su problema de salud. Lo anterior se traduce en perjuicios morales, dado que la familia ha sido muy unida y ha tenido relaciones de amor y afecto al interior de la misma.
10. La situación descrita le ha ocasionado a la víctima directa perjuicios a la vida de relación o perjuicio fisiológico, dado que no le ha permitido disfrutar a cabalidad la vida; es más, le ha limitado considerablemente funciones propias del ser humano como hablar, comer, comunicarse, etc., y le ha trastornado su vida, además de las incomodidades que ha debido soportar por tal situación. Adicionalmente, desde el día del accidente hasta la fecha de presentación de la demanda, el señor Adelmo Antonio García Valencia ha estado incapacitado, sin poder hablar y con el cuerpo extraño en su garganta.

Fundamentos de derecho

Como fundamentos de derecho la parte actora invocó el contenido de las siguientes disposiciones⁵: Constitución Política: artículos 1, 2, 6, 43, 90, 217 y 218; Código Civil: artículos 86, 131, 263, 265, 1.613 a 1.617 y 2.341; Código de Procedimiento Civil (CPC)⁶: artículo 106; Ley 153 de 1887: artículos 4 y 8; Decreto 2137 de 1983; y Decreto 2584 de 1993.

Manifestó que no hay lugar a que la entidad demandada justifique jurídica, ética y moralmente su proceder, pues como revelan los hechos de la demanda, existió negligencia e indolencia por parte de quienes se supone que tienen el deber profesional de atender las necesidades de salud de los ciudadanos, y en un grado superior el deber moral de proteger la vida de cualquier persona.

Consideró que la falla en el servicio médico que se presentó en este caso constituye una grave violación tanto de la Constitución Política como de las leyes vigentes en materia de salud.

⁵ Páginas 12 a 16 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶ En adelante, CPC.

Se refirió al error en el diagnóstico y a la responsabilidad por abandono o falta de atención al paciente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando dentro del término legal conferido para tal efecto y obrando debidamente representada, la entidad demandada contestó la demanda de la manera que se indica a continuación⁷.

Indicó que el señor Adelmo Antonio García Valencia consultó el 28 de enero de 2010 en el servicio de urgencias de la ESE, por presentar dolor posterior a deglución de espina de pescado. Preciso que al evaluar al paciente con estudio imagenológico, no se evidenciaron lesiones, por lo que se prescribió manejo ambulatorio con antibiótico y analgésico.

Refirió que al ser valorado el paciente por la especialidad de cirugía general a través de la Dra. María Carolina Camacho Botello, se evidenció respuesta inflamatoria sistémica, por lo que sospechó absceso cervical y lo programó para cirugía.

Explicó que aunque el paciente fue intervenido por el lado izquierdo y por el lado derecho donde se encontraba alojada la espina de pescado, tal situación no corresponde a un error sino que justamente en esos casos es una de las vías del abordaje quirúrgico para las exploraciones de esófago; procedimiento con hallazgos clínicos sugestivos de colección cervical, la cual se verificó y drenó quirúrgicamente.

Preciso que el procedimiento realizado era el indicado y era la estrategia necesaria para salvaguardar la vida y la seguridad del paciente, pues había sospecha preoperatoria de perforación esofágica y riesgo de mediastinitis y posterior muerte por no ser intervenido quirúrgicamente.

Señaló que para que un cuerpo extraño (tipo espina de pescado) que ha sido ingerido por vía oral se aloje finalmente en un músculo del cuello como se describe en la ecografía, es necesario que aquél se hubiera alojado en el esófago en un momento determinado de la evolución, perforándolo, para causar los cambios descritos en el informe quirúrgico y pasar al plano de los tejidos blandos. En ese sentido, sostuvo que no es válido afirmar que la perforación esofágica fue producto de la intervención realizada.

Manifestó que en la descripción quirúrgica no se afirma que se extrajo el cuerpo extraño durante el primer procedimiento realizado.

⁷ Páginas 68 a 75 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Mencionó que la parálisis de cuerda vocal derecha corresponde a uno de los riesgos descritos en los procedimientos quirúrgicos de cuello. Sin embargo, anotó que el abordaje efectuado corresponde al lado contralateral, por lo que la opción más válida sería inferir que la lesión fue ocasionada por el proceso inflamatorio existente por el absceso, el cuerpo extraño mismo o con menor probabilidad por la realización repetida de intubación oro-traqueal, la cual se requería para preservación de la permeabilidad de la vía aérea del paciente y su posibilidad de respirar.

Expuso que la masa en el cuello a que se refiere la ecografía se genera como consecuencia de la respuesta del organismo ante la presencia de un cuerpo extraño, con el fin de aislar tal elemento.

Por lo anterior, consideró que no existe falla en el servicio y que las complicaciones que presentó el paciente fueron derivadas exclusivamente de la causa de ingreso al centro hospitalario.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en el siguiente medio exceptivo: ***“INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL HECHO Y EL DAÑO”***, ya que las complicaciones presentadas no fueron derivadas exclusivamente del ingreso a la ESE o de otra diferente al procedimiento quirúrgico.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas llamó en garantía a Liberty Seguros S.A.⁸, con fundamento en la póliza n° 305296, con vigencia entre el 31 de diciembre de 2009 y el 31 de diciembre de 2010.

Con auto del 13 de agosto de 2012⁹, el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales admitió el llamamiento en garantía.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Actuando dentro del término conferido y obrando debidamente representada, Liberty Seguros S.A. contestó la demanda y el llamamiento en garantía¹⁰ de la manera que se indica a continuación.

⁸ Páginas 73 y 74 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Páginas 100 a 102 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰ Páginas 106 a 131 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó coadyuvar los argumentos expuestos en la contestación, con fundamento en que aquellas carecen de respaldo científico, fáctico y jurídico, además de configurarse causales eximentes de responsabilidad.

Propuso los siguientes medios exceptivos: ***“AUSENCIA DE CULPA Y CONSECUENTEMENTE DE RESPONSABILIDAD DE LA DEMANDADA E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL SANTA SOFIA (sic) DE CALDAS. INTERRUPCION (sic) DEL VINCULO (sic) CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA IMPUTADA Y EL PERJUICIO QUE SE RECLAMA. OBLIGACIONES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO”***, ya que los actos médicos, quirúrgicos y demás desplegados por la ESE y su equipo médico estuvieron encaminados a preservarle la vida al señor Adelmo Antonio García Valencia, lo que significa que no puede hablarse de culpa ni menos de responsabilidad por parte del hospital, menos aún cuando el ejercicio de la medicina es de medios y no de resultados; ***“INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD”***, pues durante el procedimiento quirúrgico practicado al señor Adelmo Antonio García Valencia no se presentaron complicaciones y se efectuó con apego estricto a los protocolos para este tipo de cirugías; ***“EXONERACION (sic) POR ESTAR PROBADO QUE EL EQUIPO MÉDICO EMPLEO (sic) LA DEBIDA DILIGENCIA Y CUIDADO”***, teniendo en cuenta que el objeto de la obligación del equipo médico conformado por los profesionales que laboraron el 28 de enero de 2010 en la ESE y que atendieron al paciente, se desarrolló dentro de los lineamientos que la técnica médico científica acepta y recomienda como tratamiento para el cuadro que evidenció en ese instante el paciente; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION (sic) DE INDEMNIZAR POR AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD. NO RELACION (sic) DE CAUSALIDAD”***, por cuanto no se vislumbra ninguna anomalía o falla médica de la cual pueda deducirse responsabilidad por parte de la ESE; ***“AUSENCIA DE PRUEBA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS”***, que si bien se solicitan en la demanda, lo cierto es que no se prueba su existencia ni la cuantía; ***“FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO COMO EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD”***, en el entendimiento que el perjuicio causado al señor Adelmo Antonio García Valencia era un riesgo inherente a la cirugía practicada, que era necesaria para salvar su vida; y ***“(…) GENERICA (sic)”***, en la medida en que se demuestre dentro del proceso los hechos que la configuren.

En punto al llamamiento en garantía, la aseguradora propuso las siguientes excepciones: ***“SUJECION (sic) DE LA E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL***

SANTA SOFIA (sic) DE CALDAS Y LA COMPAÑÍA LIBERTY SEGUROS S.A AL CONTRATO DE SEGURO Y A LAS NORMAS LEGALES QUE LO REGULAN", ya que la responsabilidad que le pueda incumbir a la aseguradora está limitada por el contrato de seguro celebrado, y debe examinarse exclusivamente a la luz del contrato de seguro y las normas que regulan ese vínculo contractual, esto es, atendiendo la vigencia, valores asegurados, límites de la indemnización y, en general, las condiciones generales y particulares de la póliza; **"LIMITE (sic) DE AMPARO ASEGURADO BAJO LA POLIZA (sic) OBJETO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA (sic)"**, con ocasión de la suma asegurada (\$800'000.000), del coaseguro pactado en porcentaje del 60% a cargo de Liberty Seguros y del 40% para La Previsora S.A. Compañía de Seguros, y del deducible en cuantía del 10% de la pérdida o un mínimo de \$2'500.000; **"EXISTENCIA DE COASEGURO PACTADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR EVENTUAL RESPONSABILIDAD POR EVENTUAL RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE CLÍNICAS Y HOSPITALES NRO. 305296, ENTRE LIBERTU (sic) SEGUROS S.A Y LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS"**, en los términos señalados en la póliza; **"LIBERTY SEGUROS S.A. NO ESTA (sic) OBLIGADA A INDEMNIZAR LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES"**, pues así quedó consignado en las condiciones generales y particulares de la póliza; **"FALTA DE CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL SINIESTRO"**, teniendo en cuenta que los perjuicios reclamados no se encuentran demostrados ni debidamente sustentados en el proceso y, en ese sentido, no se cumple el requisito establecido en el artículo 1.077 del Código de Comercio; **"PRESCRIPCION (sic) DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO"**, de conformidad con el artículo 1.081 del Código de Comercio y en tanto la asegurada llamó en garantía a la aseguradora el 8 de febrero de 2013, esto es, 3 años y 8 días después de que ocurrió el hecho (28 de enero de 2010); y **"(...) GENÉRICA"**, en relación con cualquier otra excepción que resultare acreditada en el proceso conforme lo prevé el artículo 306 del CPC.

LA SENTENCIA APELADA

El 1º de junio de 2020, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia¹¹, a través de la cual negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con las siguientes consideraciones.

Inicialmente estudió la objeción por error grave planteada por la parte actora contra el dictamen del Dr. Alberto Ángel Pinzón, concluyendo que la misma

¹¹ Archivo nº 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

no prosperaba, en tanto el contenido de la experticia estuvo bien fundamentado sin que se alteraran las cualidades del objeto examinado, esto es, la historia clínica del señor Adelmo Antonio García Valencia.

A continuación, indicó que el daño fue acreditado en el proceso, en tanto hay constancia de las lesiones físicas padecidas por el señor Adelmo Antonio García Valencia y que se concretan en la parálisis de la cuerda vocal derecha, la presencia de un cuerpo extraño en la zona del cuello y las complicaciones que presentó, incluidas las cicatrices en esa misma área producto de la realización del procedimiento quirúrgico del 28 de enero de 2010.

En lo que respecta al régimen de responsabilidad aplicable, explicó que el asunto debe examinarse a la luz de título de imputación por falla en el servicio y no por daño especial, pues la parte actora reclama la existencia de un daño a partir de una intervención quirúrgica que considera desacertada, pero no por el hecho de haber dejado un cuerpo extraño, máxime cuando éste fue justamente el que ingirió el paciente de manera accidental.

Con base en el dictamen del Dr. Alberto Ángel Pinzón, la Juez de primera instancia consideró que la intervención quirúrgica practicada al paciente no sólo fue adecuada sino que además era necesaria, dado el proceso infeccioso que presentaba hacía dos días y las enfermedades preexistentes al momento de la consulta. Preciso que la cervicotomía debía realizarse por el lado izquierdo del cuello, porque desde ese punto el esófago puede observarse de una mejor manera.

En relación con el concepto del médico cirujano Rubelio Antonio Riaño Aguirre allegado por la parte actora para controvertir el dictamen pericial referido, la Juez *a quo* indicó que el mismo omitió que el paciente llevaba dos días con el cuerpo extraño en su interior, que ya presentaba un proceso inflamatorio en la región del esófago, que se trataba de una persona de 72 años, y que tenía hipertensión arterial y enfermedad pulmonar obstructiva crónica; todo lo cual fue decisivo al momento de optar por una intervención quirúrgica y no por una endoscopia u otra ayuda diagnóstica.

Señaló que según la guía para el manejo de urgencias, específicamente el capítulo dedicado al trauma y a las perforaciones del esófago, la cervicotomía hace parte del tratamiento cuando se advierte un proceso infeccioso, como sucedía en este caso. Preciso que aunque dicha guía recomienda la realización de ayudas diagnósticas para ubicar con mayor exactitud el cuerpo extraño, lo cierto es que en el caso concreto se trataba de una urgencia médica que ponía en peligro la vida del paciente y el tiempo invertido en acudir a estas ayudas podía agravar más su condición de salud.

Adujo que el paciente se encontraba en una urgencia médica y que su vida estaba en peligro debido al proceso infeccioso que presentaba y que podía desencadenar una infección mayor o mediastinitis, comprometiendo otros órganos vitales ubicados en la zona torácica. Por ello, consideró que el tiempo en que pudiera invertirse en ubicar y esperar la disponibilidad de un especialista en otorrinolaringología podía complicar el estado de salud del paciente, ya que mientras más tiempo transcurriera menos eran las posibilidades de sobrevivir.

Manifestó que sí existió una perforación en el esófago de la víctima del daño, tal como se sostuvo en el dictamen pericial, el que confirma no sólo su existencia sino también la presencia de un proceso infeccioso, en la medida en que durante la intervención quirúrgica se halló aire y un líquido turbio, sumado a la sintomatología del paciente: fiebre, taquicardia y el aumento de leucocitos en la sangre; lo cual hacía necesaria y adecuada una intervención quirúrgica como la realizada por el personal de la ESE accionada.

Refirió que la lesión de las cuerdas vocales del señor Adelmo Antonio García Valencia no tuvo como causa directa la realización de la intervención quirúrgica, tal como se explicó por el Dr. Alberto Ángel Pinzón en su dictamen, sino posiblemente el cuerpo extraño que en su trayectoria perforó la faringe, la laringe o el esófago del paciente.

Aclaró que el período por el cual el paciente estuvo intubado (10 días) no es suficiente para llegar a causar la parálisis de sus cuerdas vocales; y que la familia se negó a la realización de una traqueotomía, la que hubiera reducido el riesgo de una parálisis de las cuerdas vocales.

Sostuvo que antes de ingerir el cuerpo extraño, el señor Adelmo Antonio García Valencia presentaba varias enfermedades que complicaron más la evolución posterior a la intervención quirúrgica; de allí que existió la necesidad de realizar intubación y extubación para darle soporte respiratorio así como una yeyunostomía temporal, procedimiento que en palabras de quien efectuó el procedimiento consiste en que se lleva a la pared abdominal una porción de yeyuno con el fin de darle una nutrición integral al paciente, en pacientes en los que se prevé que va a requerir una nutrición enteral prolongada y que no pueden utilizar el esófago pues que no pueden tolerar la vía oral por un tiempo prolongado.

Infirió entonces que la estancia prolongada del señor Adelmo Antonio García Valencia en la ESE demandada, así como los procedimientos que en este lapso se realizaron, no guardan relación directa con la intervención

quirúrgica inicial, esto es, con la cervicotomía, sino con las enfermedades que el paciente ya presentaba para el 28 de enero de 2010 y la evolución del proceso infeccioso por la presencia de un cuerpo extraño en sus vías digestivas altas.

Expuso que aunque en la demanda se insinúa como parte de un daño antijurídico la existencia de las cicatrices en la región del cuello luego de la intervención quirúrgica realizada, lo cierto es que además de encontrar lógico que el paciente presentara cicatrices como resultado del procedimiento médico invasivo realizado, ello por sí mismo no constituye un daño, pues no se practicaron pruebas en las que se determinara que las cicatrices resultaban desproporcionadas o que debido a una mala praxis su aspecto no fuera normal, ni tampoco la manera en que esto afectaba la vida de señor Adelmo Antonio García Valencia.

Concluyó que la actuación del personal médico de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas fue diligente y oportuna, en la medida en que emplearon todos los medios disponibles en el momento para salvar la vida del paciente; siendo improcedente en el momento acudir a ayudas diagnósticas, ya que las condiciones de salud del paciente no daban espera, por lo que era necesario actuar de manera inmediata para evitar que el proceso infeccioso se esparciera a otras zonas del cuerpo y causara daños mayores o incluso su fallecimiento.

Finalmente, se abstuvo de condenar en costas a la parte actora, aduciendo que no se había demostrado temeridad o mala fe, conforme lo exigía el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo* y actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia¹², de la siguiente manera.

Adujo que no se valoraron las pruebas aportadas por la parte actora, correspondientes a los peritajes de los médicos Mario Santacoloma Osorio y Rubelio Antonio Riaño, que constituyen una prueba fundamental y determinante para establecer la responsabilidad de la entidad accionada, pues dan cuenta de la negligencia, de la omisión en el tratamiento y de la ausencia de exámenes diagnósticos indispensables antes de proceder con la intervención quirúrgica exploratoria que dejó lesiones y secuelas y que justamente fueron las que sustentaron el presente proceso.

¹² Archivo nº 07 del cuaderno 1 del expediente digital.

En efecto, indicó que el Dr. Mario Santacoloma Osorio consideró que si bien la endoscopia digestiva estaba contraindicada en este caso por los hallazgos que sugerían una respuesta inflamatoria sistémica secundaria a una posible perforación del esófago por un cuerpo extraño, también es cierto que una tomografía axial computarizada de cuello con medio hidrosoluble era un examen que hubiera aportado elementos sobresalientes para tomar la mejor conducta terapéutica. Reprochó que después de la intervención quirúrgica no se realizara estudio de imágenes para evaluar qué había sucedido con el cuerpo extraño.

De lo expuesto en el dictamen rendido por el Dr. Mario Santacoloma Osorio, la parte actora concluyó que: existían medios diagnósticos y de intervención alternativos que disminuían ostensiblemente los riesgos y complicaciones; en este caso no se hizo uso de dichos medios técnicos apropiados para realizar la intervención quirúrgica y minimizar los riesgos y complicaciones inherentes a esta; el procedimiento quirúrgico realizado al señor Adelmo Antonio García Valencia se hizo a ciegas; el actuar médico potencializó los riesgos inherentes al procedimiento al no hacer uso de las herramientas pertinentes; y con el examen diagnóstico (tomografía axial computarizada de cuello con medio hidrosoluble) no habría sido necesario realizar un procedimiento tan invasivo como fue la cirugía exploratoria, que le dejó lesiones y secuelas al paciente, afectando de manera definitiva su salud.

Sostuvo que la sentencia de primera instancia tampoco tuvo en cuenta el dictamen del Dr. Rubelio Antonio Riaño, quien explicó que según el protocolo para la atención de casos como el del señor Adelmo Antonio García Valencia, no debe entrarse de inmediato a operar sin agotar el método menos invasivo, como sería la endoscopia para visualizar directamente el objeto y la extracción del mismo. Añadió que el citado médico consideró que aunque intervenir por el lado izquierdo del cuello es una de las vías para explorar el esófago, no era la procedente en el caso concreto, a sabiendas de las manifestaciones clínicas del paciente de que la espina la sentía al lado derecho. Adicionalmente, el galeno consideró que la intervención debió ser hecha por un especialista en otorrinolaringología y no por un cirujano general.

Precisó que en concepto del médico Rubelio Antonio Riaño, las complicaciones subsiguientes al acto quirúrgico, como fueron: fístula proximal del esófago, parálisis de cuerda bucal derecha, neumonía intrahospitalaria postquirúrgica, e infección y contaminación de la punta del catéter de yeyunostomía, son producto de una conducta médica inapropiada.

Estimó que el solo hecho de haber permanecido hospitalizado 57 días demuestra que el procedimiento quirúrgico tuvo una anomalía, pues no se compadece con el motivo de la consulta (ingerir una espina de pescado).

Manifestó que en este asunto debe aplicarse la teoría del daño anormal o desproporcionado y, en ese sentido, establecer el nexo causal entre el evento dañoso y la prestación médica.

Alegó que existe un error grave en el dictamen pericial rendido por el Dr. Alberto Ángel Pinzón, pues está demostrado que: el cuerpo extraño no se encontraba en el esófago sino en el músculo esternocleidomastoideo, atravesándolo, como quedó registrado en la ecografía que se le practicó 6 meses después (21 de junio de 2010); no se justificó la operación exploratoria en el esófago, y la misma resultó excesiva, innecesaria y desproporcionada, en tanto, había otros medios que resultaban menos invasivos y más eficientes; la literatura médica es coherente y contundente al afirmar que el mejor método a usar en este tipo de casos es la endoscopia, y sólo el 1% debe ser llevado a cirugía; debía practicarse una ecografía al paciente antes de cualquier intervención; debió atenderse primero la infección; no hay evidencia de que el esófago estuviera perforado antes de la cirugía; el procedimiento debió ser practicado por un especialista (otorrino) y no por una cirujana general; fue una cirugía improvisada; y no era procedente que el abordaje de la cirugía exploratoria se hiciera por el lado contrario a donde el paciente tenía el cuerpo extraño.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante¹³

Solicitó revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda, con fundamento, en esencia, en los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y que reiteró en los alegatos de conclusión.

Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas

Guardó silencio.

Liberty Seguros S.A.

¹³ Archivo nº 10 del cuaderno 2 del expediente digital.

Aunque por parte de Liberty Seguros S.A. el abogado Héctor Jaime Giraldo Duque allegó memorial de alegatos de conclusión de segunda instancia¹⁴, éstos no se tendrán en cuenta, en la medida en que el citado profesional del derecho no allegó poder alguno que lo autorizara a actuar en nombre y representación de la aseguradora.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no emitió concepto en esta oportunidad procesal.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 24 de marzo de 2021¹⁵, correspondiendo su conocimiento al Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes, a cuyo Despacho fue allegado el 18 de mayo del mismo año¹⁶.

Devolución expediente. Con auto del 18 de mayo de 2021¹⁷, el Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes ordenó devolver el expediente a la Oficina Judicial de esta ciudad, a fin de que realizara el reparto del mismo entre los magistrados que conocen del sistema escritural.

Nuevo reparto. Efectuado nuevamente el reparto el 21 de mayo de 2021¹⁸, el conocimiento del asunto correspondió al Magistrado Ponente de esta providencia, a cuyo Despacho fue allegado el 10 de junio del mismo año¹⁹.

Admisión y alegatos. Por auto del 11 de junio de 2021 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia²⁰. Dentro del término otorgado, sólo la parte demandante alegó de conclusión²¹. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 26 de julio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia²², la que se dicta en seguida, atendiendo el orden

¹⁴ Archivo nº 13 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁶ Archivo nº 03 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁷ Archivo nº 04 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁸ Archivo nº 06 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁹ Archivo nº 07 del cuaderno 2 del expediente digital.

²⁰ Archivo nº 07 del cuaderno 2 del expediente digital.

²¹ Archivo nº 10 del cuaderno 2 del expediente digital.

²² Archivo nº 14 del cuaderno 2 del expediente digital.

de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquél fue formulado.

Problema jurídico

La cuestión que debe resolverse en el *sub examine* se centra en resolver las siguientes preguntas:

- *¿Se acreditaron en el presente asunto los elementos que configuran responsabilidad extracontractual del Estado, por la supuesta falla médica en la que incurrió el Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas en la prestación del servicio de salud al señor Adelmo Antonio García Valencia?*
- *En caso afirmativo, ¿se demostraron los perjuicios reclamados por la parte actora?*
- *En caso de que se configure responsabilidad por parte de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas, ¿Liberty Seguros S.A. está obligada a reembolsar el valor de una eventual condena?*

Para despejar los interrogantes planteados, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** elementos generales de responsabilidad del Estado; **ii)** régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de falla en la prestación del servicio médico; **iii)** hechos probados; y **iv)** acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad en el caso concreto.

1. Elementos generales de la responsabilidad

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del CCA que consagra el medio de control de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación

temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación tales como la falla del servicio, el daño especial, o la denominada teoría del riesgo, los cuales obedecen a diversas situaciones en las que el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

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

La jurisprudencia y la doctrina, a partir de las sucesivas reformas constitucionales y legales que se han dado en Colombia, han señalado que para deducir la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones, deben reunirse tres condiciones:

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

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

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

Por regla general, corresponde a la parte demandante la comprobación

plena de los hechos de su demanda, en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso (CGP)²³, es decir, de los tres elementos que permiten deducir la responsabilidad.

2. Régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de falla en la prestación del servicio médico

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la Administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico *“venite ad factum, iura novit curia”* (dame los hechos, el Juez dará el Derecho), que significa que en materia de acciones de reparación directa se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por el actor o los sujetos procesales²⁴.

Las imputaciones jurídicas de la demanda realizadas contra la parte demandada aluden en general a la falla en la prestación del servicio de salud que requería el señor Adelmo Antonio García Valencia, en tanto se aseguró que la cirugía exploratoria del esófago practicada al paciente, fue hecha al lado contrario de donde se encontraba alojado el cuerpo extraño deglutido, el cual no se extrajo, produciendo una perforación esofágica y otro tipo de lesiones, dentro de las cuales se encuentra una parálisis de cuerda vocal derecha.

Tratándose de un asunto relacionado con una supuesta falla médica, se aplica en principio el título o régimen de imputación por falla probada, por virtud del cual corresponde a la parte demandante demostrar los tres elementos que integran la responsabilidad del Estado, conforme lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁵.

²³ En adelante, CGP.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Radicación número: 47001-23-31-000-1995-03986-01(16413).

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 28 de abril de 2011. Radicación número: 47001-23-31-000-1994-03766-01(19963). En dicha providencia, se indicó: *“La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios, al tiempo que no se requiere certeza en la determinación de la causa, sino que se admite la acreditación de una causa probable”*.

Dicho título de imputación opera, como lo ha señalado el Máximo Tribunal Administrativo, no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende “(...) los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”²⁶.

Ahora bien, respecto de la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario fundada en la “lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”, se produce como efecto de la vulneración al derecho constitucional a la salud, especialmente en lo que hace referencia al principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual se estudia así por la jurisprudencia constitucional²⁷:

La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada.

La misma Corporación señaló:

Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 7 de octubre de 2009. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-04809-01(35656).

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 2010.

-Debe ser integral:

“(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente²⁸ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”.²⁹

En ese sentido, el Consejo de Estado ha manifestado en torno a dicha falla que, *“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización - más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”³⁰.*

Así pues, procede resolver la cuestión en estudio con base en el régimen de falla probada del servicio, conforme al cual deben acreditarse por la parte actora los presupuestos que permitan endilgar responsabilidad a la parte accionada.

3. Hechos acreditados

En aras de establecer si los elementos del régimen de responsabilidad aplicable en este asunto se encuentran configurados, procede esta Sala de Decisión a reseñar preliminarmente las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos que dieron origen a esta demanda y que se encuentran acreditados en el expediente.

²⁸ Cita de cita: En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

²⁹ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

³⁰ Cita de cita: Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

Previo a lo anterior, la Sala de Decisión debe precisar lo siguiente respecto de algunas pruebas allegadas y su valor probatorio en el *sub examine*.

En efecto, revisado el expediente se encuentra que el testigo Cristian Danilo Ruiz Echeverri allegó con su declaración un documento denominado “ANALISIS (sic) DE DOCUMENTOS PARA EMITIR UN CONCEPTO E INFORME PERICIAL FORENSE MEDICO (sic) LEGAL”, suscrito el 3 de mayo de 2012 por el médico cirujano forense Rubelio Antonio Riaño Aguirre³¹.

Así mismo, aportó un artículo médico denominado “Utilidad de la cervicotomía videoasistida en la extracción de cuerpos extraños”³², elaborado por médicos adscritos al servicio de otorrinolaringología del Hospital Central de Asturias en Oviedo España.

En criterio de este Tribunal, los citados documentos no pueden ser valorados, por cuanto el primero de ellos corresponde a un informe técnico que debió haber sido aportado como prueba pericial en su momento, para darle el trámite respectivo; mientras que el segundo es un artículo científico que también debió haber sido allegado en la oportunidad procesal oportuna y no a través de la declaración de una persona que no sólo no tiene conocimientos médicos sino que además tampoco guarda ninguna relación con aquellos documentos.

En efecto, conforme lo autorizaba el numeral 7 del artículo 228 del CPC, los testigos pueden presentar documentos pero éstos deben estar **relacionados con los hechos sobre los cuales declaran**. Al no existir en este caso alguna relación entre la declaración del señor Cristian Danilo Ruiz Echeverri y el informe técnico o el artículo científico mencionados, no podía dársele a éstos el alcance que autoriza la norma.

De otra parte y en lo que respecta al artículo médico denominado “Cuerpos extraños esofágicos”³³, esta Corporación estima que, en principio, sí es procedente su valoración como prueba documental, pues aunque fue allegado por la parte actora con posterioridad al auto que decretó pruebas en el presente proceso, lo cierto es que lo hizo acudiendo a lo previsto por el numeral 4 del artículo 236 del CPC, que autorizaba a las partes para que desde la notificación del auto que decretó el peritaje, hasta la diligencia de posesión del perito y durante ésta, pidieran que el dictamen se extendiera a otros puntos relacionados con las cuestiones sobre las cuales se decretó. Así

³¹ Páginas 8 a 15 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

³² Páginas 23 a 25 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

³³ Páginas 207 a 210 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

pues, al solicitar que se adicionara el cuestionario para el perito designado, haciendo preguntas relacionadas con el documento referido, éste puede ser estudiado por el Juez de conocimiento.

El Tribunal estima que el artículo denominado "*Shackelford's SURGERY of the ALIMENTARY TRACT*"³⁴, allegado por el perito Alberto Ángel Pinzón como parte del fundamento de su dictamen pericial, no es susceptible de ser valorado en este asunto, en la medida en que su contenido se encuentra en idioma distinto del castellano, siendo necesario para que pudiera apreciarse como prueba que obrara en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez, de conformidad con el artículo 260 del CPC. Lo anterior, sin perjuicio del alcance que pueda dársele al mismo atendiendo lo expuesto sobre el particular por el referido perito.

En lo que respecta a los artículos médicos denominados "*Cuerpos extraños en el aparato digestivo*"³⁵, "*Cuerpos extraños en el tracto digestivo superior*"³⁶, e "*INGESTIÓN DE CUERPOS EXTRAÑOS: PROTOCOLO DE ESTUDIO Y TRATAMIENTO*"³⁷, el Tribunal los valorará como prueba documental, como quiera que los mismos fueron allegados para sustentar la objeción del dictamen pericial rendido, según lo autoriza el numeral 5 del artículo 238 del CPC.

Finalmente se precisa que aunque con la objeción al dictamen pericial la parte actora aportó nuevamente el informe técnico presentado por el médico Rubelio Antonio Riaño Aguirre³⁸, el alcance de éste no puede ser el de dictamen pericial sino el de simples alegaciones de la parte interesada, conforme lo establece el numeral 7 del artículo 238 del CPC, tal como lo señaló en su momento la Juez de primera instancia³⁹.

Teniendo en cuenta las anotaciones anteriores, la Sala de Decisión pasa a establecer los hechos que se encuentran acreditados en el expediente.

a) Afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud

El señor Adelmo Antonio García Valencia se encontraba afiliado al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la

³⁴ Páginas 13 a 22 del archivo n° 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁵ Páginas 265 a 271 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁶ Páginas 272 a 279 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁷ Páginas 280 a 288 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁸ Páginas 289 a 296 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁹ Página 314 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

EPS CAPRECOM, según consta en el respectivo carné⁴⁰ y en una autorización de servicio⁴¹.

b) Incidente casero sufrido por el señor Adelmo Antonio García Valencia

Tal como se extrae de las historias clínicas del señor Adelmo Antonio García Valencia en la ESE ASSBASALUD⁴² y en la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas⁴³, se encuentra demostrado que el 26 de enero de 2010, aquél ingirió una espina de pescado mientras se encontraba almorzando, manifestando haber quedado con ella en la garganta.

c) Atención inicial de urgencias

De conformidad con la historia clínica del señor Adelmo Antonio García Valencia en la ESE ASSBASALUD⁴⁴, aquél acudió al servicio de urgencias el 27 de enero de 2010 a las 10:26 a.m., refiriendo tener un hueso de pescado en la garganta; siendo clasificado en Triage III⁴⁵.

Consta que en la consulta de urgencias el paciente refirió tener un cuerpo extraño (espina de pescado) en la faringe desde el día anterior, y que presentaba odinofagia, esto es, dolor al tragar alimentos o líquidos, sin más síntomas adicionales⁴⁶.

Al examen físico, se encontró al paciente en buenas condiciones generales, y se anotó que no tenía signos de dificultad respiratoria⁴⁷.

El médico de turno dio como impresión diagnóstica la de cuerpo extraño en la faringe y ordenó una radiografía de cuello, al tiempo que prescribió analgesia⁴⁸.

El 28 de enero de 2010 se dio orden de salida al paciente, reportando una radiografía normal, y enviándole dexametasona y cefradina⁴⁹.

d) Atención en salud subsecuente brindada al señor Adelmo Antonio García Valencia

⁴⁰ Página 43 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴¹ Página 42 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴² Páginas 5 a 8 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴³ Archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁴ Páginas 5 a 8 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁵ Página 5 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁶ Página 6 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁷ Página 6 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁸ Página 6 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁹ Página 7 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

Habiendo transcurrido dos días desde que el señor Adelmo Antonio García Valencia ingirió la espina de pescado, esto es, para el 28 de enero de 2010, aquél acudió al servicio de urgencias de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas a las 2:10 p.m., manifestando tener cuerpo extraño en cavidad oral⁵⁰. Fue clasificado en Triage II y se precisó que respiratoriamente estaba normal⁵¹.

En la atención por urgencias se consignó que: *“PACIENTE QUIEN HACE 2 DIAS (sic) PRESENTA DEGLUCION (sic) DE ESPINA DE PESADO CON SENSACION (sic) DE CUERPO EXTRAÑO, DESDE ENTONCES DOLOR INTENSO SIN CAPACIDAD PARA LA DEGLUCION (sic), ASISTE AL CENTRO PILOTO DONDE REALIZAN RX, DONDE NO EVIDENCIAN NADA POR LO QUE DAN ALTA CON ANTIBIOTICO (sic) Y ANALGESICO (sic), SIN EMBARGO EL PACIENTE NO PRESENTA MEJORIA (sic), TIENE INCAPACIDAD PARA LA DEGLUCION (sic) POR LO QUE DECIDE ASISTIR A ESTE CENTRO”*⁵².

Como antecedentes personales, se indicó que el paciente presentaba hipertensión arterial y EPOC⁵³.

Al examen físico se anotó que el paciente presentaba dolor a la palpación en la región paratraqueal derecha y al deglutir⁵⁴. Se diagnosticó con cuerpo extraño en el esófago, para lo cual se ordenó como procedimiento una esofagogastroduodenoscopia con biopsia cerrada, se le formularon medicamentos y se dispuso la realización de paraclínicos⁵⁵.

Consta en nota de enfermería que al paciente se le realizó un electrocardiograma y una placa de rayos X⁵⁶.

Con base en los resultados de los paraclínicos, el médico general solicitó interconsulta con cirugía general, manifestando esta especialidad lo siguiente: *“RESULTADOS : (sic) PACIENTE CON CUERPO EXTRAÑO EN ESOFAGO (sic), CON DOLOR CERVICAL Y RESPUESTA INFLAMATORIA SISTEMICA (sic) DADOS POR FIEBRE , (sic) TAQUICARDIA Y LEUCOCITOSIS. SE HABLA CON GASTROENTEROLOGIA (sic) PARA REALIZACION (sic) DE EVDA (sic) PARA EXTRACCION (sic) DE CUERPO*

⁵⁰ Página 5 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵¹ Página 5 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵² Páginas 5 y 6 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵³ Página 6 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁴ Página 6 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁵ Página 6 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁶ Página 9 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

EXTRAÑO, SIN EMBARGO SE CONSIDERO (sic) QUE ES MAYOR EL RIESGO QUE EL BENEFICIO. SE LLEVA PACIENTE A CIRUGIA (sic). (...)”⁵⁷.

En la valoración hecha el 28 de enero de 2010 a las 4:14 p.m. por la cirujana general María Carolina Camacho Botello, se indicó que el paciente tenía cuerpo extraño en esófago y un cuadro clínico sugestivo de absceso cervical, con respuesta inflamatoria sistémica, por lo cual debía ser llevado a cirugía para extracción de cuerpo extraño y drenaje de absceso⁵⁸.

La cirugía propuesta fue una cervicotomía exploratoria⁵⁹, y en la descripción quirúrgica se anotó lo siguiente⁶⁰:

*INCISION (sic) DE CERVICOTOMIA (sic) ANTEROLATERAL IZQUIERDA, DISECCION (sic) POR PLANOS E IDENTIFICACION (sic) DE HALLAZGOS. NO SE OBSERVA PERFORACION (sic) EVIDENTE, SE REALIZA ESOFAGOTOMIA (sic) TRANSVERSA EN ESOFAGO (sic) CERVICAL MEDIO, SE REALIZA EXPLORACION (sic) DE ESOFAGO (sic) CERVICAL EN SU TOTALIDAD SIN ENCONTAR CUERPO EXTRAÑO. SE COMENTA CASO CON GASTROENTEROLOGIA (sic) DE FORMA PREOPERATORIO E INTRAOPERATORIA Y SE DEFINE REALIZACION (sic) DE EVDA 7 DIAS (sic) DESPUES (sic) DE ESTE ACTO QUIRURGICO (sic). CIERRE DE ESOFAGOTOMIA (sic) CON PUNTOS SEPARADOS DE PDS 3/0. SE COLOCA COLGAJO DE MUSCULO (sic) EL CUAL SE FIJA CON PDS 3/0. SE DEJA DREN DE PENROSE EL CUAL SE EXTRAE POR CONTRABERTURA Y SE FIJA OCN (sic) SEDA 2/0. CIERRE POR PLANOS: MUSCULAR CONVYCRIL 3/0, PIEL CON PROLENE 3/0 PUNTOS COLCHONEROS. PROCEDIMIENTO SINCOMPLICACIONES (sic). SANGRADO ESCASO. RECUENTO DE COMPRESAS INFORMADO COMO COMPLETO. **Complicacion:** NO*

Con ocasión de la intervención quirúrgica, se describieron como hallazgos los siguientes: *“AIRE EN ESPACIO RETROESOFAGICO (sic) CON LIQUIDO (sic) TURBIO. NO SE ENCUENTRA CUERPO EXTRAÑO EN ESOFAGO (sic)”⁶¹.*

⁵⁷ Página 8 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁸ Página 8 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁹ Página 9 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁰ Páginas 10 y 11 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶¹ Página 10 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

El diagnóstico pre y postoperatorio fue de perforación del esófago⁶².

Luego del procedimiento quirúrgico, consta que el paciente ingresó a UCI a las 9:07 del mismo 28 de enero de 2010⁶³, incluyendo dentro de los diagnósticos la ruptura de esófago por cuerpo extraño y la posibilidad de una mediastinitis: *"PACIENTE (sic) QUE INGRESA A LA UCI PARA MONITORIZACION (sic) Y MANEJO POP, CIRUGIA (sic) QUE DURA APROX (sic) 3 HORAS Y EN LA CUAL NO LOGRAN IDENTIFICAR CUERPO EXTRAÑO PERO SI (sic) DESCRIBEN HALLAZGOS DE RUPTURA ESOFAGICA (sic). SE HA DE LLEVAR A EVALUACION (sic) ESOFAGOGRAFICA (sic) EN 7 DIAS (sic) SEGUN (sic) NOTA DE CIRUGIA (sic) GENERAL EN ACUERDO CON GASTROENTEROLOGIA (sic). SS (sic) TAC DE TORAX (sic) SIMPLE Y CON CONTRASTE. PRONOSTICO (sic) SEGUN (sic) EVOLUCION (sic). VOM (sic)"*⁶⁴.

En la historia clínica se dejaron las anotaciones que se indican a continuación por considerarlas relevantes en la atención médica brindada al paciente y en la evolución que tuvo el mismo:

- El 29 de enero de 2010 a las 10:12 a.m. se inició el desmonte de la ventilación mecánica con miras a la extubación del paciente⁶⁵.
- El 29 de enero de 2010 a la 1:53 p.m. se le practicó al paciente una tomografía axial computada de tórax, en la cual se concluyó que las estructuras mediastinales tenían características normales, que no se veían colecciones, masas ni imágenes expansivas en el mediastino, pero que sí existía cardiomegalia⁶⁶.
- El 29 de enero de 2010 a las 6:22 p.m., el paciente refirió estar mejor y negó dificultad respiratoria⁶⁷.
- El 30 de enero de 2010 a las 6:44 a.m., el paciente tuvo que ser nuevamente intubado con tubo oro-traqueal por presentar aumento del trabajo respiratorio, desaturación y mal manejo de secreciones⁶⁸.

⁶² Página 10 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶³ Páginas 11 y 12 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁴ Página 12 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁵ Página 20 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁶ Página 13 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁷ Página 23 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁸ Páginas 25 y 26 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

- El 30 de enero de 2010 a las 8:34 a.m. se descartó la mediastinitis, pero se consignó que existiría alto riesgo de infección de vía aérea de llevarse a traqueostomía en paciente con esófago abierto⁶⁹.
- El 1º de febrero de 2010 a las 3:14 p.m. se extubó el paciente y se anotó mejoría de respuesta inflamatoria sistémica⁷⁰.
- A las 3:27 p.m. del mismo 1º de febrero de 2010, se decidió reintubar al paciente al presentar estridor laríngeo y aumento del trabajo respiratorio⁷¹.
- Ante la nueva extubación fallida por broncoespasmo y mal manejo de secreciones, se consideró que era candidato para una traqueostomía, la cual debía discutirse con la familia⁷².
- El 2 de febrero de 2010 a las 4:20 p.m. se ordenó la realización de una endoscopia para evaluar perforación esofágica y, con ello, definir inicio de nutrición enteral y manejo posterior de vía aérea a través de una traqueostomía⁷³. Se dejó constancia en la historia clínica de que dicho procedimiento se encontraba pendiente.
- El 5 de febrero de 2010 a la 1:40 p.m. se dejó anotación de que al realizar curación en la herida quirúrgica se observaban signos de infección⁷⁴.
- El 5 de febrero de 2010 a las 6:06 p.m. se consignó que los familiares no habían autorizado la realización de la traqueostomía, por lo que continuaría con manejo instaurado⁷⁵.
- El 5 de febrero de 2010 a las 11:39 p.m. se anotó que la endoscopia se suspendería por tres días, ya que al intentar practicarla se apreciaba fístula esofagocutánea y alto riesgo de perforación⁷⁶.
- El 6 de febrero de 2010 a las 9:41 a.m. se consignó que como la familia y el paciente no habían autorizado la realización de una traqueostomía,

⁶⁹ Página 26 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁰ Páginas 46 y 47 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷¹ Página 47 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷² Página 48 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷³ Páginas 57, 59, 64, 65, 67, 71, 74, 76, 78 y 83 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁴ Páginas 82 y 83 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁵ Página 84 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁶ Páginas 85 y 88 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

se insistía en la extubación⁷⁷, la cual se efectuó a las 5:19 p.m. con regular patrón respiratorio⁷⁸.

- El 7 de febrero de 2010 a la 1:02 a.m., se anotó por parte del personal de enfermería la salida de material purulento por herida quirúrgica, del cual se tomó cultivo para reporte⁷⁹.
- El 7 de febrero de 2010 a las 5:31 p.m. se consignó que el paciente requería la realización de una gastrostomía vs. yeyunostomía, y que se advertía una neumonía asociada al cuidado de la salud, existiendo alta posibilidad de requerir nueva intubación orotraqueal⁸⁰.
- El 8 de febrero de 2010 a las 8:31 a.m. se ordenó la realización de una tomografía axial computada de cuello para descartar presencia de colección en ese nivel⁸¹.
- El 10 de febrero de 2010 a las 3:50 p.m. se anotó que se había practicado la tomografía, en la cual no se observaban colecciones cervicales⁸².
- El 10 de febrero de 2010 a las 5:27 p.m. se practicó una yeyunostomía para nutrición enteral⁸³.
- El 13 de febrero de 2010 a las 4:20 p.m. se trasladó el paciente a hospitalización general, habiendo permanecido 15 días en UCI⁸⁴.
- El 15 de febrero de 2010 a las 8:30 a.m. se consignó en la terapia por fonoaudiología que el paciente no producía voz, por lo cual se determinó que requería valoración por otorrinolaringología para establecer funcionalidad y estado de pliegues vocales⁸⁵.
- El 16 de febrero de 2010 a las 9:33 a.m., en terapia fonoaudiológica se señaló que el paciente continuaba presentando disfonía, voz soplada, esforzada, de muy baja intensidad, y que cuando tosía, bostezaba o se reía, no se le escuchaba la voz, por lo que era importante la remisión a

⁷⁷ Página 90 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁸ Página 93 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁹ Página 96 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸⁰ Página 101 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸¹ Páginas 104 a 107 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸² Página 125 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸³ Página 126 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸⁴ Página 147 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸⁵ Páginas 161 a 163 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

otorrinolaringología para establecer funcionalidad y estado de pliegues vocales⁸⁶.

- El 19 de febrero de 2010 a las 8:01 a.m., en la valoración por cirugía general, se indicó que el paciente tenía cuadro sugestivo de obstrucción intestinal versus filtración de yeyunostomía, razón por la cual se programó para una laparotomía exploradora⁸⁷, la cual se realizó en la misma fecha a las 9:57 a.m.⁸⁸.
- El 23 de febrero de 2010 a las 9:11 a.m. se consignó que el paciente continuaba sin voz y que manifestaba preocupación por la disfonía⁸⁹. A esa fecha no había sido valorado por otorrinolaringología⁹⁰.
- El 25 de febrero de 2010 a las 9:46 a.m., en la terapia por fonoaudiología se indicó que el paciente estaba apático y poco colaborador, que refería estar cansado y aburrido, por lo que se estimó conveniente remitirlo a psicología⁹¹.
- El 28 de febrero de 2010 a las 4:26 p.m., se incluyó dentro de los diagnósticos del paciente el relativo a una infección por klebsiela pneumonie en punta de catéter⁹², para la cual se inició antibiótico⁹³.
- El mismo 28 de febrero de 2010 en la terapia fonoaudiológica se indicó que estaban a la espera de la valoración por otorrinolaringología para determinar conducta a seguir con la rehabilitación foniátrica⁹⁴.
- El 4 de marzo de 2010 a las 9:48 a.m., en valoración hecha por cirugía general se indicó que el paciente no presentaba signos clínicos de infección, que se continuaba manejo por clínica de heridas en sitio de inserción de yeyunostomía, y que se solicitaba la realización de un esofagograma con medio hidrosoluble⁹⁵.

⁸⁶ Página 168 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸⁷ Página 186 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸⁸ Páginas 187 y 188 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸⁹ Página 214 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹⁰ Página 215 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹¹ Páginas 229 y 231 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹² Página 253 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹³ Página 254 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹⁴ Página 254 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹⁵ Página 277 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Sólo hasta el 4 de marzo de 2010 a las 7:45 p.m., el paciente fue valorado por especialista en otorrinolaringología, el cual programó nasofibrolaringoscopia⁹⁶.
- El 5 de marzo de 2010 a las 11:39 a.m., le fue practicada al paciente la nasofibrolaringoscopia, que arrojó como resultado una parálisis de la cuerda vocal derecha en abducción, para la cual se recomendó terapia con esteroides IV para manejo de inflamación, manejo de la parálisis de la cuerda una vez estuviera corregida la fístula, y hacer terapia de voz. Dispuso control con otorrinolaringología en un mes⁹⁷.
- El 12 de marzo de 2010 a las 8:24 a.m., en terapia fonoaudiológica, se consignó que el paciente continuaba quejándose de su estado de salud, que estaba en una actitud muy negativa, que refería indisposición y dolor abdominal y no estaba en condiciones de realizar ningún ejercicio, por lo que se hizo remisión a psicología⁹⁸.
- El 12 de marzo de 2010 a las 8:27 a.m., se dejó constancia en la historia clínica que el paciente no había aceptado terapia psicológica⁹⁹.
- El 24 de marzo de 2010 a las 10:24 a.m., en terapia por fonoaudiología se señaló que al paciente ya le habían autorizado la vía oral, que realizaba funciones alimenticias sin ninguna dificultad, que no se veían progresos importantes en cuanto a la voz, ya que el paciente no era juicioso con los ejercicios enseñados. Se acotó que al parecer el paciente sería dado de alta, por lo que se comentó la posibilidad de que hiciera remisión a terapia de voz con fonoaudiología¹⁰⁰.
- El 25 de marzo de 2010 a las 8:50 a.m., el paciente fue valorado por cirugía general, refiriendo que la prueba de azul de metileno realizada había salido negativa, por lo que se inició dieta líquida con color sin evidenciar fístula esofágica. Se añadió que por evolución satisfactoria y no evidencia de fístula, se decidía retiro de yeyunostomía y salida con recomendaciones y signos de alarma¹⁰¹.
- El 25 de marzo de 2010 a las 3:31 p.m., se dio salida al paciente con fórmula médica, recomendaciones de dieta, control por cirugía general,

⁹⁶ Página 281 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹⁷ Páginas 285 y 286 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹⁸ Página 334 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹⁹ Página 335 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰⁰ Páginas 409 y 410 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰¹ Página 415 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

control con otorrinolaringología y fonoaudiología, se le entregaron los inhaladores y se ordenó curación diaria en puesto de salud¹⁰².

Con posterioridad a la fecha en la cual el señor Adelmo Antonio García Valencia fue dado de alta de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas, acudió a control por cirugía general el 6 de abril de 2010 a las 4:40 p.m., en el cual refirió sensación de masa a nivel cervical derecho. Al examen físico se advirtió en el cuello una masa de 2 cm de diámetro dolorosa en región cervical derecha, por debajo del esternocleidomastoideo. Por lo anterior, se decidió realizar ecografía de tejidos blandos de cuello¹⁰³.

El 17 de junio de 2010 a la 1:51 p.m., en control por otorrinolaringología, el paciente refirió que actualmente presentaba mejoría parcial de disfonía con poca proyección de voz sin estridor, y que además se palpaba masa en lado derecho del cuello, para la cual tenía pendiente una ecografía. El especialista diagnosticó al paciente con disfonía y parálisis de las cuerdas vocales y de la laringe, para lo cual ordenó endoscopia para confirmar parálisis de pliegue vocal, posición y pronóstico¹⁰⁴.

La última anotación que reposa en la historia clínica del paciente en la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas es la relacionada con una ecografía de tiroides realizada el 21 de junio de 2010 a las 9:06 a.m., en la cual se señaló que donde el paciente tenía la sensación de nódulo se identificaba un cuerpo extraño tipo espina de pescado, de 3.1 cm de longitud y de 3 a 4 mm de espesor, atravesando completamente el músculo esternocleidomastoideo y llegando hasta el borde superior de la glándula tiroides donde mostraba reacción granulomatosa periférica¹⁰⁵.

e) Dictamen pericial decretado a solicitud de la parte demandante y de la llamada en garantía

Consta en el expediente que tanto la parte actora como Liberty Seguros S.A. solicitaron el decreto de un dictamen pericial, el cual fue finalmente rendido el 22 de enero de 2014 por el médico especialista en cirugía general y en gastroenterología clínico-quirúrgica, Alberto Ángel Pinzón¹⁰⁶, y del cual se extrae lo siguiente:

- a) *Una espina de pescado al ser deglutida se puede alojar en cualquier sitio del tubo digestivo, ocasionando o no, una perforación de la víscera. Para*

¹⁰² Páginas 417 y 418 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰³ Página 418 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰⁴ Página 420 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰⁵ Páginas 420 y 421 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰⁶ Páginas 2 a 12 del archivo nº 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

llegar al esófago debe pasar primero por la garganta, pero en general la espina deglutida pasa y recorre el tubo digestivo sin enclavarse y sin producir una perforación por lo general ocasiona una erosión o laceración superficial y sigue su camino hacia abajo y la molestia o leve dolor que el paciente queda sintiendo en la garganta y el cuello por unos pocos días, dura mientras sana dicha laceración. Cuando la espina se ancla o se enclava, o perfora una víscera en un sitio, el daño lo produce allí y no luego más abajo.

- b) Hay espinas de pescado muy delgadas, finas y blandas como un pelo de gruesas que generalmente no ocasionan lesiones al ser deglutidas, pero hay espinas de pescado gruesas, firmes y puntiagudas que pueden penetrar en la mucosa de la faringe, laringe o del esófago y aún pueden perforar del todo la víscera, generalmente por el descuido de la persona que deglute la espina al comer rápidamente, sin tener la precaución de masticar y palpar los alimentos en la boca antes de deglutirlos y por la fuerza que la garganta y el mecanismo de la deglución imprime a los alimentos al deglutirlos que es muy alta.*
- c) El esófago se puede perforar por múltiples causas y en diferentes sitios (esófago cervical o sea en el cuello, esófago medio intratorácico, esófago distal intratorácico y esófago terminal intra-abdominal). Cuando se presenta una perforación de esófago a nivel del cuello por un cuerpo extraño como en el caso que nos ocupa, producida por una espina de pescado, la perforación del esófago ocasiona la salida de líquido del esófago y cavidad oral, con las bacterias que contienen estas secreciones hacia el cuello, generándose una infección en el cuello extraesofágica con la consecuente formación de un absceso en el cuello, que si no se trata oportunamente puede generar muchas complicaciones e incluso alta mortalidad. Mientras más rápido sea el diagnóstico y la intervención médica mejor es el pronóstico, luego de 24 horas de retraso, la mortalidad se duplica pudiendo llegar al 60%. (En éste (sic) caso el paciente llevaba 2 días de evolución).*
- d) La trayectoria y el comportamiento de un cuerpo extraño en las vías digestivas puede ser totalmente insólito, y se ven y describen situaciones ocasionadas por cuerpos extraños muy diferentes, pero en general si una espina de pescado se atora en la garganta o el esófago ésta se puede profundizar al ingerir alimentos sólidos, pero generalmente si ya se enclavó en la garganta ya no se mueve para el esófago. (...).*
- e) Me parece que la pregunta está mal planteada, pues cuando uno tiene “una espina de pescado atravesada en la garganta” como lo dice la pregunta, la indicación es extraer la espina de pescado de la garganta mediante métodos endoscópicos, pero la situación con el paciente del caso es otra, pues el paciente consultó por un cuadro clínico de infección de tejidos profundos de cuello debida a la perforación esofágica por un cuerpo*

extraño deglutido por el paciente (espina de pescado) dos días antes y en éste (sic) caso el tratamiento es la exploración quirúrgica de cuello mediante una cervicotomía, para revisar el esófago, si se encuentra el cuerpo extraño extraerlo, si hay una lesión importante suturarla, y realizar lavado y drenaje de los espacio periesofágicos donde se forma el proceso infeccioso (absceso). La cirugía en éstos (sic) casos está encaminada a resolver una situación grave que el paciente ya tiene debido a la inflamación e infección debida a la perforación. En una cirugía de estas se pueden presentar muchos riesgos pues el cuello es una parte del cuerpo humano que contiene una de las mayores cantidades de órganos de vital importancia en una pequeña área, y en éstas se pueden presentar lesiones como por ejemplo vasculares (arterias carótidas y sus ramas, venas yugulares y sus afluentes), neurológicas (nervios provenientes de los pares craneales y cervicales superiores que inervan la laringe), y otras estructuras como esófago, tráquea, tiroides, músculos, y en todas estas estructuras se pueden presentar lesiones, además de hemorragias, infecciones severas como la mediastinitis (infección intratorácica alrededor de aorta, tráquea y corazón), fistulas o filtraciones, neumonías, infartos, reacciones adversas de la anestesia, trombosis, arritmias y cardiopatías, e incluso la muerte; y en estas condiciones de inflamación e infección de tejidos profundos de cuello la probabilidad de lesiones es más alta por la distorsión de los tejidos por la infección e inflamación.

- f) Como ya lo dije, si hay una perforación de esófago con infección e inflamación secundaria asociada de 48 horas de evolución, una de las principales complicaciones es la fistula o filtración a través de la perforación o suturas de reparo del esófago, y todas las demás mencionadas en la respuesta anterior.*
- g) (...)*
- h) Sí era la cirugía indicada, ya que el paciente ingresó luego de dos días de haber deglutido la espina de pescado y se encontró ya con signos de infección de tejidos profundos de cuello secundarios a perforación.*
- i) (...)*
- j) (...)*
- k) La exploración cervical en estos casos se realiza por una cervicotomía anterolateral izquierda por delante del músculo esternocleidomastoideo, entre otras porque en el cuello el esófago está un poco más lateralizado a la izquierda y por esto más fácil su exploración. Esto lo soporta toda la literatura quirúrgica disponible y como ejemplo se anexa un capítulo de uno de los textos de cirugía más reconocidos en la literatura mundial, (...).*

- l) *Cuando el paciente consulta temprano, con poco tiempo de evolución y siente molestias en el cuello, la faringe, laringe o esófago superior con algún grado de disfagia y sin signos evidentes de perforación, se hacen estudios radiológicos para ver si el cuerpo extraño es visible, pero en un alto porcentaje no se ven principalmente si la espina de pescado es delgada y cartilaginosa, luego se debe realizar una exploración endoscópica para ubicar el cuerpo extraño si todavía está impactado (10 a 20%) y si es posible se extrae con la ayuda de diferentes pinzas e instrumentos endoscópicos, se evalúa la lesión de la mucosa, y se observa el paciente, para controlar la posible aparición de signos de perforación con infección cervical secundaria, ante lo cual se indicaría luego, una cirugía para explorar el cuello, revisar, reparar y drenar el cuello. Si no se presenta la perforación, al paciente se del (sic) da de alta con indicaciones. Si el paciente consulta en forma tardía y ya con signos de infección cervical profunda aguda, que indica la presencia de perforación esofágica, está indicada en primer lugar la exploración quirúrgica del cuello para realizar como ya dije una revisión, búsqueda de la lesión, evaluar su extensión, buscar el cuerpo (sic) extraño y extraerlo si se encuentra, reparar la lesión encontrada, lavar y drenar el espacio, que fue lo que se hizo con el paciente que nos ocupa.*
- m) *(...) según la evaluación del otorrinolaringólogo el día 5 de marzo de 2010 (1 mes y una semana mas (sic) tarde), se encontró una parálisis de cuerda vocal derecha como causa de la disfonía y la dificultad para la extubación, lo cual se puede deber a una lesión de la cuerda vocal y/o de su inervación, posiblemente debido al cuerpo extraño (espina de pescado) que perforó la faringe, la laringe o el esófago del paciente (nunca quedó clara la localización de la perforación), ya que el 21 de junio en ecografía del cuello se encontró cuerpo extraño (espina de pescado) al lado derecho del cuello del paciente, y también anotan que la disfonía para esa época había mejorado parcialmente. (...) Como la exploración cervical quirúrgica o cervicotomía fue del lado izquierdo, no se puede determinar que la cirugía haya sido la causa de la lesión de la cuerda vocal del lado contrario (lado derecho), donde sí se encontró la espina de pescado 4 meses más tarde, lo que hace pensar que haya sido el cuerpo extraño en su trayectoria el que haya producido la lesión de la cuerda vocal.*
- n) *(...)*
- o) *La intubación endotraqueal y reintubaciones pueden producir irritación de las cuerdas vocales, con un poco de edema (hinchazón), de pronto erosión (peladura) de las mismas y si la intubación es prolongada, por ejemplo más de 15 días, con mayor razón podría producir lo anteriormente mencionado, pero este paciente en total estuvo intubado del 28 de enero al 6 de febrero (10 días) lo cual no es tiempo excesivo para lesionar las cuerdas vocales en forma severa. (...) Cabe resaltar que el paciente estuvo intubado 10 días porque a la familia se le había solicitado*

autorización para una traqueostomía para evitar las reintubaciones y las lesiones de cuerdas vocales y no aceptaron, pero de todas formas, 10 días de intubación no son excesivos y no producen parálisis de cuerda vocal.

p) El paciente recibió la mejor atención disponible como se le realiza a un paciente en estado crítico y en una unidad de cuidados intensivos y más aún del prestigio que tiene la del Hospital Santa Sofía de Caldas. (...) El paciente fue evaluado por médicos generales de urgencias y de las áreas de hospitalización, por especialistas en cirugía general, diariamente, por los especialistas en cuidados intensivos varias veces al día, por especialista en gastroenterología, otorrinolaringología, radiología, terapistas respiratorias, enfermería, etc. La atención brindada fue excelente y sin restringir recursos.

q) El paciente tuvo que tener una perforación de faringe, laringe o de esófago cervical por un cuerpo extraño (espina de pescado) deglutido descuidadamente por el paciente, (más común la perforación del esófago que es más delgado), ya que se presentó una infección de los tejidos profundos del cuello con absceso retroesofágico, que no se presentaría si no existiera una perforación; a pesar de que en cirugía no se pudo determinar la perforación, esta tuvo que presentarse y la causa fue el cuerpo extraño (espina de pescado), corroborado con el hallazgo luego de la espina de pescado en los tejidos del cuello, extraesofágico, días después.

(...)

a) (...) la cirugía realizada el día 28 de enero de 2010 denominada CERVICOTOMIA (sic) EXPLORATORIA, (...) se realizó para CORREGIR la situación generada por la perforación de esófago por cuerpo extraño (espina de pescado) deglutido por el paciente en mención y que le estaba ocasionando una infección de tejidos profundos de cuello denominada absceso, ya en una fase tardía (48 horas de evolución), y tratar de salvarle la vida al paciente. (...).

b) (...) los riesgos mayores no están en la intervención quirúrgica, sino principalmente en el cuadro clínico del paciente consistente en la perforación de esófago tardía de 48 horas de evolución con la consecuente infección de tejidos profundos del cuello (absceso), en un paciente de 72 años de edad, con una enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC) severa de base, e hipertensión arterial que empeoran el pronóstico en forma grave.

c) Como se mencionó en el ordinal (k) del cuestionario número 1, y que se anexó fotocopia del texto más importante de la literatura disponible actualmente en cuanto a la cirugía gastrointestinal se refiere denominado SHAKELFORD SURGERY OR THE ALIMENTARY TRACT - SEPTIMA (sic) EDICION (sic) DEL AÑO 2013 – CAPÍTULO 39-

PAGINA (sic) 482, la cirugía indicada en estos casos y con mayor razón cuando el cuadro clínico lleva 48 horas de evolución, o sea tardía, es una CERVICOTOMÍA ANTEROLATERAL IZQUIERDA como se le realizó al paciente en mención.

- d) (...)*
- e) No aparece literatura disponible científicamente aprobada para sustentar el abordaje video-asistido de una perforación esofágica por cuerpo extraño con absceso cervical secundario.*
- f) (...) el paciente no estuvo en la Unidad de Cuidados Intensivos 56 días como lo dice la pregunta, estuvo desde el 28 de enero hasta el 14 de febrero de 2010, día en que pasa al servicio de hospitalización sur del hospital, o sea que estuvo 18 días en Cuidados Intensivos y el resto en hospitalización (39 días). La hospitalización en total sí fueron 57 días. Ya se había mencionado que una lesión grave como es la perforación esofágica a nivel del cuello por un cuerpo extraño que consulta tardíamente, 48 horas, ya con un cuadro infeccioso severo establecido en los tejidos profundos del cuello, en un paciente de 72 años de edad con un EPOC severo de base e hipertensión arterial, hace que sea de alto riesgo de complicaciones, con la consecuente hospitalización prolongada y de alto riesgo de mortalidad, lo cual está a favor del excelente trabajo del cuerpo médico frente a éste (sic) caso.*
- g) Es diferente el paciente que consulta con un cuerpo extraño esofágico sin signos de perforación, al paciente que ingresa con la perforación claramente establecida con infección de los tejidos profundos del cuello. En el primero, el procedimiento consiste en explorar endoscópicamente para buscar el cuerpo extraño y si es posible extraerlo endoscópicamente y en el segundo, el procedimiento consiste en realizar una radiografía de cuello para visualizar la localización del cuerpo extraño en caso de ser éste radio-opaco (visible a los rayos X), el cual es visible fácilmente cuando el cuerpo extraño es metálico, pero cuando el cuerpo extraño es óseo o es cartilaginoso, como la espina de pescado, es raramente visible a los rayos X y luego se debe llevar el paciente a cirugía CERVICOTOMIA (sic) ANTEROLATERAL IZQUIERDA como se realizó con el paciente en mención. Los rayos X también podrían determinar la presencia de aire extraesofágico, cuya presencia es un signo de perforación esofágica, pero en este caso, ya con la perforación establecida, no está indicada la exploración endoscópica porque la endoscopia puede agrandar una perforación esofágica ya existente y más aún con 48 horas de evolución como en éste (sic) paciente.*
- h) (...) en este caso la endoscopia está contraindicada, pues como ya lo mencioné, si el esófago ya está perforado, se encuentra inflamado, débil y se puede empeorar la perforación con el endoscopio.*

- i) (...)
- j) *La exploración quirúrgica cervical con perforación esofágica por cuerpo extraño, tiene los riesgos inherente (sic) a la anestesia general, a la exploración de cuello, y en el caso de perforación esofágica por cuerpo extraño la posibilidad de fístula esofágica por la reacción inflamatoria severa que hace que los tejidos esofágicos sean débiles para cicatrizar y soportar suturas de reparación de la perforación, con la consecuente formación de fístulas. (...).*
- k) *Si a los rayos X del inicio se observa el cuerpo extraño al lado derecho, la cirugía está indicada por el lado derecho del cuello, pero al no observarse el cuerpo extraño a los rayos X, la exploración está indicada por el lado izquierdo como lo demuestra el artículo que se anexó como anexo 1.*
- l) *(...) si la cirugía se realizó por el lado izquierdo y según el otorrinolaringólogo, se presentó parálisis de cuerda vocal derecha y finalmente el cuerpo extraño se encontró tardíamente en el lado derecho, la causa de la parálisis se debió a lesión producida por el cuerpo extraño al perforar el esófago o la faringe por el lado derecho lesionando rama nerviosa perteneciente a la cuerda vocal derecha, y no por la cirugía, pues la parálisis hubiera sido de la cuerda vocal izquierda.*
- m) *La neumonía intrahospitalaria postquirúrgica en un paciente recluso en cuidados intensivos, intubado, con ventilación mecánica, se debe en primera instancia a la ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA (sic) (EPOC SEVERO), que el paciente sufría desde años atrás debido a tabaquismo severo, que lo hace susceptible a una neumonía de estas características.*
- n) *La YEYUNOSTOMIA (sic), consiste en una sonda introducida dentro de la luz del yeyuno (intestino delgado superior) para alimentación del paciente, al estar dentro de la luz del intestino, la punta está en contacto con todas las bacterias presentes dentro de la luz del intestino que son múltiples y estas (sic) se pueden presentar en la piel por donde entra la sonda hacia el yeyuno por migración en forma retrógrada de las bacterias del intestino hacia la piel, razón por la cual en un cultivo de secreción del orificio de piel de la YEYUNOSTOMÍA pueden crecer bacterias intestinales y con mayor razón, si se envía a cultivar la punta de la sonda de YEYUNOSTOMIA (sic) ya que la punta está dentro de la luz intestinal; esto no es complicación de la YEYUNOSTOMÍA, sino que es una situación inherente a ella y obligatoria.*
- o) *(...) cuando el esófago se perfora por un cuerpo extraño y más aún, si el paciente consulta luego de 24 horas de haber sucedido la perforación, se presenta una infección de tejidos cervicales profundos y periesofágicos que*

hace que las suturas para reparar el esófago perforado o la sutura de la exploración, adquieren un riesgo alto de presentar cicatrización deficitaria con la consecuente formación de una fistula o filtración, ya que toda la literatura refrenda que si el paciente consulta tardíamente los riesgos de complicaciones y de mortalidad se aumentan enormemente.

- p) (...) un cuerpo extraño espina de pescado que son en su mayoría cartilaginosas, no se palpan en la fase aguda a menos que sea de gran tamaño, lo que se percibe en la fase aguda es dolor al palpar la zona inflamada por la perforación y contaminación con la formación de absceso de tejidos blandos. Las espinas de pescado usualmente no se palpan, como incluso no se ven a los rayos X sino cuando son demasiado grandes o calcificadas.*
- q) Al intubar un paciente de forma orotraqueal, se pueden presentar lesiones en la (sic) cuerdas vocales en su borde libre generando erosión de ellas pero no la parálisis. Una erosión de cuerdas vocales puede generar disfonía transitoria al extubar el paciente. Si la intubación es prolongada, más de 15 días, se puede presentar fibrosis de cuerdas vocales y estenosis (estrechez) laríngea o traqueal. Este paciente estuvo intubado 10 días.*
- r) (...)*
- s) La cirugía endoscópica de cuello no está validada para una urgencia traumática con complicación infecciosa como la del paciente, (...)*
- t) (...). Al revisar las bases de datos de la literatura científica mundial, en donde se publican los artículos que contienen validez científica, no aparece el artículo mencionado [aportado por la parte actora], lo cual para la literatura científica no existe, (...) no se le puede dar el peso que tiene por ejemplo el capítulo de texto que les anexo, (...) y éste en ningún momento menciona como una posibilidad, el abordaje videoasistido de una infección cervical por una perforación esofágica por cuerpo extraño.*
- u) (...)*
- v) (...)*

f) Ampliación del dictamen pericial

Por solicitud que hiciera la parte actora, el anterior dictamen fue ampliado el 5 de marzo de 2014 por el médico especialista en cirugía general y en gastroenterología clínico-quirúrgica, Alberto Ángel Pinzón¹⁰⁷, y del cual se extrae lo siguiente:

¹⁰⁷ Páginas 23 a 26 del archivo nº 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

1. (...)
2. *Ante síntomas y signos de infección e inflamación de tejidos blandos de cuello secundarios a una perforación de esófago por cuerpo extraño, está totalmente indicado como lo dice el artículo que les envié fotocopiado, se debe realizar una cervicotomía exploradora por el lado izquierdo del cuello para drenaje, lavado y reparar el esófago.*
3. (...). *Por mas (sic) antibiótico que se le coloque al paciente si ya se tiene la perforación y es evidente los signos de infección de tejidos profundos de cuello, el paciente se va a empeorar si no se le realiza cirugía para lavado, drenaje y reparación de la perforación, y mientras más se demore la cirugía más se aumenta el riesgo de mortalidad.*
4. (...)
5. (...)
6. (...) *el paciente con cuadro infeccioso agudo por perforación de vía digestiva superior por cuerpo extraño, de 48 horas de evolución, no puede esperar varias horas más mientras se realizan otros estudios radiológicos como una resonancia magnetica (sic) nuclear o una tomografía axial computada en los que se podría ver el cuerpo extraño pero también, estos estudios, tienen un índice alto de no visualización del cuerpo extraño y de todos modos se llevaría el paciente a cirugía pero con el agravante de varias horas perdidas en la espera de realización de otros estudios. Si el paciente **No tiene signos de perforación con infección secundaria**, sí se pueden realizar múltiples estudios diagnósticos iniciando con la endoscopia de vías digestivas altas, rx de vías digestivas con medio de contraste, tomografía axial computada, resonancia magnética nuclear, y otros.*
7. (...)
8. (...)
9. (...)
10. (...)
11. *La evolución post operatoria de un paciente de estos depende de muchos factores y éste (sic) paciente, don ADELMO ANTONIO GARCIA (sic) VALENCIA tenía muchos factores que marcaron su evolución lenta, pero ésta (sic) evolución no es por el hecho de la exploración esofágica como se pretende mostrar, la exploración esofágica y cervical es la que le salvó la vida al paciente. Los factores que marcan la lenta evolución de éste (sic)*

paciente son las (sic) siguientes: a. paciente de 74 años de edad (anciano); b. Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica (EPOC) severa secundaria a tabaquismo pesado como consta en varias consultas del año 2008 y 2009 que aparecen en la historia clínica que se me envió; c. Obesidad; d. Hipertensión arterial en tratamiento; e. Consulta con 48 horas de demora por cuerpo extraño que perforó el esófago cervical llegando ya con signos de infección profunda en cuello con signos de compromiso sistemático o sepsis; f. Consumidor de esteroides inhalados para tratamiento de su EPOC lo cual disminuye la respuesta inmune o de defensa del organismo cuando se consumen en forma crónica haciendo el paciente más débil para sobrevivir a una infección sistémica y para una adecuada cicatrización de heridas; g. Al ingreso presenta glicemia de 120mgs/dl. lo cual corresponde a una diabetes no detectada anteriormente y por consiguiente no tratada lo cual también hace al paciente de mayor riesgo para empeorarse en frente a un proceso infeccioso y mayor riesgo de complicaciones y de mala cicatrización; h. Al ingreso presenta una hemoglobina de 11,4 gramos, siendo la cifra normal entre 12 y 17 gms. y en los pacientes con EPOC la hemoglobina debería estar en los 17 gms o incluso por encima como respuesta a su enfermedad pulmonar con mala oxigenación sistémica, o sea que la cifra de 11,7 gms. para un paciente con EPOC se considera una anemia importante lo cual es otro factor que lo hace menos resistente a un proceso infeccioso agudo severo como el del paciente que nos ocupa; i. La Proteína C Reactiva (PRC) es un indicador de laboratorio para determinar el grado de severidad de algún proceso inflamatorio o infeccioso sistémico que presenta un paciente y éste (sic) paciente al ingreso tenía una PCR en 261, siendo lo normal de 0 a 1, lo cual indica una reacción inflamatoria severa sistémica secundaria a la perforación de esófago; si se tiene en cuenta todos los factores arriba mencionados que presentaba éste (sic) paciente y que son predictores de mal pronóstico, lo extraño en éste (sic) paciente es que haya sobrevivido a esta enfermedad tan grave, que tiene una altísima mortalidad por sí sola y peor aún en un paciente con tantas enfermedades asociadas que empeoran la situación. (Negrilla del texto).

g) Dictamen pericial decretado para resolver objeción por error grave

Contra el dictamen rendido por el Dr. Alberto Ángel Pinzón, la parte accionante presentó objeción por error grave, solicitando el decreto de una nueva experticia para demostrarlo. A tal petición accedió la Juez de conocimiento de su momento y, en tal sentido, el 21 de noviembre de 2017, el gastroenterólogo Mario Santacoloma Osorio se pronunció sobre el tema¹⁰⁸ de la manera que se sintetiza a continuación:

¹⁰⁸ Páginas 27 a 29 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Según la historia clínica, el paciente fue sometido a una cervicotomía por cuadro de cuerpo extraño en esófago, más cuadro clínico sugestivo de absceso cervical y respuesta inflamatoria sistémica.
 - El paciente tenía un cuadro de 48 horas de evolución con hallazgos que sugerían una complicación (cuadro clínico sugestivo de absceso cervical y respuesta inflamatoria sistémica) que bien podía corresponder a una perforación del esófago por un cuerpo extraño (espina de pescado), caso en el cual la endoscopia digestiva se encuentra contraindicada.
 - Antes del procedimiento quirúrgico no se realizó una tomografía axial computarizada de cuello con medio hidrosoluble, que hubiera aportado elementos muy importantes para esclarecer si el cuerpo extraño estaba en el esófago o fuera de él, y también para establecer si existía o no una perforación del esófago.
 - Para encontrar el cuerpo extraño en el esófago superior, debía hacerse después de la cervicotomía fallida, una tomografía o resonancia de cuello para esclarecer el sitio donde se encontraba alojada la espina de pescado.
 - Según el perito, hubo dos actos de mala praxis médica, ya que no se practicó una tomografía axial computarizada de cuello con medio hidrosoluble antes del procedimiento quirúrgico, y después de éste tampoco se realizó un estudio de imágenes que permitiera evaluar qué había sucedido con la espina de pescado detectada en el primer examen.
 - Se abstuvo de indicar de qué manera debió haberse hecho el procedimiento quirúrgico, ya que su especialidad es médica y no quirúrgica.
- h) Aclaración del dictamen pericial decretado para resolver objeción por error grave

Frente al anterior dictamen, la parte actora solicitó aclaración de algunas respuestas.

Atendiendo lo requerido¹⁰⁹, el gastroenterólogo Mario Santacoloma Osorio indicó que la tomografía axial computarizada de cuello con medio de contraste hidrosoluble hubiese servido para ayudar a precisar si había perforación de esófago, el sitio de la posible perforación, así como para ubicar el lugar donde se hallaba el cuerpo extraño.

- i) Atención en salud brindada al señor Adelmo Antonio García Valencia según declaración de cirujana general que intervino en aquella

¹⁰⁹ Página 33 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

En el presente asunto se recibió declaración de la cirujana general del Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas, María Carolina Camacho Botello¹¹⁰, quien narró lo siguiente en relación con la atención médica que le brindó al señor Adelmo Antonio García Valencia durante la estancia de éste en la ESE accionada:

- El paciente ingresó taquicárdico, hipertenso, y al examen físico presentaba dolor intenso a la palpación en el cuello. Se solicitaron en urgencias una radiografía de cuello, una endoscopia y un cuadro hemático. En la radiografía de cuello no se logró identificar la espina de pescado. En cuanto a la endoscopia, la especialidad de gastroenterología indicó que era mayor el riesgo al beneficio de realizar la endoscopia. Y el cuadro hemático demostró un severo proceso inflamatorio.
- Solicitaron entonces la valoración por el servicio de cirugía general, la cual, teniendo en cuenta los hallazgos en el paciente, decidió llevarlo a cirugía para drenar un absceso cervical, con el fin de evitarle que llegara a producir, como es muy común que pase en los abscesos cervicales, una mediastinitis, que es una infección mayor que pasa del cuello al tórax y que podía llevarlo a la muerte muy rápidamente.
- Se hizo el abordaje usual que se utiliza en las cervicotomías, esto es, una cervicotomía lateral izquierda, en donde el acceso es más fácil al esófago cervical, encontrándose aire y líquido turbio. Se buscó la espina pero no se logró ubicar. En ese momento lo más importante era drenar el absceso.
- Debido al mal manejo del EPOC del paciente, no fue posible extubarlo.
- En las radiografías y en las ecografías realizadas con posterioridad no se reportó la presencia del cuerpo extraño.
- Anatómicamente, el esófago en su recorrido tiene varias desviaciones. A nivel cervical, el esófago está desviado hacia la izquierda; luego en el tórax tiene dos desviaciones a la derecha e izquierda. Estas desviaciones hacen que se creen abordajes clásicos para lograr el manejo de lesiones de esófago como la que tenía el paciente. A nivel cervical, el abordaje se hace a través de una cervicotomía lateral izquierda con el fin de abordar en su totalidad el esófago sin lesionar otros órganos que están en el cuello.

¹¹⁰ Minuto 1:15 a 52:40 del archivo nº 03 de la carpeta de testimonios del cuaderno 1 del expediente digital.

- Lo importante en este caso era manejar el absceso y hacer el drenaje para evitar que avanzara.
- Una radiografía no sólo se pide para identificar el cuerpo extraño sino que también ayuda mucho a encontrar otros signos que pueden ayudar a pensar que el paciente tenga una perforación en el esófago, entre ellos que haya aire, enfisema, inflamación de los tejidos, etc. Es común que las espinas de pescado sean radiolúcidas, esto es, que no logran ser vistas en las primeras radiografías. Luego pueden ser vistas cuando el cuerpo hace la reacción a cuerpo extraño y ya se ve una masa en un sitio que no debe estar.
- Los problemas de habla del paciente no tienen que ver con el procedimiento quirúrgico sino por intubaciones prolongadas y extubaciones fallidas. A la familia se le dijo que permitiera una traqueostomía pero no lo aceptaron, lo que hubiera evitado la parálisis de cuerdas vocales.
- El esófago es un órgano que es difícil de sanar, pero usualmente cierra completamente y no queda ninguna patología adicional.
- Antes de iniciar la cirugía no tenía claro dónde estaba la espina, pues en la radiografía no se veía reflejada.
- Como ya se sabía que el paciente estaba perforado por los hallazgos en el examen físico, la realización de la endoscopia hubiera podido incrementar la lesión en el esófago del paciente.
- El hospital tiene equipos para hacer una cervicotomía con ayuda de endoscopia.
- Los cirujanos generales están entrenados para hacer las cervicotomía. No es usual que se tenga la disponibilidad de otorrinolaringólogos en el hospital.
- Posteriormente hubiera podido hacerse de manera ambulatoria la extracción del cuerpo extraño.
- Por ecografía de junio de 2010, la espina estaba ubicada al lado derecho en el esternocleidomastoideo.

- Al abordar el esófago por el lado izquierdo permite que no se lesionen otros órganos que están al lado derecho.
- Los cuerpos extraños migran a lo largo del tiempo.
- No era más aconsejable intervenir al paciente por el lado derecho, porque lo que había que hacer era drenar el absceso al paciente y eso se hizo por el lado izquierdo por la desviación del esófago a nivel cervical.
- En toda cervicotomía se logra hacer exploración del esófago en su totalidad y en toda la circunferencia. La espina de pescado se buscó. La exploración se hace con instrumentalización específica.
- Cualquier procedimiento quirúrgico se puede complicar, lo que implica que se puedan causar lesiones.
- La yeyunostomía es un procedimiento en el cual se lleva hacia la pared abdominal una porción de yeyuno con el fin de darle una nutrición enteral al paciente, en pacientes en los que se prevé que van a requerir una nutrición enteral prolongada y que no pueden tolerar la vía oral por un tiempo prolongado.
- El paciente presentó una fístula proximal del esófago, secundaria a la perforación y al absceso que había.
- El paciente estuvo en UCI hasta mediados de febrero. El paciente estuvo en UCI no por el procedimiento quirúrgico sino por los antecedentes de EPOC y de fumador pesado, que no lograron quitarle el tubo oro-traqueal.
- La complicación más grave que buscaron evitarle era que produjera mediastinitis.
- La neumonía se adquirió por la edad, por el tabaquismo pesado, por la patología previa de EPOC y por la intubación prolongada. Si de pronto se hubiera podido realizar la traqueostomía, ello hubiera favorecido a que el paciente tuviera una recuperación más rápida.
- La extracción de una espina de pescado no puede catalogarse por sí misma como de alto, mediano o bajo riesgo, ya que esta clasificación depende de otros factores. En este caso, el paciente era de alto riesgo, teniendo en cuenta la manera en la que llegó, las patologías de base que presentaban y lo que se encontró en la cirugía.

- De haberse hecho la traqueostomía hubiera podido evitarse la parálisis de la cuerda vocal y también el desarrollo de la neumonía.
 - La cervicotomía es exploratoria y logra ver todos los órganos del cuello. Es una exploración visual, no requiere un aparato en particular.
 - Las colecciones son cúmulos de líquidos al lado del tejido inflamatorio, que pueden ser líquido turbio o claro, o pus, que ya sería un absceso.
 - Para la recuperación del paciente no era necesaria la extracción del cuerpo extraño. Pudo haberse hecho incluso ambulatorio y con una incisión mucho más pequeña. Hay cuerpos extraños que se quedan alojados en el cuerpo. A veces hay más peligro de sacarlos que de dejarlos.
 - No hay afán de retirar el cuerpo extraño después de que se ha superado la fase aguda.
 - La espina donde finalmente se encontró no representaba ningún peligro para el paciente porque ahí no queda ubicado ningún órgano vital.
- j) Perjuicios causados al señor Adelmo Antonio García Valencia y a su familia con ocasión del incidente ocurrido y de la atención en salud prestada

A solicitud de la parte actora se recibieron en el proceso las declaraciones de los señores José Libardo Flórez Giraldo¹¹¹, Luis Ángel Rendón Valencia¹¹², Luz Dary Rodríguez Marín¹¹³ y Cristian Danilo Ruiz Echeverri¹¹⁴, quienes manifestaron que según les contó el señor Adelmo Antonio García Valencia, la cirugía se la practicaron para extraerle la espina de pescado que tenía atorada en la garganta, y no sólo no cumplió su cometido sino que además se hizo al lado contrario de donde realmente estaba el cuerpo extraño, ocasionándole lesiones tales como la parálisis de las cuerdas vocales y el nódulo que posteriormente fue visible en su cuello.

¹¹¹ Minuto 2:07 a 26:53 del archivo nº 01 de la carpeta de testimonios del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹² Minuto 28:10 a 42:45 del archivo nº 01 de la carpeta de testimonios del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹³ Minuto 2:38 a 16:29 del archivo nº 02 de la carpeta de testimonios del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹⁴ Minuto 16:33 a 31:09 del archivo nº 02 de la carpeta de testimonios del cuaderno 1 del expediente digital.

Indicaron los testigos que luego del procedimiento quirúrgico, el señor Adelmo Antonio García Valencia estuvo muy afligido y deprimido por el resultado del mismo y que casi todos los días les contaba el problema con el que había quedado.

Señalaron los declarantes que el señor Adelmo Antonio García Valencia quedó prácticamente mudo después de la cirugía y que sólo a los 3 o 4 meses empezó a presentar mejoría en la voz.

Refirieron los testigos que con el señor Adelmo Antonio García Valencia vivía su esposa, la señora María Doctorlina Quintero Giraldo, y una nieta de nombre Carolina. Acotaron que las hijas de aquellos, esto es, Cecilia, Sandra Milena, Orfilia, Mariela y Alcira García Quintero visitaban mucho a su papá, y también, al igual que a su madre, se les veía tristes y preocupadas por lo que sucedía con aquel, ya que se trataba de una familia muy unida.

Aclararon que el señor Adelmo Antonio García Valencia no laboraba, y que eran las hijas de éste y la nieta quienes le ayudaban para el sostenimiento económico de su hogar.

Finalmente, los declarantes manifestaron que el señor Adelmo Antonio García Valencia no quiso que le fuera practicada una nueva cirugía para extraerle la espina de pescado, por temor de revivir todo el procedimiento anterior.

4. Acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad por falla en el servicio en el caso concreto

Los presupuestos que permiten endilgar responsabilidad bajo el título de imputación por falla en el servicio se concretan en el daño antijurídico sufrido por el interesado, la conducta anormal de la Administración, y finalmente, una relación de causalidad entre esta última y aquél, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio; aspectos cuya configuración en el *sub examine* se analizan a continuación.

4.1 El daño

En relación con la noción de daño, como primer requisito del proceso de determinación de la responsabilidad que le pueda caber a la entidad enjuiciada, la Sala observa que ese concepto se distingue del referido al perjuicio, entendido el primero como el hecho o situación objetiva verificable con los sentidos, que lesiona de manera definitiva un derecho o interés lícito o

altera su goce pacífico; el segundo corresponde al menoscabo patrimonial subjetivo sufrido por la víctima del daño y como consecuencia directa de este, que comporta su faz indemnizable¹¹⁵.

Esa misma postura ha sido adoptada por el Consejo de Estado al señalar que *“(...) es necesario reiterar que el daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad, y una vez verificada su configuración, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar. En ese orden de ideas, el daño, en su aspecto objetivo, debe ser entendido como la lesión de un derecho, interés o atributo de la persona, sin que exista la necesidad de relacionarlo con la actividad que lo causó, pues es una entidad fenoménica u ontológica que lejos de estar relacionado con el deber ser de las cosas, es un dato objetivo apreciable por los sentidos y, por consiguiente, una entidad natural. De allí que, la mera ocurrencia del daño y su nota de antijuricidad es el presupuesto indispensable que genera el deber de reparar. (...) La labor del juez, en principio, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, como violación a un interés legítimo, esto es, como fenómeno, como dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia, luego, aquél asume una posición axial frente al mismo, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado éste, comprobar la posibilidad de imputación o no, a la entidad demandada”*¹¹⁶.

Es preciso recordar que en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, no basta la demostración de la ocurrencia del daño puro y simple para exigir del Estado la obligación de repararlo, sino que se requiere que el mismo sea calificado como antijurídico¹¹⁷.

La antijuridicidad del daño representa, entonces, la ausencia del deber jurídico de soportarlo por parte de quien lo sufre. Ahora, el daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo se torna imprescindible que se acrediten los aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama,

¹¹⁵ Antaño la Corte Suprema de Justicia afirmó que *“(...) el daño, considerado en sí mismo, es la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio, al tiempo que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”*. Sala de Negocios Generales, 13 de diciembre de 1943, M.P. Dr. Cardozo Gaitán.

¹¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Exp. 20001-23-31-000-1998-03813-01(18451). Ver también sentencia del 19 de octubre de 2011, de la misma Corporación y Sección, con ponencia de la Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

¹¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 05001-23-25-000-1992-3233-01(13233)

a saber: **i)** debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, como se indicó; **ii)** que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; **iii)** que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, de manera que no puede limitarse a una mera conjetura o alea.

En el caso que convoca la atención del Tribunal, según lo expuesto en la demanda y de conformidad con el material probatorio aportado al proceso, el daño alegado por la parte actora se concreta en la afectación del derecho a la salud que sufrió el señor Adelmo Antonio García Valencia, específicamente por la parálisis de cuerda vocal derecha, por la permanencia de un cuerpo extraño en su cuello, por las complicaciones con posterioridad a la cervicotomía, y por las cicatrices que éste y los demás procedimientos quirúrgicos dejaron en su cuerpo.

4.2 La falla en el servicio

Como se indicó en el acápite de antecedentes, la parte demandante atribuyó responsabilidad a la entidad demandada, al considerar que la cirugía exploratoria del esófago practicada al señor Adelmo Antonio García Valencia fue hecha al lado contrario de donde se encontraba alojado el cuerpo extraño deglutido, el cual no se extrajo, produciendo una perforación esofágica y otro tipo de lesiones, dentro de las cuales se encuentra una parálisis de cuerda vocal derecha.

Antes de analizar si en el presente asunto se configura una falla en el servicio por parte de la ESE Hospital Departamental de Salud de Caldas, el Tribunal considera necesario indicar que comparte la apreciación hecha por la Juez de primera instancia en punto a que la objeción por supuesto error grave respecto de la experticia rendida por el médico Alberto Ángel Pinzón, no se logró demostrar con el dictamen pericial decretado con esa finalidad.

En efecto, el peritaje presentado por el gastroenterólogo Mario Santacoloma Osorio, no sólo no dio respuesta a la totalidad de interrogantes planteados por las partes interesadas en la prueba (demandante y Liberty Seguros S.A.), sino que además no controvierte de manera concluyente lo expresado por el médico especialista en cirugía general y en gastroenterología clínico-quirúrgica Alberto Ángel Pinzón.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que ambos coinciden en que ante la perforación del esófago por un cuerpo extraño (espina de pescado), la endoscopia digestiva se encuentra contraindicada. Adicionalmente, se observa que los únicos reproches que el Dr. Mario Santacoloma Osorio hizo

fueron en relación con la inexistencia de tomografía axial computarizada de cuello con medio hidrosoluble antes del procedimiento quirúrgico y con posterioridad a éste, como una manera de precisar si había perforación de esófago, el sitio de la posible perforación, así como para ubicar el lugar donde se hallaba el cuerpo extraño; frente a lo cual cabe precisar que el primer cuestionamiento parte de la idea de que se desconocía si existía o no perforación, lo cual ya se había confirmado por los hallazgos clínicos sugestivos de absceso cervical y de respuesta inflamatoria sistémica, de manera que no era imperativo realizar la tomografía; mientras que el segundo no se aviene con la totalidad de la historia clínica, pues contrario a lo afirmado por el perito, luego de la intervención sí se practicó un TAC al paciente.

No puede pasarse por alto que el citado perito se abstuvo de indicar de qué manera debió haberse hecho el procedimiento quirúrgico, ya que aclaró que su especialidad era médica y no quirúrgica. En ese sentido, su concepto no sólo no brinda elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión en este proceso sino que tampoco demuestra la citada objeción por error grave.

Analizados los artículos médicos allegados por la parte actora con el fin de demostrar tanto la supuesta falla en el servicio como la objeción por error grave del dictamen, el Tribunal destaca lo siguiente:

- a) Lo expuesto en el artículo médico denominado *“Cuerpos extraños esofágicos”*¹¹⁸, no entra en contradicción con lo señalado por el perito Alberto Ángel Pinzón, pues éste no desconoce que la realización de la endoscopia sea un mecanismo para confirmar la presencia del cuerpo extraño, y para su extracción en los casos en los cuales no exista perforación, que no era la situación del señor Adelmo Antonio García Valencia.

De hecho, de tal artículo conviene citar el siguiente aparte, ya que, de un lado, reafirma la rapidez con la cual debía ser intervenido el paciente ante la existencia de una perforación esofágica y de un absceso cervical, y de otro, sustenta las maneras en las cuales puede generarse la perforación esofágica: *“(...) Pero sin duda la complicación más temida es la perforación esofágica, que puede dar lugar a mediastinitis y abscesos retroesofágicos, con un alto porcentaje de mortalidad (12). Las perforaciones se pueden producir bien por acción del cuerpo extraño por sus características morfológicas (objeto cortante o punzante), por erosión progresiva o necrosis de la pared esofágica al permanecer mucho tiempo el cuerpo extraño en contacto con la mucosa esofágica y también por iatrogenia en las maniobras*

¹¹⁸ Páginas 207 a 210 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

instrumentales de extracción. La localización de la perforación más habitual es el esófago cervical (1, 2, 7, 8). La rapidez en el diagnóstico de la misma es fundamental dada su alta mortalidad (mayor del 60% a las 24 horas) (12). (...)”.

- b) La misma conclusión hecha anteriormente puede extraerse del artículo médico denominado *“Cuerpos extraños en el aparato digestivo”*¹¹⁹, en el cual nuevamente se menciona de manera general y habitual que la endoscopia confirma la presencia del cuerpo extraño y que permite el diagnóstico de enfermedades predisponentes y lesiones secundarias de la mucosa, así como su extracción; pero no precisa el procedimiento a seguir cuando ya existen signos y síntomas de perforación esofágica y de abscesos cervicales, dejando en todo caso claro que hay pacientes que requerirán de cirugía. De hecho, en este artículo se menciona que las espinas de pescado deben considerarse como peligrosas y que los sitios de perforación de éstas incluyen el esófago, entre otros.
- c) En cuanto al artículo médico denominado *“Cuerpos extraños en el tracto digestivo superior”*¹²⁰, la Sala de Decisión observa que en él se precisa que la tomografía computarizada está indicada en los casos en los cuales existe duda diagnóstica y/o sospecha de complicación. Dado que para el caso del señor Adelmo Antonio García Valencia no existía duda de la presencia del cuerpo extraño ni de la perforación esofágica, no era exigible la realización del TAC.

El citado artículo ratifica que dentro de las complicaciones más frecuentes por ingesta de un cuerpo extraño se encuentra la perforación, la cual tiene mayores tasas de morbilidad debido al riesgo de provocar mediastinitis, neumotórax, abscesos pulmonares, peritonitis y taponamientos cardíacos.

Aunque nuevamente se indica que la endoscopia digestiva alta es la prueba con mayor rendimiento diagnóstico tanto para confirmar la presencia del cuerpo extraño como para su localización y extracción, recuérdese que en este caso no sólo se trataba de encontrar y extraer la espina de pescado sino que se requería drenar el absceso cervical y evitar la aparición de una mediastinitis.

Conviene señalar que el citado artículo establece que la incidencia de complicaciones por ingestión de cuerpos extraños se ha relacionado con el tiempo de enclavamiento, ya que por ejemplo, por encima de las 24

¹¹⁹ Páginas 265 a 271 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹²⁰ Páginas 272 a 279 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

horas, su incidencia puede superar el 10%. Adicionalmente, explica que la existencia de una complicación establecida, como sería el caso de una perforación, constituye una contraindicación para la realización de una endoscopia digestiva.

En el algoritmo para el manejo inicial y tratamiento endoscópico de cuerpos extraños que trae el artículo citado, se advierte que ante la existencia de complicaciones se debe realizar cirugía si ya se hizo uso de la tomografía computarizada y de la radiografía de contraste hidrosoluble, en los casos que exista sospecha y teniendo en cuenta los eventos en los que hay contraindicación de endoscopia digestiva.

- d) Finalmente, en relación con el artículo médico denominado *“INGESTIÓN DE CUERPOS EXTRAÑOS: PROTOCOLO DE ESTUDIO Y TRATAMIENTO”*¹²¹, el Tribunal observa que el mismo indica que en caso de complicación por la ingesta de un cuerpo extraño, como por ejemplo cuando hay perforación, la indicación es la cirugía

Así las cosas, este Tribunal considera que el dictamen pericial objetado amerita ser valorado, en tanto no se acreditó que el mismo fuera elaborado sobre bases equivocadas, que el objeto de observación hubiese sido alterado, o que sus conclusiones no tuvieran como fundamento el contenido de la historia clínica.

De conformidad con la historia clínica del señor Adelmo Antonio García Valencia en la ESE ASSBASALUD y en la ESE Hospital Departamental de Salud de Caldas, en concordancia con la declaración de la cirujana general que intervino en el proceso de atención, con el dictamen pericial inicialmente rendido y con la restante prueba documental, el Tribunal concluye lo siguiente respecto de la atención médica brindada al paciente:

- e) Para cuando el señor Adelmo Antonio García Valencia acudió a la ESE accionada, esto es, dos días después de haber ingerido accidentalmente una espina de pescado, presentaba signos de perforación esofágica a raíz del cuerpo extraño, y también de una reacción inflamatoria severa sistémica secundaria a dicha perforación.
- f) En tanto ya se conocía la existencia de una perforación esofágica que estaba causando un absceso cervical y una respuesta inflamatoria sistémica al paciente, la realización de una endoscopia o de intervenciones apoyadas en este medio diagnóstico estaban contraindicadas, so pena de generar una perforación mayor del

¹²¹ Páginas 280 a 288 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

esófago, con las consecuencias que de ello se pudieran derivar.

- g) En ese sentido, era procedente realizar la cervicotomía como un mecanismo no tanto para encontrar la espina de pescado, sino para drenar el absceso cervical y reparar la perforación, evitando con ello que apareciera la infección de mediastinitis.
- h) Acudir previamente a la realización de un TAC hubiera menguado las posibilidades de supervivencia del paciente, pues como se indicó anteriormente, ya existían signos evidentes de perforación esofágica, y ello exigía que se adoptara una conducta médica rápida y eficaz.
- i) Aunque la ESE ASSBASALUD no fue demandada en este proceso, el Tribunal no puede pasar por alto que, según lo que aquí se ha narrado, es posible que por parte de dicha entidad hubiese existido falla en el servicio médico que inicialmente brindó al paciente, ya que pese al deber que le asistía de conocer que las espinas de pescado son objetos radiolúcidos y no radiopacos, el apoyo diagnóstico ordenado (rayos X) no era el adecuado para establecer la ubicación del cuerpo extraño y una posible perforación que hubiese permitido una acción más oportuna y, quizás, menos invasiva.
- j) En relación con la manera en la cual debía practicarse la intervención quirúrgica, esto es, si era o no procedente realizarla en la parte izquierda o derecha del cuello, el Tribunal estima que existen en el expediente suficientes elementos médico científicos que informan que lo más acertado era abordar por el lado izquierdo, atendiendo la desviación que a nivel cervical tiene el esófago a la izquierda, y que permitía acceder a la totalidad del esófago sin lesionar otros órganos que están en el cuello.
- k) No hay prueba en el proceso que permita determinar fehacientemente que las complicaciones presentadas con posterioridad al procedimiento quirúrgico hubieran sido generadas por éste o por una mala intervención del personal médico de la ESE demandada. Por lo contrario, al parecer incidió el estado de salud previo del paciente y el mismo incidente generado por la deglución de la espina de pescado.
- l) Del análisis de la historia clínica del paciente se extrae que éste recibió continua atención médica, que la ESE accionada le brindó todos los recursos humanos y tecnológicos que tenía disponibles, pues fue valorado por médicos intensivistas, por especialistas en cirugía general, en gastroenterología, otorrinolaringología y radiología, se le hicieron

continuas terapistas físicas y respiratorias, así como cuidados de enfermería, y se practicaron exámenes diagnósticos y paraclínicos.

Para la Corporación, las anteriores circunstancias dejan sin fundamento probatorio alguno las imputaciones hechas por la parte actora en punto a la existencia de una falla en el servicio por parte de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas en la atención brindada al señor Adelmo Antonio García Valencia.

4.3 Nexo de causalidad

Al no haberse demostrado una falla en el servicio por acción u omisión, por parte de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas en los hechos que dieron origen a esta demanda, el nexo causal tampoco se configura, pues no se acreditó que el daño, esto es, la afectación del derecho a la salud, tuviera como causa eficaz y determinante la supuesta falla que se le endilgó a la parte accionada.

Conclusión

Según quedó analizado a lo largo de esta providencia, el daño padecido por la parte demandante no es jurídicamente imputable a la parte demandada por no haberse demostrado la existencia de una falla en el servicio por parte de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas en la atención médica brindada al señor Adelmo Antonio García Valencia, y tampoco un nexo causal. En ese orden de ideas, habrá de confirmarse la providencia objeto de apelación.

Costas

No habrá lugar a condena en costas por cuanto la actividad de las partes se ciñó a los parámetros de buena fe y lealtad procesales, sin que por lo mismo se observe actuación temeraria ni maniobras dilatorias del proceso (artículo 171 del CCA modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998).

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del primero (1º) de junio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora María Doctorlina Quintero Giraldo y otros contra la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas, y en el cual fue llamado en garantía Liberty Seguros S.A.

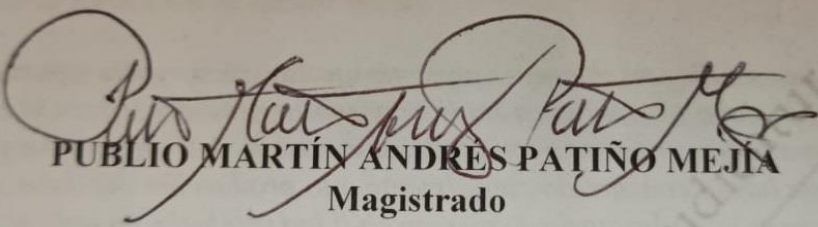
Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

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

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

A.I. 232

Proceso: Ejecutivo
Demandante: Lilia Del Socorro Serna Betancur
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y de Parafiscales De La Protección Social - UGPP
Radicación: 17 001 33 33 002 2014 00268 02

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la ejecutante, contra el auto que negó el mandamiento de pago.

I. Antecedentes

1. La demanda

La ejecutante solicitó librar mandamiento de pago contra la UGPP por la suma de \$14'077.948 por concepto de la diferencia de las sumas descontadas por aportes pensionales ordenada mediante sentencia del 10 de febrero de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, en la que se dispone que: “...si sobre los factores indicados no se hubiesen hechos los descuentos de ley con destino a la entidad de previsión, ellos deberán deducirse...” confirmada por este Tribunal el 12 de diciembre de 2017; y que se realice la liquidación del monto de los descuentos conforme a las normas aplicables por ciertos periodos de tiempo laborados.

Explica que, la UGPP expidió la Resolución RDP033546 del 14 de agosto de 2018 en la cual, en cumplimiento a la sentencia ordenó descontar por aportes para pensión de factores no efectuados por la suma de \$ 25'888.165; y la Resolución RDP022419 del 29 de julio de 2019, que adicionó la anterior, y que en ellos se realizó un descuento mayor al que correspondía.

El auto apelado

El *a quo* dispuso no librar el mandamiento de pago solicitado, para lo cual señaló que, la discusión que se plantea si bien tiene su génesis en una orden contenida en la sentencia que se ejecuta, la misma trasciende a una nueva discusión no definida en la misma, esto es, el

monto del porcentaje de los descuentos que deben hacerse y los periodos de descuento. Y esto es así, al punto que la parte ejecutante discute el porcentaje deducido e invoca y analiza distintas disposiciones que a su juicio resultan aplicables.

Que por tanto, la ejecutante pretende por la vía de la ejecución llevar a una decisión propia de un proceso declarativo en cuanto se defina el porcentaje legal que debe aplicarse a los descuentos por aportes no efectuados y el periodo de los mismos. Adicionalmente, para efectos de dichos descuentos el ahora ejecutante tiene la calidad de deudor, no de acreedor, por lo que en modo alguno está habilitado para realizar el cobro que ahora pretende.

Con base en lo anterior concluyó que, el procedimiento para el descuento por aportes no efectuado y el monto de los mismos, es un asunto no contenido en la sentencia base de la ejecución toda vez que la controversia en tal sentido no existía al momento de dictarse, lo que impone no librar mandamiento ejecutivo, en tanto la inconformidad del ejecutante deberá ventilarse en un juicio propio de los actos que liquidaron el descuento discutido.

2. Apelación

La ejecutante solicitó revocar la decisión y en su lugar librar mandamiento de pago, para lo cual señaló que, si bien la demandante estaba en la obligación de realizar el pago de los descuentos por aportes a pensión, también lo es que la entidad debió regirse a lo dicho en la sentencia del Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, confirmada por el Tribunal Administrativo de Caldas, por lo que debía determinar cuáles fueron los factores salariales devengados por la demandante, y de estos definir a cuáles no se les había efectuado el debido descuento. Siendo esto, obviado por la entidad demandada.

Que al ente demandado se le condicionó a determinar el periodo laboral de este trabajador, el cual está comprendido entre 05 de octubre de 1981 y 19 de abril de 2010, periodo en el cual el ejecutante prestó sus servicios a la Secretaria de Educación de Caldas. El segundo condicionamiento, estaba dirigido a que, para efectos de la liquidación y deducción de aportes, debía ajustarse a los parámetros establecidos en la normatividad vigente para cada periodo, cuando expresamente ordenó *“Si sobre los factores indicados no se hubiesen efectuado los descuentos de ley con destino a la entidad de previsión, ellos deberán deducirse”*.

Que la UGPP, debió regirse única y exclusivamente a liquidar conforme a las leyes 4ª de 1966, las leyes 33 y 62 de 1985, y la ley 100 de 1993 y especialmente teniendo en cuenta lo establecido por el Decreto 692 de 1994. Por lo anterior, y demostrado que la UGPP realizó una liquidación y deducción por aportes a pensión de forma irregular, apartándose de la orden judicial, y sin prueba alguna que demostrara que algunos periodos no se efectuaron las deducciones legales, sin la aplicación del ordenamiento jurídico que para cada periodo, regulaba esa situación, y por el contrario, adoptando un procedimiento no regulado en la ley, es prueba suficiente para que el juez hubiera encontrado que el título ejecutivo reunía los requisitos, esto es, de constituir una obligación clara expresa y exigible.

Para fundamentar su posición trajo a colación apartes de varias sentencias proferidas por otros Tribunales Administrativos y juzgados administrativos del país sin indicar la fecha, luego de lo cual concluyó que, no es dable cambiar la naturaleza del proceso ejecutivo al de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo a lo solicitado por el *a quo*, toda vez que las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas constituyen por sí mismas título ejecutivo y no requieren, salvo las excepciones de ley, que se fije la condena a través de una suma dineraria específica para que pueda establecerse su valor real o demandarse ejecutivamente.

II. Consideraciones

1. Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, corresponde a este Tribunal conocer los recursos de apelación interpuestos contra los autos proferidos en primera instancia por los jueces administrativos, resaltándose que la providencia impugnada, al negar el mandamiento de pago solicitado es susceptible de apelación.

2. Problema jurídico

De acuerdo con la decisión apelada y los argumentos del recurso, se contrae a establecer: *¿Se puede tramitar por vía ejecutiva la controversia sobre los montos deducidos por aportes no realizados oportunamente sobre los factores salariales, ordenados en una sentencia?*

Para resolver el cuestionamiento planteado, se realizará una reseña sobre: i) el fundamento del título ejecutivo; para luego ii) analizar el caso concreto.

3. Fundamento jurídico - el título ejecutivo

Doctrinariamente se ha señalado que el proceso ejecutivo busca “asegurar que el titular de una relación jurídica que crea obligaciones pueda obtener, por medio de la intervención estatal, el cumplimiento de ellas, compeliendo al deudor a ejecutar la prestación a su cargo, si ello es posible, o si no, conduciéndolo a que indemnice los perjuicios patrimoniales que su inobservancia ocasionó”.¹

En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado² ha considerado que, el proceso ejecutivo tiene como objeto o finalidad hacer efectivo el derecho que tiene el demandante de reclamar al ejecutado el cumplimiento de una obligación clara, expresa y exigible, que se considera insatisfecha y que consta en un título ejecutivo. Lo anterior significa que en el

¹ Cita de cita: López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil. Parte Especial*. Bogotá: DUPRÉ Editores. Así lo ha señalado la Sección Cuarta del Consejo de Estado en autos del 20 de agosto de 2020 (C.P.: Stella Jeannette Carvajal Basto, Rad. 76001-23-33-000-2018-01039-01(25258)) y del 26 de febrero de 2014 (C.P.: Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Rad.: 25000-23-27-000-2011-00178-01(19250)).

² Ver autos del 15 de octubre de 2020 (Sección Cuarta, C.P.: Dr. Milton Chaves García, Rad.: 15001-23-33-000-2014-00538-01 (24765)) y del 27 de mayo de 2010 (Sección Segunda, C.P.: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 25000-23-25-000-2007-00435-01(2596-07)).

proceso ejecutivo no se discute el origen o la existencia de la obligación sino que ésta deba hacerse efectiva.

De conformidad con el artículo 297 del CPACA, constituyen título ejecutivo, entre otros, “3... los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones”.

El artículo 422 del Código General del Proceso – CGP³, aplicable en virtud de la remisión de que trata el artículo 298 del CPACA, prevé las condiciones esenciales que ha de contener un documento (o varios, según el caso) para hacerlo valer como título ejecutivo, así:

“ Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184”.

Con fundamento en la norma anterior, el Consejo de Estado ha precisado que⁴:

“...el título ejecutivo debe reunir condiciones formales, las cuales consisten en que el documento o conjunto de documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación: i) sean auténticos y ii) emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el Juez o Tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial o acto que tenga fuerza ejecutiva de conformidad con la ley.

(...)

De igual manera se recuerda que en el proceso ejecutivo, en orden a lograr la sentencia que ordene llevar adelante la ejecución, la parte ejecutante debe haber acreditado los requisitos del título, los cuales se traducen en que las obligaciones incorporadas en el respectivo título deben ser claras, expresas y exigibles.

La obligación es expresa cuando aparece manifiesta de la redacción misma del título (simple o complejo); es clara cuando el contenido obligacional se revela en forma nítida en el título (simple o complejo) y es exigible cuando puede imponerse su cumplimiento en la oportunidad en que se demanda, por cuanto no está sometida para su cumplimiento a plazo pendiente o condición no ocurrida”. (Se resalta)

³ En adelante, CGP.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 9 de septiembre de 2015. Rad.: 25000-23-26-000-2003-01971-02(42294), reiterada Subsección B, el 2 de mayo de 2016 (Rad.: 27001-23-33-000-2015-00062-01(56303)), C.P. Stella Conto Díaz.

5. Caso Concreto

El título ejecutivo presentado por la ejecutante, corresponde a la sentencia del 10 de febrero de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, confirmada por este Tribunal el 12 de diciembre de 2017, en la que se dispuso que: “...si sobre los factores indicados no se hubiesen hechos los descuentos de ley con destino a la entidad de previsión, ellos deberán deducirse...”⁵.

Al respecto, la UGPP expidió las Resoluciones RDP033546 del 14 de agosto de 2018⁶ y RDP022419 del 29 de julio de 2019⁷ en las cuales, en cumplimiento a la sentencia ordenó descontar por aportes para pensión de factores no efectuados por la suma de \$25'888.165.

Ahora, el desacuerdo sobre la forma de aplicar ese aparte de la decisión, no corresponde ventilarse en un proceso de ejecución, en primer lugar, por cuanto la orden dada a la UGPP es que realice los descuentos de aportes dejados de realizar que corresponden a los factores sobre los que se ordenó la inclusión, sin que esta obligación esté a favor de la aquí ejecutante, sino a la entidad que se beneficiará de tales cobros.

En segundo lugar, se tiene que la obligación que pretende la parte ejecutante no es expresa, clara ni exigible, pues surge la duda respecto de cuáles son los factores sobre los cuales no se efectuaron aportes para pensión y en consecuencia, no se especificó en el acto de cumplimiento, sobre cuáles de esos factores se debe hacer la deducción.

En tercer lugar, tampoco quedó claro el porcentaje de descuento que se debía efectuar sobre los factores incluidos, esto es, si era del 5% conforme a Ley 4° de 1966, Ley 33 de 1985; del 11.5% en los términos de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios; del 12,5% en los términos de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, o del 13.5% en los términos de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, como alega el ejecutante, puesto que la sentencia objeto de ejecución se limitó a indicar que “si sobre los factores indicados no se hubiesen hechos los descuentos de ley con destino a la entidad de previsión, ellos deberán deducirse”, sin establecer de manera clara cuál es la ley o normatividad a aplicar, dejando a la interpretación de la entidad de previsión la norma a aplicar para efectuar los mencionados descuentos.

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado que “la obligación es expresa si se encuentra especificada en el título y no es el resultado de una presunción legal o una interpretación normativa”⁸, y como se indicó, las sentencias, que hacen del título ejecutivo, no expresan de manera clara y precisa sobre cuales son exactamente los factores que debe hacerse la deducción, ni el

⁵ Fl. 97, 105 A.D. 02MemorialSolicitudEjecutivo.pdf

⁶ Fl. 133-149 A.D. 02MemorialSolicitudEjecutivo.pdf

⁷ Fl. 151-157 A.D. 02MemorialSolicitudEjecutivo.pdf

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto, Bogotá D.C., veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020), Radicación número: 75001- 23-33-000-2018-01039-01(25258) reiterando lo dicho en Providencia de 26 de febrero de 2014, Exp. 19250, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

porcentaje sobre el cual se deben realizar los descuentos de los aportes sobre los nuevos factores, lo que obligaría al juez de ejecución realizar una tarea interpretativa que le está vedada.

Asimismo, en providencia del 7 de octubre de 2021, en un asunto similar el Consejo de Estado, indicó:

“Así es que la autoridad Judicial, en la providencia objeto de litis, lo evidenció, al afirmar que la orden impartida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, en la sentencia del 8 de Junio de 2017, no estableció un procedimiento preciso para que la UGPP realizara los descuentos por aportes no efectuados, razón por la cual, dicha corporación, dejó a disposición de la entidad de previsión la posibilidad de realizarlos. Por lo anterior, para la Sala no son de recibo los argumentos de la accionante relacionados con este punto, pues del estudio de las decisiones no coligió que existiera una obligación clara, expresa y exigible, en relación con la forma en que debían efectuarse los descuentos y, por lo tanto, no existía título ejecutivo respecto de la pretensión analizada”⁹. (Se resalta)

La anterior posición fue reiterada, en providencia del 29 de octubre de 2021, así:

“En síntesis, no es procedente librar mandamiento ejecutivo por cuanto la pretensión de ejecución de los descuentos de aportes, al no ser una obligación clara, expresa ni exigible, por tal razón no es calculable a través de una operación aritmética como prevé el artículo 424 del CGP.

*Finalmente, se debe advertir que esta Sala de decisión, **había venido sosteniendo lo contrario**, afirmando que lo pedido en esta clase de demandas cumplía los requisitos de ser una obligación clara, expresa y exigible, y que no se debía negar el mandamiento de pago, en acatamiento a las recientes providencias del H. Consejo de Estado tanto de la Subsección “A” como de la Subsección “B” proferidas en asuntos similares, se acoge la posición adoptada en las mismas, en las cuales se afirmó que la obligación que pretende ejecutar la parte actora consistente en que la UGPP reintegre los montos deducidos por aportes no realizados oportunamente sobre los factores salariales que se incluyen, **no se trata de una obligación clara, expresa y exigible, en la medida en que no se advierte con certeza una acreencia en favor de la parte demandante, y además, la sentencia objeto de ejecución contiene conceptos abstractos e imprecisos, por lo que el accionante no puede pretender utilizar el proceso ejecutivo para adicionar o complementar las decisiones adoptadas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, buscando que se analicen aspectos normativos y tácticos que no fueron objeto de discusión al interior del proceso ordinario, relacionados con la metodología o criterios para determinar los valores descontados por concepto de aportes a seguridad social de los factores de liquidación, y que tratándose de los aspectos en ella incorporados que superen los***

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas, 7 de octubre de 2021, Rad.: 11001 03 15 000 2021 05619 00

límites definidos por la sentencia, se trataría de un acto administrativo demandable ante esta jurisdicción”¹⁰. (Se resalta)

Más recientemente, en sentencia del 30 de junio de 2022, precisó:

3.3.2. De otro lado, contrario a lo señalado por el demandante, la providencia sí tuvo en cuenta las pruebas requeridas para determinar si la obligación era clara, expresa y exigible, que para este caso correspondía a las sentencias proferidas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que, según las normas y la jurisprudencia deben contener con claridad las obligaciones a su favor. Además, de acuerdo con los requisitos para librar mandamiento de pago, el juez no debe tener duda alguna ni requerir de ejercicios de interpretación o pruebas adicionales para advertir con claridad que el título contiene una obligación expresa y exigible.

3.3.3. Lo anterior, estuvo soportado por los recientes pronunciamientos de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que, en casos similares concluyó que cuando el Juez del proceso declarativo no establece en la sentencia la forma en que se deben realizarse los descuentos de aportes para pensión (como, por ejemplo: las normas aplicables al porcentaje de descuento, las fórmulas a aplicar o los periodos a descontar), no es el proceso ejecutivo el medio idóneo para cuestionar la forma en que la entidad de previsión lo realice”. (Se resalta)

Por lo tanto, solo cuando la obligación es clara, expresa y exigible, es procedente librar mandamiento de pago, y como quiera que la sentencia base de la ejecución ordenó que se descuenten los valores por concepto de aportes a pensión que no fueron descontados en los factores reconocidos, lo cierto es que no determinó la forma en que debían realizarse, por lo tanto, no es posible afirmar que existía título ejecutivo respecto de la pretensión analizada.

6. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto, se concluye que, no se reúnen los requisitos para librar mandamiento de pago en los términos solicitados por la ejecutante. Por lo anterior, la providencia recurrida a través del cual se negó el mandamiento de pago, será confirmada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO. **Confirmase** el auto del 8 de agosto de 2022 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, a través del cual se negó el mandamiento de pago dentro del medio de control ejecutivo promovido por Lilia Del Socorro Serna Betancur contra la UGPP.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P.: César Palomino Cortés, 29 de octubre de 2021, Rad.: 11001-03-15-000-2021-06550-00

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su competencia y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”

Proyecto discutido y aprobado en Sala Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 070 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARON VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHAVEZ MARIN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 247

Manizales, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

RADICADO:	17-001-33-33-004- 2016-00366-02
NATURALEZA:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE:	Fredy Eliécer Cuta Castro
DEMANDADO:	Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, que accedió parcialmente a las pretensiones del actor.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

El demandante solicitó en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 05603 del 31 de agosto de 2016 expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, Dirección General, por medio del cual se retira del servicio activo de la Policía. En consecuencia ordene su reintegro al cargo de patrullero, sin solución de continuidad, se reconozcan y paguen los salarios, primas, prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el 6 de septiembre de 2016 hasta que se produzca el reintegro, así como los perjuicios morales, los cuales estimó en 100 s.m.m.l.v., los perjuicios materiales: i) \$3.756.000 por concepto de salarios dejados de percibir a la presentación de la demanda y ii) \$25.445.669 por concepto de honorarios de abogados.

1.2. Sustento fáctico relevante.

Se señaló que, el demandante se vinculó a la Policía Nacional el 06 de septiembre de 2004; que mediante Resolución 03055 del 25 de agosto de 2005 obtuvo el grado de patrullero; que el 23 de octubre de 2013, le fue realizada la Junta Médico Laboral de Policía, la cual calificó con lesión, afección o secuela *“trastorno psicótico agudo no especificado de tipo esquizofrénico”* y lo declaró no apto sin sugerencia de reubicación laboral, con una disminución de la capacidad laboral del 29%.

Que ante reclamación efectuada por el demandante a la decisión anterior, el 6 de julio de 2016 el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía mediante Acta 6767 MDNSG-TM-41.1-fecha del 29 de junio de 2015, determinó que presenta una incapacidad permanente parcial que impide el desarrollo de actividad policial y advierte la imposibilidad reubicación laboral, aduciendo la carencia de preparación o conocimientos en áreas de apoyo a la actividad operacional.

El 31 de agosto de 2016, el director general de la Policía Nacional, expidió la Resolución 05603 -acto demandado- a través de la cual retiró al demandante del servicio activo por disminución de la capacidad psicofísica.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión.

Se señalan como vulneradas, la Constitución Política, artículos 1, 13, 25, 29, 47 y 54; la Ley 1437 de 2011, artículos 1, 3 y 137, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convenio 159 de la OIT. Arguye que, los actos demandados incurrir en falsa motivación y en una falsa expedición ya que al observar la hoja de vida del demandante, se demuestra que desde que empezó a laborar, realizó diferentes capacitaciones y cursos de formación en actividades con función policial y afines, sin dejar de lado las actividades que desempeñó de manera posterior a la lesión descrita e incluso hasta el momento de su retiro, evidenciado idoneidad, capacidad y destreza en el cumplimiento de sus actividades.

Adujo que se vulneró el artículo 28 del Decreto 094 de 1984, en tanto el órgano colegiado no citó a la última sesión del Tribunal al demandante, cercenándole su derecho de asistencia personal o por medio de apoderado y a contar incluso con la asistencia de un médico especialista que expusiera los argumentos técnico-científicos de su argumentación; con lo que, se le desconoció el derecho de audiencia y defensa. Que además se vulneró el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, como quiera que los exámenes que sirvieron de base para la decisión del Tribunal Médico, carecía de vigencia y validez.

Indicó que la aplicabilidad de los artículos 54, 55, 58 y 59 del Decreto 1791 de 2000 a la luz de la sentencia 381 del 12 de abril de 2005 impone que el retiro del servicio activo de la Policía Nacional, por disminución de la capacidad sicofísica procede siempre que se concluya que la persona no tiene capacidad alguna aprovechable.

Que aunado a lo anterior, le correspondía al Tribunal Médico Laboral la valoración de las capacidades presentes en el demandante, lo cual desconoció al no realizar ningún análisis más allá de afirmar que no procedía la reubicación laboral, generando así una decisión que puede calificarse de arbitraria, pues no existió justificación alguna respecto a la no procedencia de la reubicación.

2. Contestación a la demanda

La **Policía Nacional** se opuso a la prosperidad de las pretensiones del demandante en la medida que, el retiro del servicio se dio en atención al acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, dependencia que pertenece orgánicamente a la Subsecretaría General del Ministerio de Defensa Nacional, el cual es totalmente autónomo e independiente de la Policía Nacional, acto respecto del cual advierte, sí tuvo en cuenta las certificaciones aportadas por el actor empero no cumplían con los criterios mínimos para acreditar capacidades en el desarrollo de funciones administrativas o de apoyo operacional.

Señala que el actor contó con las oportunidades pertinentes para controvertir las diferentes decisiones tomadas por parte de la Junta y el Tribunal Médico Laboral, pues como se aprecia dentro del acervo probatorio, el demandante acudió a las instancias procesales a las cuales tenía derecho, con base en el Decreto Ley 1796, y en todo caso, las decisiones tomadas por los organismos de calificación de la capacidad física se ajustan a derecho y fueron proferidas con el lleno de todos los requisitos que exige la normatividad vigente.

Así señala que la junta que expidió la calificación del actor es el organismo idóneo para evaluar la capacidad psicofísica de los miembros de las fuerzas armadas, así como para determinar la existencia de facultades que permitan la reubicación, mientras que la Policía Nacional únicamente ejecuta la decisión irrevocable y obligatoria de la autoridad médico laboral.

Aduce que el reintegro y ascenso al grado inmediatamente superior al cual tenía derecho sin solución de continuidad pretendidos por el actor desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha manifestado que la competencia para ordenar ascensos dentro de la fuerza pública corresponde al Gobierno Nacional o Fuerza Pública dentro de un trámite complejo en

el que también intervienen las juntas asesoras de cada fuerza a través de conceptos previos.

Advierte que el pago de salarios y emolumentos dejados de percibir desde su desvinculación hasta que se reproduzca el reintegro debe atender a las limitaciones señaladas en la sentencia de unificación SU – 556 de 2014 siendo indemnizable únicamente el daño efectivamente sufrido, el cual es equivalente a lo dejado de percibir previo descuento de todo lo que la persona haya devengado durante el periodo de desvinculación como retribución por su trabajo sin importar que provenga de fuente pública o privada, o del ejercicio como dependiente o independiente.

En línea con los argumentos expuestos, formuló las excepciones que denominó “*Limites indemnizatorios*” e “*Imposibilidad de condena en costas*” aunado a la declaratoria de cualquier medio exceptivo que sea identificado por el fallador.

3. Sentencia de Primera Instancia

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora, por lo cual ordenó su reintegro a un cargo similar o superior al que venía desempeñando o reubicarlo en actividades para las que sea apto de acuerdo con la formación, experiencia y capacidad remanente de trabajo, sin solución de continuidad, ordenando además realizar una nueva valoración al demandante para determinar el porcentaje de capacidades y el tipo de actividades laborales para las cuales tiene aptitud.

Así mismo, condenó a la demandada a pagar: “...a título de indemnización, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados (sic) de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario”.¹

Para ello, tras realizar un recuento de la normativa aplicable al procedimiento de calificación de la pérdida de capacidad psicofísica al interior de las fuerzas militares y de policía, adujo que, conforme a las pruebas aportadas se pudo determinar la capacidad del actor para acoplarse a los diferentes entornos laborales a los que se vio enfrentado, incluso en los peores momentos de su enfermedad, tal y como se evidencia en la historia clínica, en la que los especialistas refirieron que tuvo un carácter reactivo-adaptativo.

¹ Pág. 36-37 AD “02Sentencia”

Indicó que, las razones que tuvo en cuenta la demandada para retirar del servicio al señor Cuta Castro, no son justificativas de la decisión de retiro del servicio al no tener el pleno sustento probatorio; agregando que, no hubo una consideración sustancial para determinar la posibilidad de reubicar al actor, teniendo en cuenta que el dictamen únicamente hizo referencia al riesgo que se podría derivar de su enfermedad psicológica.

4. Recurso de apelación

La parte accionada solicitó revocar la sentencia, argumentado que las características de la enfermedad del señor Fredy Eliécer Cuta Castro, permitían prever que su comportamiento variara de acuerdo a su estado emocional, lo que efectivamente perjudicó la prestación del servicio para el cual fue asignado; siendo necesario que los miembros de la Policía Nacional se encuentren en condiciones de aptitud para desempeñar las funciones que le son propias y dar efectivo cumplimiento a su finalidad constitucional.

Sostuvo que, ante la existencia de un concepto pericial emitido por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar, cuya competencia está asignada por los Decretos 1796 de 2000 y 094 de 1989, por medio de los cuales se evaluó tanto física como psicológicamente al actor, se configuró en un acto de ejecución o de materialización de una causal de retiro, que nació a la vida jurídica con base en la decisión proferida por los órganos médicos laborales, lo que genera la inexistencia de vulneración alguna de los derechos.

II. Consideraciones

1. Problema Jurídico

Conforme a la sentencia y la apelación el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Es nulo el acto administrativo por medio del cual se desvinculó al actor de la Policía Nacional, por pérdida de su capacidad psicofísica?*

2. Tesis del tribunal

El acto administrativo demandado es nulo, toda vez que: i) se limitó a retirar del servicio al señor Fredy Eliécer Cuta Castro, solo con base en el Acta 6767 TML 15-2-876 del 29 de junio de 2016 emitida por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, dictamen en el que no se valoró en lo absoluto los antecedentes médicos y laborales del demandante; ii) omitió sustentar las razones que motivaron el retiro del agente de policía; iii) se expidió

sin enunciar los fundamentos por los cuales no era viable su reubicación, pese a contar con capacidad física y mental residual, y estar preparado en competencias que lo hacían útil para la entidad. Lo anterior aunado a que, se demostró que el actor había mejorado su condición médica inicial y que venía desempeñando el cargo de “operador de despacho de la Policía Nacional”, en el cual había recibido felicitaciones por su superiores y buenas calificaciones de servicio.

Para fundamentar lo anterior, a continuación se señalarán: i) las situaciones jurídicas acreditadas; ii) el régimen legal aplicable a la calificación de pérdida de capacidad psicofísica a miembros de las fuerzas armadas y retiro de personal por dicha causa; para descender al, iii) análisis del caso concreto.

3. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

-. Según el Acta Médico Laboral 484 del 17 de octubre de 2013² de la Junta Médico Laboral de Policía, se calificó al actor como no apto para el servicio policial por pérdida de la capacidad psicofísica del 29%, así:

“A. Antecedentes –lesiones –Afecciones-Secuelas

1. TRASTORNO PSICÓTICO AGUDO NO ESPECIFICADO DE TIPO ESQUIZOFRÉNICO.

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad para el servicio
INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL –NO APTO. Por artículo 59 lit. a,
REUBICACIÓN LABORAL NO, labores.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral

Presenta una disminución de la capacidad laboral:

Actual: VEINTINUEVE POR CIENTO PUNTO CERO POR CIENTO 29%

Total: VEINTINUEVE POR CIENTO PUNTO CERO POR CIENTO 29%

(...)NOTA: No se recomienda la reubicación laboral, pues la permanencia en la vida policial puede empeorar su patología mental, sumado al riesgo que pueda correr los compañeros o usuarios del servicio policial.”

-. Según el Acta 6767 TML 15-2-876 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía del 29 de junio de 2016³, se modificó los resultados de la Junta Médico Laboral 484 del 17 de octubre de 2013, resolviendo:

² Pág. 65-67 AD “01_5016-00366PROCESO”

³ Pág. 227- 33 Ibidem.

*“B. Clasificación de las Lesiones o afecciones y calificación de capacidad para el servicio.
INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL- NO APTO PARA ACTIVIDAD POLICIAL,
por Según Artículo 59 Literal c Ordinal 1 y Artículo 68 Literales a y b del Decreto 094 de 1989
No se recomienda la reubicación laboral toda vez que cursa condición mental”.*

-. A través de la Resolución 05603 del 31 de agosto de 2016, la Dirección General de la Policía Nacional dispuso el retiro del servicio del actor por pérdida de capacidad sicofísica, señalando que, con base al dictamen efectuado en acta 6767 TML 15-2-876 del 29 de junio de 2016 emitida por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el accionante no contaba con habilidades o destrezas que le permitieran desempeñarse en otras labores dentro del ámbito institucional⁴.

4. Régimen legal aplicable a la calificación de pérdida de capacidad psicofísica a miembros de las fuerzas armadas y retiro de personal por dicha causa

El Decreto 1796 de 2000⁵, define la capacidad psicofísica como el elemento necesario para el desempeño de la actividad militar y de policía, determinando también los modos para su calificación y los momentos o circunstancias en que se debe practicar, así:

“ARTICULO 1o. CAMPO DE APLICACIÓN. El presente decreto regula la evaluación de la capacidad sicofísica y la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la fuerza pública, alumnos de las escuelas de formación y sus equivalentes en la policía nacional...”

CAPACIDAD PSICOFÍSICA

ARTICULO 2o. DEFINICIÓN. *Es el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones.*

⁴ Pág. 250-251 Ibidem.

⁵ “por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”

La capacidad sicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

ARTICULO 3o. CALIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA. *La capacidad sicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.*

Es apto quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es aplazado quien presente alguna lesión o enfermedad y que mediante tratamiento, pueda recuperar su capacidad sicofísica para el desempeño de su actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es no apto quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones...

“ARTICULO 4o. EXÁMENES DE CAPACIDAD PSICOFÍSICA. *Los exámenes médicos y paraclínicos de capacidad sicofísica se realizarán en los siguientes eventos:*

- 1. Selección alumnos de escuelas de formación y su equivalente en la Policía Nacional.*
- 2. Escalafonamiento.*
- 3. Ingreso personal civil y no uniformado*
- 4. Reclutamiento*
- 5. Incorporación*
- 6. Comprobación*
- 7. Ascenso personal uniformado*
- 8. Aptitud sicofísica especial*
- 9. Comisión al exterior*
- 10. Retiro*
- 11. Licenciamiento*
- 12. Reintegro*
- 13. Definición de la situación médico-laboral*
- 14. Por orden de las autoridades médico-laborales....*

ARTICULO 15. JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICÍA. *Sus funciones son en primera instancia:*

1. Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.
2. Clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.
3. Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.
4. Calificar la enfermedad según sea profesional o común.
5. Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones.
6. Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.
7. Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento.”

ARTICULO 21. TRIBUNAL MEDICO-LABORAL DE REVISIÓN MILITAR Y DE POLICÍA. *El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía conocerá en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico-Laborales y en consecuencia podrá ratificar, modificar o revocar tales decisiones...” (Apartes subrayados por esta Sala de decisión)*

Así, la capacidad sicofísica se define como el conjunto de condiciones físicas, síquicas y mentales que le permiten a una persona desempeñarse como miembro activo de la fuerza pública, y que son verificables al momento del ingreso al servicio, para la permanencia o ascenso, y para definir la situación medico laboral y las consecuencias prestacionales y asistenciales que puedan derivarse de su condición específica, determinándose a las autoridades médico laborales del Ministerio de Defensa como encargadas de la evaluación de la capacidad sicofísica.

De otra parte, el Decreto 1791 de 2000⁶, dispone que la disminución de la capacidad sicofísica tiene incidencia para el retiro del servicio, así:

“ARTÍCULO 55. CAUSALES DEL RETIRO. *El retiro se produce por las siguientes causales:*

3. *Por disminución de la capacidad sicofísica...*

⁶ “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional.”

ARTÍCULO 59. EXCEPCIONES AL RETIRO POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD SICOFÍSICA. <Apartes tachados INEXEQUIBLES, resto del inciso CONDICIONALMENTE exequible> ~~No obstante lo dispuesto en el artículo anterior,~~ se podrá mantener en servicio activo a aquellos policiales que habiendo sufrido disminución de la capacidad sicofísica y obtenido concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, ~~siempre que por su trayectoria profesional lo merezcan~~ y sus capacidades puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción."

La Corte Constitucional a través de la sentencia C-381 de 2005, declarado exequible de manera condicional los referidos apartes bajo las siguientes consideraciones:

"El retiro del servicio por disminución de la capacidad sicofísica solo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y las capacidades del policial no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción".

5. Caso Concreto

De acuerdo al marco normativo expuesto, la competencia para evaluar la capacidad psicofísica está a cargo de las Juntas Médico-Laborales Militares y de Policía⁷ a quienes les corresponde, en primera instancia, fijar los índices de lesión, realizar la valoración de las secuelas, clasificar el tipo de incapacidad y calificar la aptitud para el servicio (apto, aplazado, no apto), *"pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite"*. El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía⁸, es el competente para ratificar, modificar o revocar tales decisiones⁹.

El artículo 54 del Decreto 1791 de 2000, establece como causal de retiro de los miembros de la Policía la *"disminución de la capacidad sicofísica"*; la Corte Constitucional en sentencia C-381 de 2005, al referirse a la exequibilidad de dicha causal consideró que, aunque es necesario que la Policía Nacional cuente en sus filas con personal idóneo para lograr su cometido estatal, los uniformados que presentan disminución psicofísica pueden ser aptos para

⁷ Artículo 15 del Decreto 1796 de 2020, De acuerdo con el artículo 17, esa Junta está integrada por tres (3) médicos de planta de la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional.

⁸ Conformado por los Directores de Sanidad del Ejército, de la Fuerza Aérea, de la Armada Nacional y de la Policía Nacional, si fueren médicos, y por el médico del Estado Mayor Conjunto, para un total de 5 miembros con voto; además, hay un asesor jurídico del Ministerio de Defensa que participa con voz pero sin voto. Este asunto se encuentra regulado en el artículo 26 del decreto 094 de 1989.

⁹ "Artículo 21. Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía. El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía conocerá en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico-Laborales y en consecuencia podrá ratificar, modificar o revocar tales decisiones. Así mismo, conocerá en única instancia la revisión de la pensión por solicitud del pensionado".

efectos del desempeño de otras labores propias de esa institución y distintas de las meramente policiales, por lo que, el retiro del servicio activo por disminución de la capacidad psicofísica procede siempre que se concluya que la persona no tiene capacidad alguna aprovechable.

En el caso concreto, la Policía Nacional desvinculó al señor Cuta Castro, con base en el Acta 6767 TML 15-2-876 del 29 de junio de 2016¹⁰, del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que señaló: *“No se recomienda la reubicación laboral toda vez que cursa condición mental”* con fundamento en:

“(…)

21. Se revisan 2 folios de historia clínica correspondientes a la Junta Científica por Psiquiatría realizada el día 09/10/2014 la cual concluye trastorno reactivo-adaptativo con predominancia de sintomatología ansiosa se recomienda restricción al porte y uso de armamento.

22. Por lo anterior el Tribunal encuentra que el calificado aun cuando en el momento se encuentra asintomático, persiste en su condición mental, así las cosas el Tribunal revoca lo asignado en la Junta y asigna lo correspondiente a la condición actual del peticionario.

23. En lo referente a la imputabilidad teniendo en cuenta que el trastorno de adaptación es una patología multifactorial el Tribunal determina le corresponde el literal a, es decir enfermedad de origen común.

24. Teniendo en cuenta que el funcionario cursa con patología mental la cual tiene criterio de no aptitud según lo contempla el Decreto 094 de 1989 26. (sic) El Tribunal Medico Laboral no recomienda la reubicación laboral toda vez que el calificado tiene restricción médica para el porte y uso de armamento y aun pese a que el peticionario no porte armas tiene la accesibilidad a las mismas de tal manera que estaría e (sic) constante riesgo el calificado, los compañeros y la población a la que está obligado a proteger”.¹¹

No obstante lo anterior, se encuentra acreditado que, el diagnóstico que llevó a la calificación inicial fue por *“trastorno psicótico agudo no especificado de tipo esquizofrénico”*, y según la historia clínica el señor Cuta, presentó una evolución médica favorable con posterioridad al Acta Médico Laboral del 17 de octubre de 2013, así por ejemplo, de la historia clínica emitida por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, se extrae lo siguiente:

“(…)

¹⁰ Pág. 227- 33 Ibidem.

¹¹ Pág. 232 AD “01_5016-00366PROCESO”

Fecha de consulta

5/15/2014 (sic)

(...)

PACIENTE CON SIND STRES POSTX, LA ESPECIALISTA CONSIDERA **QUE HAN DESAPARECIDO SINTOMAS SICOTICOS CON EL USO DE RISPERIDONA AL MOMENTO DEL EXAMEN ENCUENTRA PACIENTE EN BUENAS CONDICIONES GENERALES, VIGIL, COLABORADOR, EUPROSEXICO, ORIENTADO EN TRES ESFERAS, EUTIMICO, SIN ALTERACIONES EN LA SENSOPERCEPCION, MARCADA PREOCUPACION POR SU SEGURIDAD, INTELIGENCIA PROMEDIO, JUICIO ADECUADO, INSTROSPECCION PRESENTE.**

INDICA DISMINUCION PROGRESIVA DE ANTIPSICOTICO, RETIRAR CLONAZEPAN, CONTINUAR SÉRTRALINA. SOLICITA CONTROL EN TRES MESES (...)

Fecha de consulta

10/09/2014 (sic)

(...)

SE REALIZA JUNTA DE PSIQUIATRIA EN RESPUESTA A SOLICITUD DEL TRIBUNAL MEDICO-LABORAL CON ASISTENCIA DE LOS DOCTORES FELIPE QUIROGA, DIANA P.ENA, HUMBERTO JANER. LILIANA REVOLLEDO, XIMENA RANGEL. ALEJANDRO LOMBANA. PSIQUIATRAS DEL SERVICIO DE SALUD MENTAL Y PROFESIONALES EN PSICOLOGIA Y TRABAJO SOCIAL

ANAMNESIS-ENFERMEDAD ACTUAL

SE REVISLA LA HISTORIA CLINICA SISTEMATIZADA Y COPIAS DE ATENCIONES PRESTADAS POR PSIQUIATRIA EN ARAUCA QUE SON PRESENTADAS POR EL PACIENTE. SE ENTREVISTA AL PACIENTE.

DENTRO DE LA SINTOMATOLOGIA REFERIDA EN HISTORIA CLINICA Y RELATO DEL PACIENTE SE EVIDENCIA PRESENCIA DE MANIFESTACIONES DE ORDEN PREDOMINANTEMENTE ANSIOSO LAS CUALES SON ASOCIADAS A SITUACIONES ESPECIFICAS DE ESTRES, NO SE EVIDENCIAN SINTOMAS QUE CONSTITUYAN TRASTORNO PSICOTICO TIPO ESQUIZOFRENIA, TRASTORNO AFECTIVO MAYOR BIPOLAR NI TRASTORNO COGNOSCITIVO. EL EXAMEN MENTAL ACTUAL SE ENCUENTRA DENTRO DE PARAMETROS NORMALES,

SE CONCLUYE QUE LA SINTOMATOLOGIA PRESENTADA POR EL PACIENTE HA TENIDO CARACTER REACTIVO-ADAPTATIVO CON PREDOMINANCIA DE SINTOMATOLOGIA ANSIOSA Y SIN CONFIGURACION DE TRASTORNO PSICOTICO TIPO ESQUIZOFRENIA. SE RECOMIENDA RESTRICCION AL

PORTE Y USO DE ARMAMENTO".¹² (se destaca)

De acuerdo con lo anterior, es claro que el diagnóstico de *"trastorno psicótico agudo no especificado de tipo esquizofrénico"*, ya había sido superado por el señor Cuta; inclusive en nota de la misma historia clínica en fecha posterior se indicó:

"Fecha consulta

04/02/2016

(...)

PACIENTE CON TEPT. VENIA CON BUENA EVOLUCION PERO SE PRESENTO UN ESTRESOR LABORAL QUE OCASIONO UN RETROCESO EN LOS SINTOMAS. VISTO HACE 12 DIAS. SE DIO EXCUSA TOTAL REQUIRE QUE ESTUVO DESCANSANDO. MEJORO SU ESTADO ANIMICO. HA ESTADO ' DURMIENDO'. LO ATRIBUYE A LA MEDICACION AUMENTADA

REFIERE SENTIRSE ASUSTADO PORQUE SE ENTERO QUE LA ESPOSA ESTA EMBARAZADA HAY TEMOR POR EXPERIENCIA TRAUMATICA CON EL EMBARAZO PASADO. NO HA DEFINIDO SI QUIEREN O NO TENER EL HIJO, EMD. BRAOIPSIQUICO, BRADILALICO. AFECTO MEJOR MODULADO. JUICIO CONSERVADO.

A) PACIENTE CON MEJORIA CLINICA SE LEVANTA RESTRICCION DE EXCUSA TOTAL. PASA A PARCIAL CONTINUA MANEJO. SE DISMINUYE DOSIS DE GABAPENTIN." (Se destaca)

Lo anterior da cuenta, cómo la condición médica del señor Cuta Castro había mejorado ostensiblemente con posterioridad al Acta Médico Laboral del 17 de octubre de 2013 y antes del Acta 6767 TML 15-2-876 del 29 de junio de 2016¹³ del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, sin que ello fuera tenido en cuenta para conceptuar sobre la reubicación laboral.

Adicionalmente el demandante acreditó ante la autoridad accionada la culminación de los siguientes estudios, con posterioridad a la expedición del Acta Médico Laboral 484 del 17 de octubre de 2013, los cuales tampoco fueron objeto de análisis ni en el Acta 6767 TML 15-2-876 del 29 de junio de 2016¹⁴, del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía ni en la Resolución 05603 del 31 de agosto de 2016, en la que la Dirección General de la

¹² Pág. 122-125 AD "01_5016-00366PROCESO"

¹³ Pág. 227- 33 Ibidem.

¹⁴ Pág. 227- 33 Ibidem.

Policía Nacional dispuso el retiro del servicio del actor por pérdida de capacidad sicofísica:

- ✓ Seminario “*Primera autoridad respondiente en el sistema penal oral acusatorio*” ante la Escuela de Investigación Criminal de la Policía Nacional a través de la Plataforma AVA-FP entre el 11 de julio y el 11 de agosto de 2014 con una intensidad de 48 horas.¹⁵
- ✓ Acción de formación Legislación documental en el entorno laboral ante el SENA con una duración de 40 horas, culminado el 16 de junio de 2015.¹⁶
- ✓ Salud ocupacional: Seguridad y salud en el trabajo, SENA, 40 horas de duración. Culminado el 27 de julio de 2015¹⁷.
- ✓ Comunicación y atención al ciudadano, Dirección Nacional de Escuelas de la Policía Nacional, realizado entre el 17 de febrero al 25 de marzo de 2015, con una intensidad de 41 horas¹⁸.
- ✓ Plan Democracia, con la Dirección Nacional de Escuelas de la Policía Nacional, 10 horas, entre el 3 y el 7 de marzo de 2014.¹⁹
- ✓ Competencias digitales nivel básico, 30 horas de formación con el Ministerio de las Telecomunicaciones y la Universidad Nacional abierta y a distancia, 30 horas, certificado del 13 de noviembre de 2014.²⁰
- ✓ Educación Financiera, 4 horas, con la Unidad Administrativa especial para la consolidación territorial y el programa de inversión Banca de las oportunidades, realizado en Tame, Arauca, el 19 de septiembre de 2014.²¹
- ✓ Administración de recursos humanos, SENA, 40 horas, certificación del 23 de marzo de 2016.²²
- ✓ Creatividad para la solución de conflictos laborales, SENA, 40 horas, certificación del 18 de noviembre de 2015.²³

Aunado a lo anterior, el actor demostró que con posterioridad a la expedición del Acta Médico Laboral 484 del 17 de octubre de 2013, desempeñó funciones como “*operador de despacho*” de la Policía Nacional desde el 1º de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015, ello según “*Formulario I Evaluación del Desempeño*” suscrito por el Intendente Diego

¹⁵ Pág. 191 AD “01_5016-00366PROCESO”

¹⁶ Pág. 192 Ibidem.

¹⁷ Pág. 193 Ibidem.

¹⁸ Pág. 194 Ibidem.

¹⁹ Pág. 198 Ibidem

²⁰ Pág. 199 Ibidem.

²¹ Pág. 200 Ibidem.

²² Pág. 202 Ibidem.

²³ Pág. 203 Ibidem.

Alberto Restrepo Jiménez de la Policía Nacional, (No indica la fecha en que se diligenció el formulario, indica el periodo evaluado) en el cual el señor Cuta Castro tuvo una evaluación final de desempeño de “1197 – Clasificación: Superior”.²⁴

Sumado a lo anterior, de acuerdo con el Formulario II de seguimiento para la evaluación ante referida, suscrita por el Intendente Diego Alberto Restrepo Jiménez – Jefe Centro Automático de Despacho 0 123 de la Policía Nacional, en el que se describe mes a mes el comportamiento personal del accionante, de los que se destacan los siguientes²⁵:

Julio y agosto de 2015: *“excelente presentación personal, acata órdenes e instrucción del mando institucional en portar las insignias correspondientes al uniforme... demuestra cualidades y virtudes enmarcadas en las directrices institucionales lo cual incentiva a la prestación de un buen servicio policial. Por lo que se exhorta al evaluado a que continúe con esa misma actitud”*

Agosto y septiembre de 2015: *“...su comportamiento está acorde con el cumplimiento de las leyes y normatividad vigente para la Policía Nacional, demostrando un continuo interés por su modo de actuar dentro de los parámetros del decreto de Disciplina...Mediante orden interna No. 158 de fecha 09/09/2015 se realiza la presente anotación al evaluado: FELICITACIÓN ESPECIAL BUEN DESEMPEÑO LABORAL*
(...)

Felicitación por parte del señor CR LUIS ANTONIO DUARTE RABELO Comandante Departamento por el compromiso y responsabilidad que han permitido la reducción de los índices delincuenciales en el Departamento
(...)

ANOTACIÓN SEGUIMIENTO TRIMESTRAL: Esta jefatura FELICITA al evaluado por cuanto durante el trimestre ha cumplido con las expectativas y metas propuestas tomando como base la concertación de la gestión, permitiendo cumplir a cabalidad los lineamientos y políticas institucionales, desenvolviéndose satisfactoriamente en su cargo, ejerciendo su labor en forma acertada haciéndolo una persona eficiente y diligente en el desarrollo de su trabajo, de igual forma se esmera por cumplir satisfactoriamente cualquiera de las tareas que le son encomendadas, demostrando con esto su gran sentido de responsabilidad dominando ampliamente las actividades y funciones que son propias de su cargo”

Aunado a lo anterior, la argumentación plasmada en Acta 6767 TML 15-2-876 del 29 de junio

²⁴ Pág. 205-210 Ibidem.

²⁵ Pág. 211-225 Ibidem.

de 2016, no se ajusta a los parámetros analizados por la sentencia C-381 de 2005 emitida por la Corte Constitucional, en tanto dicha providencia es enfática en señalar que: *“El retiro del servicio por disminución de la capacidad sicofísica solo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y las capacidades del policial no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción”*.

La Corte Constitucional frente a los dictámenes expedidos por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, ha sido consistente en señalar que deben: *“ser motivados, en el sentido de manifestar las razones que justifican en forma técnico-científica la decisión, tener pleno sustento probatorio y basarse en un diagnóstico integral del estado de salud del petente (...) no pueden respaldarse en simples argumentos de autoridad y carentes de fundamentación suficiente, menos pueden ser productos de “simples formatos en los cuales se llenan para el caso los espacios en blanco, cada una de estas opciones deben estar fundamentadas expresamente en un criterio técnico o médico”²⁶* .

Así, esta Colegiatura al analizar el acta en mención encuentra que, no se analizó y fundamento con suficiencia la posibilidad de reubicación, pues no valoró la totalidad de los antecedentes médicos y laborales del demandante que indicaban que las capacidades del policial podían seguir siendo aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción.

Ahora bien, la Resolución 05603 del 31 de agosto de 2016 expedida por la Dirección General de la Policía Nacional, dispuso el retiro del servicio del actor por pérdida de capacidad sicofísica señalando que, con base en el dictamen efectuado en Acta 6767 TML 15-2-876 del 29 de junio de 2016 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el accionante no contaba con habilidades o destrezas que le permitieran desempeñarse en otras labores dentro del ámbito institucional.

Frente a ello, es evidente que la entidad demandada omitió el deber de motivar el acto administrativo, esto es, de fundamentar fáctica y jurídicamente la resolución de retiro del servicio, pues simplemente se basó en el concepto médico laboral, el cual como se indicó, se encuentra insuficientemente fundamentado, además que tampoco enunció los fundamentos por los cuales no era viable su reubicación, pese a contar con capacidad física y mental residual, y estar preparado en competencias que lo hacían útil para la entidad.

En virtud a lo anterior y en armonía con el caudal probatorio arrimado, se encuentra

²⁶ Sentencia T-499/20

acreditado que, la Policía Nacional no procuró la protección del derecho a la estabilidad laboral del señor Cuta Castro, pues se prefirió el retiro del servicio a pesar que, si bien al momento de su desvinculación, presentaba una enfermedad, se encontraba trabajando en calidad *operador de despacho de la Policía Nacional*, cargo en el cual recibió buenas calificaciones de servicio, además de felicitaciones, lo cual -se itera-, demuestra fehacientemente que el demandante contaba con capacidades residuales para continuar prestando servicios a favor de la institución; además de estar demostrado que se encontraba preparado en competencias que lo hacían útil para la entidad.

6. Conclusión

Corolario de lo expuesto, el acto administrativo demandado es nulo, toda vez que: i) se limitó a retirar del servicio al señor Fredy Eliécer Cuta Castro, solo con base en el Acta 6767 TML 15-2-876 del 29 de junio de 2016 emitida por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, dictamen en el que no se valoró en lo absoluto los antecedentes médicos y laborales del demandante; ii) omitió sustentar las razones que motivaron el retiro del agente de policía; iii) se expidió sin enunciar los fundamentos por los cuales no era viable su reubicación, pese a contar con capacidad física y mental residual, y estar preparado en competencias que lo hacían útil para la entidad.

Lo anterior aunado a que, se demostró que el actor había mejorado su condición médica inicial y que venía desempeñando el cargo de *operador de despacho de la Policía Nacional*, en el cual había recibido felicitaciones por su superiores y buenas calificaciones de servicio.

Por lo anterior, se confirmará el fallo de primera instancia.

7. Costas

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

Por lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla

Primero: Confirmar la sentencia del 27 de abril de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto

Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Fredy Eliécer Cuta Castro contra la **Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional**.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen y **hacer** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 070 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

A.I. 233

Radicado: 17-001-23-33-000-2019-00382-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento
Demandantes: Diana Fernanda Candamil Arredondo
Demandados: Nación – Rama Judicial

I. ANTECEDENTES

La parte **demandada** apeló el fallo de primera instancia que se emitió el 16 de septiembre de 2022.

II. CONSIDERACIONES

El artículo 243 del CPACA dispone que: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces (...)”*. En cuanto al trámite del recurso de apelación, los ordinales 1 y 2 del artículo 247 ibidem (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), señala:

“Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- 1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*
- 2. Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan fórmula conciliatoria. (...)”*(Subrayas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene que el término para la interposición del recurso de apelación contra la sentencia, transcurrió entre el 22 de septiembre¹ y el 4 de octubre de 2022; que la parte **demandada** presentó el recurso de apelación 26 de septiembre de 2022, esto es, de forma oportuna.

¹ Día siguiente a la notificación.

Por lo tanto será concedido el recurso de apelación formulado sin que sea necesario citar a audiencia de conciliación.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

Primero: Conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandada** en el presente asunto.

Segundo: En firme la presente providencia **remitir** el expediente al H. Consejo de Estado para lo de su competencia.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

A.I. 234

Radicado: 17-001-23-33-000-2019-00383-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento
Demandantes: Jennifer Zuluaga Zapata
Demandados: Nación – Rama Judicial

I. ANTECEDENTES

La parte **demandada** apeló el fallo de primera instancia que se emitió el 16 de septiembre de 2022.

II. CONSIDERACIONES

El artículo 243 del CPACA dispone que: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces (...)*”. En cuanto al trámite del recurso de apelación, los ordinales 1 y 2 del artículo 247 ibidem (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), señala:

“Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- 1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*
- 2. Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan fórmula conciliatoria. (...)”*(Subrayas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene que el término para la interposición del recurso de apelación contra la sentencia, transcurrió entre el 22 de septiembre¹ y el 4 de octubre de 2022; que la parte **demandada** presentó el recurso de apelación 26 de septiembre de 2022, esto es, de forma oportuna.

¹ Día siguiente a la notificación.

Por lo tanto será concedido el recurso de apelación formulado sin que sea necesario citar a audiencia de conciliación.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

Primero: Conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandada** en el presente asunto.

Segundo: En firme la presente providencia **remitir** el expediente al H. Consejo de Estado para lo de su competencia.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

A.I. 235

Radicado: 17-001-23-33-000-2019-00389-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento
Demandantes: Valentina Jaramillo Marín
Demandados: Nación – Rama Judicial

I. ANTECEDENTES

La parte **demandada** apeló el fallo de primera instancia que se emitió el 16 de septiembre de 2022.

II. CONSIDERACIONES

El artículo 243 del CPACA dispone que: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces (...)*”. En cuanto al trámite del recurso de apelación, los ordinales 1 y 2 del artículo 247 ibidem (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), señala:

“Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- 1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*
- 2. Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan fórmula conciliatoria. (...)”*(Subrayas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene que el término para la interposición del recurso de apelación contra la sentencia, transcurrió entre el 22 de septiembre¹ y el 4 de octubre de 2022; que la parte **demandada** presentó el recurso de apelación 26 de septiembre de 2022, esto es, de forma oportuna.

¹ Día siguiente a la notificación.

Por lo tanto será concedido el recurso de apelación formulado sin que sea necesario citar a audiencia de conciliación.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

Primero: Conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandada** en el presente asunto.

Segundo: En firme la presente providencia **remitir** el expediente al H. Consejo de Estado para lo de su competencia.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

A.I. 236

Radicado: 17-001-23-33-000-2019-00395-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento
Demandantes: Santiago Rendón Tamayo
Demandados: Nación – Rama Judicial

I. ANTECEDENTES

La parte **demandada** apeló el fallo de primera instancia que se emitió el 16 de septiembre de 2022.

II. CONSIDERACIONES

El artículo 243 del CPACA dispone que: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces (...)*”. En cuanto al trámite del recurso de apelación, los ordinales 1 y 2 del artículo 247 ibidem (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), señala:

“Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- 1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*
- 2. Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan fórmula conciliatoria. (...)”*(Subrayas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene que el término para la interposición del recurso de apelación contra la sentencia, transcurrió entre el 22 de septiembre¹ y el 4 de octubre de 2022; que la parte **demandada** presentó el recurso de apelación 26 de septiembre de 2022, esto es, de forma oportuna.

¹ Día siguiente a la notificación.

Por lo tanto será concedido el recurso de apelación formulado sin que sea necesario citar a audiencia de conciliación.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

Primero: Conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandada** en el presente asunto.

Segundo: En firme la presente providencia **remitir** el expediente al H. Consejo de Estado para lo de su competencia.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

A.I. 237

Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00279-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento
Demandantes: Carlos Eduardo Cárdenas y otro
Demandados: Assbasalud ESE

I. ANTECEDENTES

La parte **demandada** apeló el fallo de primera instancia que se emitió el 16 de septiembre de 2022.

II. CONSIDERACIONES

El artículo 243 del CPACA dispone que: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces (...)*”. En cuanto al trámite del recurso de apelación, los ordinales 1 y 2 del artículo 247 ibidem (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), señala:

“Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- 1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*
- 2. Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan fórmula conciliatoria. (...)”*(Subrayas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene que el término para la interposición del recurso de apelación contra la sentencia, transcurrió entre el 22 de septiembre¹ y el 4 de octubre de 2022; que la parte **demandada** presentó el recurso de apelación 26 de septiembre de 2022, esto es, de forma oportuna.

¹ Día siguiente a la notificación.

Por lo tanto será concedido el recurso de apelación formulado sin que sea necesario citar a audiencia de conciliación.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

Primero: Conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandada** en el presente asunto.

Segundo: En firme la presente providencia **remitir** el expediente al H. Consejo de Estado para lo de su competencia.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 248

Manizales, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-23-33-000-2022-00147-00
Naturaleza: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Demandantes: Jorge Arias Gutiérrez y Óscar Hernando Nieto Scarpetta
Demandados: Municipio de Manizales. Aguas de Manizales. Corpocaldas

Se procede a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

I. Antecedentes

1. La demanda

La parte accionante señala que, las viviendas ubicadas en las carreras 11, 11A y 11B y 12 entre las calles, 46 46 C, 47A; cubriendo el sector completo de la manzana del barrio Peralonso de Manizales, desde la parte alta hasta la avenida, han presentado humedades en las paredes externas e internas de los inmuebles desde el inicio de la fundación del barrio; que a pesar de las múltiples reparaciones locativas que los propietarios han realizado, debido a la continuación de la fuente de la humedad; las mismas no resultan duraderas.

Que debido a las laderas que rodean la zona del barrio, resultan ser naturalmente húmedas, se extiende dicha problemática al talud ubicado en la carrera 11c con calle 46d de la zona, el cual en épocas de lluvia presenta niveles altos de agua que se infiltran a las viviendas y se depositan en la calle.

Que con ocasión a lo anterior, la Secretaría de Obras Públicas informó que se debía considerar *“el complemento de estructuras hidráulicas existentes en la ATG-157 en lo que respecta al talud contiguo a la calle 46d entre carreras 11c y 11b”*, indicándoles que el sitio entraría en el inventario de necesidades de obras de estabilidad, de acuerdo al orden de prioridades. Igualmente, la Alcaldía de Manizales observó que en efecto *“en la vivienda*

ubicada en la carrera 11B número 48C-21 existe salida constante de agua proveniente de una pared de la parte posterior de la cocina”.

Que Corpocaldas realizó visita a la zona del barrio Peralonso colindante con la ladera Monteleón y demás laderas adyacentes; incluyendo la zona del Área de Tratamiento Geotécnico -ATG-157 y la zona de la cancha de la parte superior, se evidenció afloramiento de aguas en la zona adyacente a la ladera Monteleón (en la parte vehicular), encontrándose con fracturas y hundimientos puntuales por el paso de vehículos; además que el tanque ubicado en la parte alta de la zona al parecer cuenta con filtraciones de agua, por lo que se realizaron unas recomendaciones.

Que Aguas de Manizales mediante oficio 2893141-00717 del 22 de febrero de 2022 manifestó que, no evidenció fallos en el funcionamiento de las redes.

Por lo expuesto, solicitan se protejan los derechos colectivos al goce de un ambiente sano; al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; a la seguridad y salubridad públicas y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, y se ordene realizar:

- La construcción para el punto 1 de un canal perimetral a la vía y la instalación de drenes subhorizontales a una profundidad de 20m que permitan interceptar las aguas subsuperficiales y conducir las al sistema de alcantarillado más cercano.
- La construcción de un dren en zanja paralelo a la vía y drenes perpendiculares para interceptar los flujos de agua subsuperficial, conectando las aguas captadas a la red de alcantarillado del sector.
- El mantenimiento de las obras existentes (muro de contención y zanja colectora), la instalación de drenes subhorizontales, la construcción de zanjas colectoras perimetrales a las zonas verdes que rodean las canchas deportivas, la construcción de filtros en zanja tipo espina de pescado que permitan conducir las aguas lluvias que se infiltran al terreno al sistema de alcantarillado en los lugares donde se presenten empozamientos o que no cuenten con un manejo de aguas adecuado.
- La construcción de una zanja colectora perimetral a las vías e instalación de drenes subhorizontales que permitan abatir el nivel freático que presenta el sector.
- La revisión completa de los sistemas de conducción de agua de la zona de la calle principal adyacente a la ladera de Monteleón ruta del Cosmobus y las reparaciones de los mismos, así como revisión de los materiales de las tuberías de conducción de aguas con el fin de realizar una posible reposición de material.
- La verificación del estado del tanque de agua de la parte superior de la ladera y las reparaciones que del mismo se desprenda.
- Las demás obras que resulten necesarias para contener la humedad natural de la ladera que hace parte de la zona ambiental de Monteleón y las laderas adyacentes, con

el fin de evitar que la misma continúe afectando la estructura de las viviendas y la salud de sus habitantes.

2. Contestación de las accionadas y vinculadas

2.1. Corpocaldas

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante; indicó que, el 4 de febrero de 2022 realizó un recorrido a varios sitios críticos ubicados dentro del barrio Peralonso, en el cual observó que la causa más probable del afloramiento de aguas subsuperficiales sobre la vía que comunica los barrios Peralonso y Alto Caribe, obedece al alto nivel freático del terreno perimetral a la vía.

Que frente a la fractura, hundimiento y filtración de aguas sobre el pavimento de la vía, evidenció que el mismo se debe al tránsito de vehículos de gran peso como lo es el transporte público que circula por el sector, lo que posiblemente favorece circulación de agua a través de la estructura del pavimento, lo que facilita que ésta aflore por las juntas del mismo, provocando a su vez, la migración de finos de la base en afirmado, generando erosión interna “*pumping*” que a su vez deja sin confinamiento la placa de pavimento provocando su fractura.

Que evidenció las humedades en los muros adyacentes al terreno de las viviendas que se ubican en la parte intermedia y baja de la ladera, observando varios puntos de recarga ubicados en la zona alta de la misma, en donde se infiltran las aguas lluvias al terreno, además de encontrar un Área de Tratamiento Geotécnico -ATG- ubicado en la zona intermedia de la ladera, cercana a las viviendas afectadas. Por lo anterior realizó una serie de recomendaciones, las cuales coinciden por las expuestas por los demandantes.

Que en virtud de la existencia de un ATG ubicado en la zona intermedia de la ladera cercana a las viviendas afectadas, dicha Corporación suscribió desde 2021, el contrato de obra 090-2021 para la construcción de obras de estabilidad de taludes, manejo de aguas y de control torrencial en sitios críticos, dentro del cual se encuentra el mantenimiento de la ATG Peralonso- Fanny González.

Con fundamento en lo anterior propuso la excepción: *“AUSENCIA DE TRANSGRESIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y CUMPLIMIENTO INTEGRAL Y DILIGENTE DE LAS FUNCIONES ASIGNADAS POR LA LEY A LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA Y REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS-, EN ATENCIÓN A SU ÓRBITA DE COMPETENCIA”*.

2.2. El Municipio de Manizales

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante, informó que, la Secretaría de Obras Públicas realizó recorrido en el barrio Peralonso por las carreras 11, 11A, 11B y 12 entre las calles 46, 46C y 47A, en el cual encontró que, la principal causa del constante afloramiento de agua en diferentes puntos del sector, es la existencia de un cauce intervenido y la cercanía con la reserva de Monteleón, lo que quiere decir que es un sitio de alta recarga hidráulica, además, la topografía de la zona favorece que el flujo de agua de escorrentía y los niveles freáticos busquen salida en los puntos más bajos, hasta llegar a la quebrada Olivares.

Que verificado el sistema de información geográfico (SIG) de las zonas verdes aledañas a las viviendas, que también actúan como zonas de recarga hidráulica, encontró que la mayoría son propiedad del municipio, por lo que, para su atención, manejo y control de las aguas superficiales y subsuperficiales, planteó las siguientes soluciones:

1. Zona verde comprendida entre carrera 11 y carrera 12 con calles 47B y 46C:

- Construcción de canal perimetral de aproximadamente 120m en la pata del. Esta canal entregará sus aguas al sistema de alcantarillado más cercano.*
- Filtro en zanja con material tipo rajón y recubierto por geotextil, instalado bajo el canal perimetral, con el fin de aminorar los ascensos de niveles freáticos. Se recomienda que sea de hasta 1m de profundidad.*
- Construcción de drenes subhorizontales de mínimo 15m de profundidad, que capten los niveles freáticos, estos entregarán sus aguas al canal perimetral. Se podrán localizar en donde se evidencie el afloramiento, si el flujo es continuo se complementará con la instalación de más drenes. Es la Unidad de Gestión del Riesgo, quien determine la viabilidad o no de su construcción, puesto que actualmente administran y priorizan el inventario de necesidades en materia de estabilidad del Municipio.*

2. Área con Tratamiento Geotécnico identificada como ATG No. 157. en las carreras 11B hasta Carrera 12, entre las calles 46E y Calle 46C:

Señaló las mismas soluciones descritas anteriormente; sin embargo, añadió otras, tales como:

- Mantenimiento preventivo de las obras que conforman la ATG a través del programa guardianas, de la ladera, esto es, recolección de basuras, escombros, rocería y limpieza de las zanjas, canales. Este programa funciona actualmente a través de un Convenio Interadministrativo entre Municipio de Manizales y EMAS by Veolia.(Sic) Es la Unidad de Gestión del Riesgo quien programa dicho mantenimiento.*

- *Mantenimiento correctivo que se requiera en las obras que conforman la ATG como limpieza de los drenes existentes o reparaciones que se reporten a partir de los mantenimientos preventivos. Esto se podrá realizar a través del contrato de Mantenimiento Correctivo para Áreas con Tratamiento Geotécnico que contrata el Municipio anualmente. Es la Unidad de Gestión del Riesgo quien determina las ATG a intervenir con mencionado contrato.*

3. Carrera 11 entre calles 46A hasta 47B.

- *Sobre la carrera 11 entre calles 46H y 47B se hará la reposición de las losas ubicadas en el carril de ascenso a través del contrato No. 2204200600. Esto incluirá la instalación de un filtro en zanja con el fin de captar las aguas del nivel freático que asciende hasta la superficie del pavimento.*
- *Adicionalmente, en el carril de descenso en la pata de la ladera, es necesaria la construcción de un canal perimetral de aproximadamente 180m El canal entregará sus aguas al sistema de alcantarillado más cercano. Adicionalmente se requiere la construcción del filtro en zanja con material tipo rajón y recubierto por geotextil, instalado bajo el canal, con el fin de aminorar los ascensos de niveles freáticos. Se recomienda que sea de hasta 1m de profundidad.*

Que además, la vía adoquinada ubicada en la calle 46F entre las carreras 11 y 12, se encuentra incluida en el inventario de necesidades viales del Municipio y que actualmente sobre la carrera 11 entre calles 46H y 47B se está realizando la reposición de las losas ubicadas en el carril de ascenso, lo que incluye la instalación de un filtro en zanja con el fin de captar las aguas del nivel freático que asciende hasta la superficie del pavimento.

Que adicionalmente, la Unidad de Gestión del Riesgo UGR del municipio recomendó el “Monitoreo periódico del comportamiento de la ladera, con el fin de identificar factores de riesgo - bien sea agrietamientos, hundimientos del terreno, afloramientos y demás y, en el caso de hacerlo, reportarlo inmediatamente a las entidades competentes, Cuerpo Oficial de Bomberos y/o Unidad de Gestión del Riesgo del municipio de Manizales”.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones: “IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN”; “INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS LEGALES PARA INCOAR LA ACCIÓN”; y “CARENCIA DE PRUEBA QUE CONSTITUYA PRESUNTA VULNERACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS”.

2.3. Aguas de Manizales S.A. E.S.P.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante, informó que, realizó visita técnica en las carreras 11 a 12 entre calles 46 y 47B del barrio Peralonso, en el cual evidenció afloramiento de aguas subsuperficiales sobre la vía, debido al nivel freático de las aguas lluvias que se infiltran en el terreno de Monteleón, además, observó laderas en las que se infiltran las aguas lluvias, lo que genera un aumento en el nivel freático del sector ocasionando las humedades en las viviendas.

Que el 27 de julio de 2022, realizó revisión a las redes locales de acueducto por medio de geofonía en la carrera 11 entre calles 46 y 47B del barrio Peralonso, encontrando que las redes locales de acueducto estaban en buen estado y correcto funcionamiento, sumado a que no evidenció fugas. También realizó toma de muestra de un afloramiento de agua, para analizar su procedencia y que, de acuerdo a los resultados, concluyó que no correspondía a agua de acueducto o alcantarillado.

Por otro lado, aclaró que, en la carrera 11 entre calles 46 y 47B del barrio Peralonso no tienen redes de alcantarillado, sin embargo, procedió a revisar el estado en que se encontraban las cámaras de inspección de alcantarillado a las cuales llegan las aguas de escorrentía de los sumideros, y evidenció que estaban en buen funcionamiento y operando con normalidad, toda vez que no observó fugas ni filtraciones.

En cuanto al tanque Caribe II ubicado en la parte alta del barrio Peralonso, afirmó que se encontraba en buen estado, pues no evidenció grietas, fisuras o daños en la estructura del mismo, así como tampoco identificó afectaciones en el terreno próximo al tanque. Concluyó que las aguas de infiltración en el sector no son atribuibles a la infraestructura de acueducto y alcantarillado administrada por la empresa.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones: *“INEXISTENCIA DE DERECHOS COLECTIVOS VULNERADOS POR PARTE DE AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.”*; *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”* e *“INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL”*.

3. Audiencia de Pacto

Se celebró el 21 de septiembre de 2022 y se declaró fallida por falta de acuerdo entre las partes.

4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

4.1. Demandantes

Señalaron que, resulta plenamente probado que, si bien se adelantan reparaciones tendientes a evitar las filtraciones de agua sobre la vía principal, aún existe la vulneración a los intereses colectivos, en tanto no se ha ejecutado la totalidad de las obras que podrían mitigar el impacto de los niveles de agua naturales provenientes de la reserva.

Que la propuesta del municipio de Manizales contempla la construcción de los drenes subhorizontales donde se evidencia afloramiento; sin embargo, no se satisface completamente las recomendaciones de Corpocaldas; sino que no realiza pronunciamiento respecto a la pretensión de ejecutar demás acciones tendientes a la solución de las humedades en los inmuebles.

Concluye que, resulta imperioso acceder a la totalidad de pretensiones de la demanda, las cuales no resultan caprichosas sino que se basan en las visitas técnicas realizadas por Corpocaldas y que pretenden proteger de manera integral los intereses de la comunidad.

4.2. Corpocaldas

Reiteró su oposición a las pretensiones y manifestó que, siempre ha estado presta a brindar solución a la problemática, incluso evidenciándose la implementación de las obras en el sector, sin que se pueda predicar omisión en la realización de acciones necesarias en el sitio objeto de controversia, en el marco de sus competencias.

Que el municipio es la encargada del acometimiento de las obras que deban realizarse en el sector, las cuales en la actualidad se vienen acometiendo, en este sentido el municipio ha venido realizando la reposición de las losas ubicadas sobre el carril de ascenso en la carrera 11 entre calles 46H y 47B, lo cual incluye la instalación de un filtro en zanja con el fin de captar las aguas del nivel freático que asciende hasta la superficie del pavimento; lo anterior denota que las entidades accionadas han venido adelantando las obras requeridas con el fin de proteger los derechos colectivos.

4.3. Municipio de Manizales

Reiteró los argumentos de defensa propuestos con la contestación de la demanda; señaló que, conforme a las observaciones y recomendaciones realizadas por Corpocaldas ha venido adoptando las medidas necesarias para atender las peticiones de la comunidad, por lo que no se están vulnerando los derechos indicados por los accionantes.

Que si bien es cierto la entidad municipal tiene el deseo de atender pronta y efectivamente los requerimientos de los ciudadanos, las limitaciones presupuestales impiden satisfacer la totalidad de peticiones y necesidades que plantea la comunidad,

por ello la entidad debe priorizar las inversiones a realizar, considerando en todo momento la capacidad financiera del ente municipal.

4.4. Aguas de Manizales S.A. E.S.P.

Insistió en la falta de legitimación por pasiva por dicha empresa de servicios públicos en el presente asunto, así mismo, que no ha vulnerado ningún derecho colectivo, razones por las cuales solicitó que se dieran por probadas las excepciones planteadas en la contestación de la demanda y se absolviera de toda responsabilidad.

4.5. Ministerio Público

Señaló que, el análisis integral de los medios probatorios recaudados permite concluir que, existe amenaza al derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y que resulta necesaria la protección judicial, al evidenciarse la necesidad de ejecutar obras y medidas para evitar que se presenten factores de riesgo en el comportamiento de la ladera, bien sea, agrietamientos, hundimientos del terreno, afloramientos y demás eventos que pueden afectar la estabilidad del terreno.

Respecto a las humedades presentadas en las viviendas, indicó que, no existe norma que habilite a las entidades territoriales a invertir recursos públicos en predios de propiedad privada, inversiones que beneficiarían el patrimonio de los particulares propietarios de los bienes en donde se inviertan dichos recursos, por lo que no podrían ser consideradas obras públicas de propiedad de las entidades territoriales y del disfrute colectivo de todos los habitantes del territorio de la jurisdicción en donde se realicen, sino una inversión en infraestructura privada, en contravía del ordenamiento.

Que el municipio de Manizales es la encargada del acometimiento de las obras públicas que deban realizarse, con sujeción a las recomendaciones emitidas por Corpocaldas, y en razón a que la Ley 1523 de 2012 establece que son las entidades territoriales las principales responsables en la gestión del riesgo dentro del área de su jurisdicción.

Por lo anterior solicita: (i) acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda de acción popular, (ii) conceder la protección del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, (iii) impartir las órdenes necesarias con los plazos prudenciales a que hubiere lugar, tendientes a que se ejecuten las obras y medidas recomendadas por Corpocaldas.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De conformidad con la demanda y su contestación, se centran en determinar: *¿Existe un amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda?*

En caso afirmativo: *¿Existe una acción u omisión por parte de autoridades demandadas, causante de la afectación de los derechos mencionados?*

Si es así: *¿Cuáles son las medidas que se deben adoptar para hacer cesar la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

Se encuentra acreditada la amenaza del derecho colectivo a la prevención de desastres técnicamente previsibles, debido a la insuficiencia y mal estado de algunas de las construcciones que tienen por finalidad o inciden en el manejo de las aguas superficiales y subsuperficiales en el barrio Peralonso de Manizales.

Para soportar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) el núcleo esencial y alcance del derecho colectivo invocado; ii) los hechos probados y iii) el análisis del caso concreto.

2.2. La acción popular, y el alcance de los derechos colectivos invocados

De acuerdo con su definición constitucional - artículo 88 de la Constitución Política- y legal -artículo 2, inciso 2 de la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos consagrados por la Constitución y la ley, o para restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Se trata, según lo dispuesto por el artículo 9º de la precitada ley, de acciones que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Por ende, a la luz de lo dispuesto por los artículos 2º y 9º *ejusdem*, la acción popular se ha calificado como un medio procesal de carácter preventivo, reparativo, correctivo o restitutorio, dependiendo de las particularidades del caso.

El derecho al goce de un ambiente sano es el derecho que tienen todas las personas de gozar de un ambiente sano y el deber que tiene el estado de protegerlo y conservarlo

fomentando la educación para su cuidado¹. Como derecho colectivo se refiere a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.²

Los derechos a la utilización y defensa de los bienes de uso público y el goce del espacio público tienen dos dimensiones: (i) los bienes de uso público, denominados bienes de la Unión cuyo dominio pertenece al Estado, y el uso a los habitantes del territorio, que son inalienables, imprescriptibles e inembargables³, como las calles, plazas puentes y caminos; (ii) el espacio público que “... es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.”⁴

Los derechos a la seguridad y salubridad pública, han sido tratados como parte del concepto de orden público y se han concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. Su contenido general, implica, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos. “*Están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria*”.⁵

El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, se encuentra consagrado en el literal l) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, y está orientado “*a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción -ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio*”⁶.

Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera

¹ art. 79 Constitución Política

² Santofimio, Gamba- Jaime, “compendio de derecho administrativo” Universidad Externado de Colombia. Edición 2017, pág. 907.

³ C-183 de 2003

⁴ Artículo 2 Decreto 1504 de 1998

⁵ Consejo de Estado - Sección Tercera. Sentencia de 15 de julio de 2004. AP 1834. C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. 26 de marzo de 2015. Rad.: 15001-23-31-000-2011-00031-01

efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción posterior a los desastres, como es habitual en las actuaciones de policía administrativa) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan previsibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública.

De ahí que, el Consejo de Estado haya destacado el carácter preventivo de este derecho haciendo énfasis en su vocación de *“evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad”*⁷. Supone, entonces, una Administración Pública activa, técnica y comprometida con la asunción permanente de sus responsabilidades y con el monitoreo constante de aquellos ámbitos de la vida diaria que están bajo su cargo, como presupuesto de la actuación anticipada o preventiva y también reactiva que instaura como estándar de sus actuaciones. *“Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales”*⁸.

2.3. Los hechos probados

-. Corpocaldas mediante Oficio 2022-1E-00003286 del 13 de febrero de 2022⁹ en respuesta al Personero Delegado de Manizales informó que, en visita realizada el 4 de febrero de 2022 a varios sitios del barrio Peralonso, se observó: -El afloramiento de aguas subsuperficiales sobre la vía que comunica los barrios Peralonso y Alto Caribe. - La fractura, hundimiento y filtración de aguas sobre el pavimento de la vía que comunica los barrios Peralonso y Alto Caribe en donde se han presentado accidentes vehiculares por el estado húmedo y resbaladizo de la vía. - Vía adoquinada que presenta asentamientos generando empozamientos en la intersección de la carrera 11B y calle 46 F. - Alta humedad que presentan las viviendas ubicadas en el sector medio y bajo del sector visitado en el barrio Peralonso. Por lo tanto, realizó unas recomendaciones.

-. La Secretaría de Obras Públicas de Manizales, según informe de mayo de 2022, realizó recorrido en el barrio Peralonso por las carreras 11, 11A, 11B y 12 entre las calles 46, 46C y 47A encontrando que, *“la principal causa del constante afloramiento de agua en diferentes puntos del sector, es la existencia de un cauce intervenido y la cercanía con la reserva de Monteleón, esto quiere decir que es un sitio de alta recarga hidráulica, además, la topografía de la zona favorece que el flujo de agua de escorrentía y los niveles freáticos busquen salida en los puntos más bajos, hasta llegar a la quebrada Olivares. Resaltando además que cualquier intervención que*

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001 23 31 000 2010 01166 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, Expediente AP 1834; y Sección Primera, Sentencia de 28 de octubre de 2010. M.P. María Elizabeth García González. Rad. 2005-01449-01(AP).

⁹ FI 23-28 AD. 002Demanda.pdf

se realice puede no ser efectiva para reducir los ascensos del nivel freático, es decir, no solucionan de fondo, los problemas manifestados por la comunidad”.

Para la atención, manejo y control de las aguas superficiales y subsuperficiales se plantean unas acciones y se precisa que, actualmente sobre la carrera 11 entre calles 46H y 47B se está realizando la reposición de las losas ubicadas en el carril de ascenso a través del contrato 2204200600. Esto incluye la instalación de un filtro en zanja con el fin de captar las aguas del nivel freático que asciende hasta la superficie del pavimento.

-. La Unidad de Gestión del Riesgo de Manizales, en informe UGR 1808-2022 de 18 de julio de 2022, indicó que: *“el sector objeto de la solicitud (ATG No. 157) se encuentra incluido en el inventario de necesidades de la Unidad de Gestión del Riesgo del municipio de Manizales tendiente a la ejecución de obras complementarias y/o correctivas en zonas denominadas como áreas de tratamiento geotécnico para ser ejecutadas en próximas vigencias fiscales y estando sujetas a la disponibilidad presupuestal y orden de prioridades, así como el tipo de obra y las demás posibles intervenciones estarán sujetas al criterio del personal técnico de la Unidad”*.¹⁰

-. La empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P., en el informe de la visita realizada el 27 de julio de 2022 a las carreras 11 a 12 entre calles 46 y 47B del barrio Peralonso, evidenció *“en la carrera 11 entre calles 46A y 47B afloramiento de aguas subsuperficiales sobre la vía, debido al nivel freático de las aguas lluvias que se infiltran en el terreno de Monteleón. Así mismo, se observan laderas en las que se infiltran las aguas lluvias, lo que genera un aumento en el nivel freático del sector ocasionando las humedades en las viviendas”*.¹¹

2.4. Análisis del caso concreto

En la demanda se señaló la vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano; al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; a la seguridad y salubridad públicas y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, por lo tanto solicitó se ordene la construcción, revisión y mantenimiento de varias obras para el manejo y control de las aguas subsuperficiales y conducir las al sistema de alcantarillado y que permitan abatir el nivel freático que presenta el sector; la verificación del estado del tanque de agua de la parte superior de la ladera y las reparaciones que del mismo se desprenda y las demás obras que resulten necesarias para contener la humedad natural de la ladera que hace parte de la zona ambiental de Monteleón y las laderas adyacentes, con el fin de evitar que la misma continúe afectando la estructura de las viviendas y la salud de sus habitantes.

¹⁰ Fl. 43-45 A.D. 18ContestacionMunicipioManizales.pdf

¹¹ A.D. 24AnexoCuatroInformeTecnico.pdf

De acuerdo con las pruebas recaudadas, la Sala encuentra acreditado que, los hechos y pretensiones tienen como fundamento principal, el informe realizadas por Corpocaldas mediante oficio 2022-IE-00003286 del 13 de febrero de 2022¹² en el que se observó: 1. El afloramiento de aguas subsuperficiales sobre la vía que comunica los barrios Peralonso y Alto Caribe. 2. La fractura, hundimiento y filtración de aguas sobre el pavimento de la vía que comunica los barrios Peralonso y Alto Caribe en donde se han presentado accidentes vehiculares por el estado húmedo y resbaladizo de la vía. 3. Vía adoquinada que presenta asentamientos generando empozamientos en la intersección de la carrera 11B y calle 46 F. 4. Alta humedad que presentan las viviendas ubicadas en el sector medio y bajo del sector visitado en el barrio Peralonso.

En cuanto a las posibles causas de cada afectación, dicho informe señaló:

- Para el punto 1, es el alto nivel freático del terreno perimetral a la vía, en donde las aguas lluvias que se infiltran al terreno desde la reserva natural de Monteleón, fluyendo hacia las partes bajas de la ladera, donde se encuentra la problemática; no se descarta alguna filtración del tanque para el almacenamiento y abastecimiento de agua potable que se encuentra en la parte superior de la ladera.
- El punto 2, en donde se evidencia la fractura del pavimento debido al tránsito de vehículos de gran peso como es el transporte público que circula por el sector, posiblemente, favorecido por la circulación de agua a través de la estructura del pavimento lo que facilita que esta aflore por las juntas del pavimento, provocando a su vez, la migración de finos de la base en afirmado, generando erosión interna “*pumping*” que a su vez deja sin confinamiento la placa de pavimento provocando su fractura.
- En el punto 3 se visualiza una calle adoquinada que presenta asentamientos generando empozamientos de agua lo que facilita la infiltración de agua lluvia al terreno. Esta puede ser una de las causas de las humedades que afectan las viviendas en la parte media y baja de la ladera.
- Para el punto 4, en donde se observan humedades en los muros adyacentes al terreno de las viviendas que se ubican en la parte intermedia y baja de la ladera, al realizar el recorrido por el sector, se observaron varios sitios de recarga ubicados, el primero, en la zona alta de la ladera, sitio en donde se infiltran las aguas lluvias al terreno y el segundo, corresponde, según el sistema de consulta cartográfica POT 2017 -2031, a un área de tratamiento geotécnico (ATG 157) ubicado en la zona intermedia de la ladera, cercana a las viviendas afectadas.

Señaló además que:

¹² FI 23-28 AD. 002Demanda.pdf

*“El sector de recarga ubicado en la parte superior de la ladera, específicamente, en donde se ubican las canchas para realizar actividades deportivas y zonas verdes ubicadas en el sector, se puede observar sectores de **empozamiento de aguas lluvias, la falta de mantenimiento y limpieza de la canal, y la colmatación de los drenes o lloraderos del muro.** En la zona verde **no se observa ningún tipo de sistema de manejo de aguas lluvias como zanja colectora y drenes o filtros en zanja que permita captar, conducir y entregar las aguas de escorrentía y de infiltración al terreno, al sistema de alcantarillado.** Las aguas lluvias de este sector son entregadas a la intercepción de la calle 46G con la carrera 11B.*

...

*En las canchas deportivas, se pudo apreciar **una cuneta fracturada que descarga en una tubería corrugada de 4 pulgadas, la cual a su vez, entrega de forma inadecuada las aguas sobre la calle 46H con carrera 11B.***

...

*En el área de recarga en la zona intermedia de la ladera (ATG 157) ubicado en la carrera 11B con calle 46D (zona verde), ésta **no cuenta con drenes subhorizontales y zanjas colectoras que permitan captar y conducir las aguas de escorrentía al sistema de alcantarillado, posibilitando la afectación de las viviendas con la generación de humedades en los muros en los periodos de lluvias**”.*¹³ (Se resalta)

La Unidad de Gestión del Riesgo de la Alcaldía de Manizales, en el Oficio UGR 1808-2022, del 18 de julio de 2022 informó que: “... el sector objeto de la solicitud (ATG No. 157) se encuentra incluido en el inventario de necesidades de la Unidad de Gestión del Riesgo del municipio de Manizales tendiente a la ejecución de obras complementarias y/o correctivas en zonas denominadas como áreas de tratamiento geotécnico para ser ejecutadas en próximas vigencias fiscales y estando sujetas a la disponibilidad presupuestal y orden de prioridades, así como el tipo de obra y las demás posibles intervenciones estarán sujetas al criterio del personal técnico de la Unidad”.¹⁴

Aguas de Manizales S.A. E.S.P., en el informe de la visita realizada el 27 de julio de 2022 señaló que, “en la carrera 11 entre calles 46A y 47B afloramiento de aguas subsuperficiales sobre la vía, debido al nivel freático de las aguas lluvias que se infiltran en el terreno de Monteleón. Así mismo, se observan laderas en las que se infiltran las aguas lluvias, lo que genera un aumento en el nivel freático del sector ocasionando las humedades en las viviendas”.¹⁵

Las pruebas referidas permite a la Sala concluir que, existe de una amenaza real al derecho colectivo a “la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente” derivada de la insuficiencia y mal estado en que se encuentran algunas de las construcciones que

¹³ Ibidem.

¹⁴ Fl. 43-45 A.D. 18ContestacionMunicipioManizales.pdf

¹⁵ A.D. 24AnexoCuatroInfomeTecnico.pdf

tienen por finalidad o inciden en el manejo de las aguas superficiales y subsuperficiales en el barrio Peralonso de Manizales y que constituyen factores de riesgo en la estabilidad del terreno de la ladera *Monteleón*.

Por otra parte, encuentra la Sala que, la afectación por humedad de los muros adyacentes al terreno de las viviendas ubicadas en las carreras 11,11^a y 11B y 12 entre las calles, 46 46 C, 47^a, en la parte intermedia y baja de la ladera, no constituye una amenaza o vulneración a un derecho colectivo.

Al respecto, tanto la jurisprudencia Constitucional¹⁶, como del Consejo de Estado¹⁷, ha reiterado que el **derecho colectivo** es aquel cuyo uso y goce se encuentra a disposición de cualquier persona, sin obedecer, en principio, a algún tipo de condición; es decir que, por oposición al derecho subjetivo, no es posible que el disfrute y, por consiguiente, la titularidad del derecho colectivo recaigan exclusivamente sobre el patrimonio de una sola persona o de un grupo específico de personas.

Así pues, la titularidad de los derechos colectivos tiene algún nivel de indeterminación. Es por ello que, respondiendo a esa realidad, el artículo 12 de la Ley 472 de 1998 permitió que el mecanismo dispuesto para la protección de derechos colectivos, esto es, la acción popular, sea incoado por *“toda persona natural o jurídica”*.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial precisó que las órdenes para la protección o restablecimiento de los derechos e intereses colectivos que se profieran en los procesos de acciones populares, *“en ningún caso pueden estar dirigidas a garantizar, salvaguardar o restituir derechos o intereses particulares, subjetivos o de contenido pecuniario”*¹⁸.

2.5. Conclusión

Por lo expuesto la Sala concluye que, se encuentra acreditada la amenaza del derecho colectivo a la prevención de desastres técnicamente previsibles, derivada de la insuficiencia y mal estado en que se encuentran algunas de las construcciones que tienen

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-622 de 14 de agosto de 2007 (M. P: Rodrigo Escobar Gil).

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2005. C.P: María Elena Giraldo Gómez. Rad. 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP): “[...] El derecho colectivo, ha dicho la Sala, no se deduce en su existencia porque varias personas estén en una misma situación ni porque se acumulen situaciones parecidas de varios sujetos, ni porque se sumen; el derecho colectivo es aquel que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada. Por lo tanto, la prosperidad de las pretensiones en la acción popular está ligada con la existencia real de los siguientes elementos, que para el momento de fallar deben estar establecidos: La acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares y la amenaza o la violación a derechos e intereses colectivos [...]”. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 18 de marzo de 2010. C.P.: María Claudia Rojas Lasso. Rad.: 44001-23-31-000-2005-00328-01(AC).

¹⁸ Consejo de Estado. Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo. Sala Once Especial De Decisión. C.P.: María Adriana Marín. 5 de mayo de 2020. Rad: 25000-23-15-000-2006-00190-01(AP)REV-SU

por finalidad o inciden en el manejo de las aguas superficiales y subsuperficiales en el barrio Peralonso de Manizales y que constituyen factores de riesgo en la estabilidad del terreno de la ladera *Monteleón*.

3. Segundo problema jurídico *¿Existe una acción u omisión por parte de autoridades demandadas, causante de la afectación del derecho colectivo?*

3.1. Tesis del Tribunal

Existe una omisión por parte del municipio de Manizales que afecta el derecho colectivo a la prevención de desastres técnicamente previsibles, pues si bien a la fecha viene realizando algunas acciones dirigidas a atender la insuficiencia y mal estado de algunas de las construcciones que tienen por finalidad o inciden en el manejo de las aguas superficiales y subsuperficiales en el barrio Peralonso; no demostró la culminación o el estado de avance de esos procesos, ni acreditó que hubiese promovido acciones concretas para atender todas las recomendaciones realizadas por Corpocaldas.

Por otra parte, no se evidencia el incumplimiento de las obligaciones por parte de Corpocaldas y Aguas de Manizales, por tanto no le son imputables las causas de la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda.

Para soportar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) obligaciones de las autoridades en materia de prevención de riesgos; ii) los hechos probados y iii) el análisis del caso concreto.

3.2. Obligaciones de las autoridades en materia de prevención de riesgos

El artículo 2° de la Constitución Política señala que “[l]as autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”

En el marco de esas responsabilidades, la Ley 1523 de 2012¹⁹ definió la gestión del riesgo de desastres como: “[...] una políticas de desarrollo indispensable para asegurar la sostenibilidad, la seguridad territorial, los derechos e intereses colectivos, mejorar la calidad de vida de las poblaciones y las comunidades en riesgo y, por lo tanto, esta intrínsecamente asociada con la planificación del desarrollo seguro, con la gestión ambiental territorial sostenible, en todos los niveles de gobierno y la efectiva participación de la población.

¹⁹ “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”.

Asimismo, describió el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres como *“e/ conjunto de entidades públicas, privadas y comunitarias, de políticas, normas, procesos, recursos, planes, estrategias, instrumentos, mecanismos, así como la información atinente a la temática, que se aplica de manera organizada para garantizar la gestión del riesgo en el país”*.²⁰ E indicó que, *“[l]a gestión del riesgo es responsabilidad de todas las autoridades y de los habitantes del territorio colombiano... [por lo tanto] las entidades públicas, privadas y comunitarias desarrollaran y ejecutaran los procesos de gestión del riesgo [...] en el marco de sus competencias, su ámbito de actuación y su jurisdicción, como componentes del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres”*.

En cuanto a su organización, la instancia superior del Sistema de Gestión del Riesgo es el Consejo Nacional, integrado por el Presidente de la República, el Director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo y los Gobernadores y Alcaldes en sus respectivas jurisdicciones. Dicho órgano es el encargado de orientar el Sistema y, entre otras funciones, de *“Propender por la armonización y la articulación de las acciones de gestión ambiental, adaptación al cambio climático y gestión del riesgo...”* y *“Orientar y articular las políticas y acciones de gestión ambiental, ordenamiento territorial, planificación del desarrollo y adaptación al cambio climático que contribuyan a la reducción del riesgo de desastres”*.²¹

En los ámbitos territoriales, la ley otorgó funciones específicas en materia de gestión del riesgo a los alcaldes y gobernadores. De modo que es deber de los departamentos, en cabeza de su Gobernador, implementar procesos de conocimiento y de reducción del riesgo, así como acciones tendientes al manejo de desastres en su territorio, garantizando la puesta en marcha y mantenimiento de los procesos que propendan por la gestión del riesgo en su territorio. Asimismo, es su obligación integrar en la planificación del desarrollo departamental, gestiones estratégicas y prioritarias en cuanto a la gestión del riesgo se refiere, por medio del plan de desarrollo departamental y demás instrumentos a su disposición, para de esa manera darle cuerpo y aplicación a las competencias de coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva frente a los Municipios del respectivo Departamento.

Lo dicho significa que, en aplicación de los mencionados principios, el Departamento en asocio con los municipios de su territorio, deben aunar esfuerzos para evitar o hacer cesar la afectación que se esté causando a un valor, interés o bien jurídico protegido como es la mitigación del riesgo de desastres.

Ahora, en los municipios, el alcalde, como conductor del desarrollo local, *“es el responsable directo de la implementación de los procesos de gestión del riesgo en el distrito o Municipio, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el*

²⁰ Artículo 5.

²¹ Artículos 15, 16 y 21-8.

área de su jurisdicción”²² ; “Integrar en la planificación del desarrollo local, acciones estratégicas y prioritarias en materia de gestión del riesgo de desastres, especialmente, a través de los planes de ordenamiento territorial, de desarrollo municipal o distrital y demás instrumentos de gestión pública”.²³

Adicional a lo anterior, ambos funcionarios, esto es, gobernadores y alcaldes, deberán: *“Formular e implementar planes de gestión del riesgo para priorizar, programar y ejecutar acciones por parte de las entidades del sistema nacional, en el marco de los procesos de conocimiento del riesgo, reducción del riesgo y de manejo de desastres, como parte del ordenamiento territorial y del desarrollo, así como para realizar su seguimiento y evaluación [...]”²⁴; “Formular y concertar con sus respectivos consejos de gestión del riesgo, un plan de gestión del riesgo de desastres y una estrategia para la respuesta a emergencias de su respectiva jurisdicción, en armonía con el plan de gestión del riesgo y la estrategia de respuestas nacionales”*

²⁵ Integrar en los planes de ordenamiento territorial el análisis del riesgo en el diagnóstico biofísico, económico y socioambiental y, considerar, el riesgo de desastres, como un condicionante para el uso y la ocupación del territorio, procurando de esta forma evitar la configuración de nuevas condiciones de riesgo”.²⁶

Aun así, en dicha estructura participativa *“administrativamente, son los municipios las entidades territoriales que ostentan la responsabilidad principal y directa en la prevención y en la atención de desastres, de allí que los alcaldes como máximas autoridades son los encargados de la implementación de los procesos de gestión del riesgo, incluyendo su conocimiento y reducción y, el manejo de los desastres en el área de su jurisdicción, en la forma señalada por el artículo 14 de la Ley 1523”.²⁷*

Además, según lo dispuesto en las Leyes 9ª de 1989, 388 de 1997, 715 de 2001 y 1523 de 2012, las entidades territoriales municipales cuentan con un papel protagónico en la toma de decisiones relacionadas con la gestión de riesgo de desastres. En el proceso de planificación del territorio, los municipios deben considerar factores técnicos y sociales relacionados con las condiciones geográficas y las características de arraigo e identidad poblacional, pero también adoptar estrategias de ordenamiento que respeten los principios de economía y costo-beneficio.²⁸

²² Artículo 14.

²³ Artículo 14, parágrafo.

²⁴ Artículo 32

²⁵ Artículo 37

²⁶ Artículo 39

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 12 de julio de 2018, C.P. Hernando Sánchez, Rad. 660012331000201000385-02(AP)

²⁸ Ley 1931 de 2018. “Artículo 2. Principios. En el marco de la presente Ley se adoptan los siguientes principios orientadores para su implementación y reglamentación: [...]. 4. Costo-beneficio: Se priorizará la implementación de opciones de adaptación al cambio climático que traigan el mayor beneficio en términos de reducción de impactos para la población al menor costo o esfuerzo invertido, y con mayores beneficios sociales, económicos o ambientales generados. [...]”

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

Ahora, en cuanto a las competencias de las Corporaciones Autónomas Regionales – CAR- el artículo 30 de la Ley 99 de 1993, señala que, tendrán por objeto la administración del ambiente y los recursos naturales; y el artículo 31 prevé las funciones relacionadas con: i) el apoyo en materia ambiental que debe brindar al municipio para la ordenación del territorio; ii) establecer las directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas en su jurisdicción; iii) ejecución de obras para la regulación de cauces y corrientes de agua, recuperación del medio ambiente y los recursos naturales no renovables; iv) realizar actividades de análisis, seguimiento, prevención y control de desastres; y v) adelantar con la administración municipal programas de adecuación de áreas urbanas en zonas de alto riesgo, como lo es el control de la erosión, manejo de causas y reforestación.

De igual forma, el artículo 31 de la Ley 1523, también le ordena apoyar a las entidades territoriales de su jurisdicción en todos los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo. Cabe resaltar que si bien el parágrafo 1° del artículo en mención dispone que el papel de las corporaciones autónomas regionales es complementario y subsidiario respecto a la labor de las Alcaldías y Gobernaciones en apoyo de las tareas de gestión del riesgo que corresponden a la sostenibilidad ambiental del territorio, ello no la exime del cumplimiento de los deberes que le asisten en materia ambiental y de gestión del riesgo, pues debe trabajar coordinadamente con las demás entidades para la consecución de dichos fines.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en sentencia de 29 de julio de 2021²⁹, consideró:

“Como se observa, si bien el papel de la Corporación no suple ni exime de sus funciones a los entes territoriales, recae en ella el deber de asesorar y colaborar con las autoridades territoriales (gobernaciones y alcaldías) en la prevención de desastres, el análisis de zonas de alto riesgo y el diseño de mecanismos de solución. Así las cosas, la Sala determina que el papel de la Corporación no es subsidiario respecto de las labores de alcaldías y gobernaciones.

6.4.3.3. En consonancia con lo anterior, conviene resaltar que, según lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Ley 1523 de 2012, los Consejos departamentales, distritales y municipales de Gestión del Riesgo de Desastres, como instancias de coordinación, asesoría, planeación y seguimiento, destinados a garantizar la efectividad y articulación de los

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Oswaldo Giraldo López, Sentencia de 29 de julio de 2021, Rad.: 47001 23 31 000 2011 08425 02.

procesos de conocimiento del riesgo, de reducción del riesgo y de manejo de desastres en la entidad territorial correspondiente, están conformados por un representante de cada una de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible dentro de la respectiva jurisdicción territorial.

*Dicha representación no es en vano, pues resulta claro que **el propósito de la norma es fomentar un trabajo de cooperación interinstitucional entre todas las entidades que hacen parte del sistema, en búsqueda de corresponsabilidad e integralidad en las acciones. Así las cosas, cualquier competencia que recaía en los Comités de Prevención y Atención de Desastres, indirectamente lo es de la Corporación al ser uno de sus miembros.***

Conforme a todo lo dicho, la Sala no modificara las decisiones que en este sentido emitió el Tribunal, ya que, con base en las consideraciones expuestas, queda claro que es competencia de CORPOMAG participar de manera activa en la búsqueda de soluciones respecto del proceso erosivo de la zona costera de Pozos Colorados ubicada en el Distrito de Santa Marta, lo que incluye realizar estudios y asignar o gestionar recursos para la ejecución de proyectos, en ejercicio de las funciones que en materia ambiental y de gestión del riesgo de desastres la ley le ha atribuido...” (Resaltado de la Sala).

En consecuencia, aun cuando la función de implementar, ejecutar, desarrollar, entre otras, las políticas, actividades tendientes a la gestión del riesgo, le corresponde principalmente al alcalde, ello no significa que deba dejarse de lado que la misma Ley 1523 y el Decreto 4147 de 3 de noviembre de 2011²⁸, establecieron un trabajo coordinado y armónico con las demás entidades, dentro de las que se encuentran Corpocaldas, a la cual se le asignan especiales funciones de asesoría, orientación y apoyo a las entidades territoriales de distinto orden en materia de gestión del riesgo³⁰.

3.3. Hechos acreditados

En el caso concreto, de acuerdo con las pruebas recaudadas, en cuanto a las acciones adelantadas por el municipio de Manizales, está acreditado que, Corpocaldas el 13 de febrero de 2022, realizó visita al sector y una vez identificados varias situaciones concretas de preocupación para la comunidad, formuló unas recomendaciones, así:

- Para el punto 1, (el afloramiento de aguas subsuperficiales sobre la vía que comunica los barrios Peralonso y Alto Caribe) se recomienda la construcción de un canal perimetral a la vía y la instalación de drenes subhorizontales a una profundidad de 20m que permitan

³⁰ Ver sentencias de 28 de noviembre de 2019 (Rad. 13001-23-33-000-2015-00052- 02. C.P. Nubia Margoth Peña Garzón) y 9 de junio de 2022 (Rad. 68001-23-33-000-2018-00881-01, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón).

interceptar las aguas subsuperficiales y conducir las al sistema de alcantarillado más cercano.

- Para el punto 2, *(la fractura, hundimiento y filtración de aguas sobre el pavimento de la vía que comunica los barrios Peralonso y Alto Caribe en donde se han presentado accidentes vehiculares por el estado húmedo y resbaladizo de la vía)* se recomienda la construcción de un dren en zanja paralelo a la vía y drenes perpendiculares para interceptar los flujos de agua subsuperficial, conectando las aguas captadas a la red de alcantarillado del sector.
- En el punto 3, *(vía adoquinada ya que presenta asentamientos generando empozamientos en la intersección de la carrera 11B y calle 46 F.)* viendo el estado de deterioro de la vía adoquinada en comparación a las vías cercanas pavimentadas, se recomienda a la Secretaria de Obras Publicas de Manizales, la restitución del adoquín por pavimento rígido, así como el mejoramiento y adecuación de los imbornales que actualmente presenta.
- Para el punto 4, *(Alta humedad que presentan las viviendas ubicadas en el sector medio y bajo del sector visitado en el barrio Peralonso)* en la zona de recarga ubicada en la parte superior de la ladera se recomienda, realizar el mantenimiento de las obras existentes (muro de contención y zanja colectora), la instalación de drenes subhorizontales, la construcción de zanjas colectoras perimetrales a las zonas verdes que rodean las canchas deportivas, la construcción de filtros en zanja tipo espina de pescado que permitan conducir las aguas lluvias que se infiltran al terreno al sistema de alcantarillado en los lugares donde se presenten empozamientos o que no cuenten con un manejo de aguas adecuado.
- Para la zona de recarga ubicada a media ladera, se recomienda la construcción de una zanja colectora perimetral a las vías e instalación de drenes subhorizontales que permitan abatir el nivel freático que presenta el sector.

Al respecto, la Secretaría de Obras Públicas municipal, según informe de mayo de 2022, realizó recorrido en el barrio Peralonso por las carreras 11, 11A, 11B y 12 entre las calles 46, 46C y 47A señalando que, para la atención, manejo y control de las aguas superficiales y subsuperficiales se plantean las siguientes acciones:

“1. Zona verde comprendida entre carrera 11 y carrera 12 con calles 47B y 46C:

- ✓ *Construcción de canal perimetral de aproximadamente 120m en la pata del talud... Esta canal entregará sus aguas al sistema de alcantarillado más cercano. Incluido en el inventario de necesidades viales del Municipio, administrado por la Unidad Técnica - Vías Urbanas de la Secretaría de Obras Públicas.*

- ✓ Filtro en zanja con material tipo rajón y recubierto por geotextil, instalado bajo el canal perimetral, con el fin de aminorar los ascensos de niveles freáticos. Se recomienda que sea de hasta 1m de profundidad. Incluido en el inventario de necesidades viales del Municipio, administrado por la Unidad Técnica - Vías Urbanas de la Secretaría de Obras Públicas.
- ✓ Construcción de drenes subhorizontales de mínimo 15m de profundidad, que capten los niveles freáticos, estos entregarán sus aguas al canal perimetral. Se podrán localizar en donde se evidencie el afloramiento, si el flujo es continuo se complementará con la instalación de más drenes. Es la Unidad de Gestión del Riesgo, quien determine la viabilidad o no de su construcción, puesto que actualmente administran y priorizan el inventario de necesidades en materia de estabilidad del Municipio.

2. Área con Tratamiento Geotécnico identificada como ATG No. 157. en las carreras 11B hasta Carrera 12, entre las calles 46E y Calle 46C:

- ✓ Construcción de canal perimetral de aproximadamente 100m en la pata del talud... Esta canal entregará sus aguas al sistema de alcantarillado más cercano. Incluido en el inventario de necesidades viales del Municipio, administrado por la Unidad Técnica - Vías Urbanas de la Secretaría de Obras Públicas.
- ✓ Filtro en zanja con material tipo rajón y recubierto por geotextil, instalado bajo el canal perimetral, con el fin de aminorar los ascensos de niveles freáticos. Se recomienda que sea de hasta 1m de profundidad. Incluido en el inventario de necesidades viales del Municipio, administrado por la Unidad Técnica - Vías Urbanas de la Secretaría de Obras Públicas.
- ✓ Construcción de drenes subhorizontales de mínimo 15m de profundidad, que capten los niveles freáticos, estos entregarán sus aguas al canal perimetral. Se podrán localizar en donde se evidencie el afloramiento, si el flujo es continuo se complementará con la instalación de más drenes. Es la Unidad de Gestión del Riesgo, quien determine la viabilidad o no de su construcción, puesto que actualmente administran y priorizan el inventario de necesidades en materia de estabilidad del Municipio.
- ✓ Mantenimiento preventivo de las obras que conforman la ATG a través del programa guardianas, de la ladera, esto es, recolección de basuras, escombros, rocería y limpieza de las zanjas, canales. Este programa funciona actualmente a través de un Convenio Interadministrativo entre Municipio de Macízales y EMAS by Veolia. Es la Unidad de Gestión del Riesgo quien programa dicho mantenimiento.
- ✓ Mantenimiento correctivo que se requiera en las obras que conforman la ATG como limpieza de los drenes existentes o reparaciones que se reporten a partir de los mantenimientos preventivos. Esto se podrá realizar a través del contrato de Mantenimiento Correctivo para Áreas con Tratamiento Geotécnico que contrata el Municipio anualmente. Es la Unidad de Gestión del Riesgo quien determina las ATG a intervenir con mencionado contrato.

3. Carrera 11 entre calles 46A hasta 47B

- ✓ Sobre la carrera 11 entre calles 46H y 47B se hará la reposición de las losas ubicadas en el carril de ascenso a través del contrato No. 2204200600. Esto incluirá la instalación de un filtro en zanja con el fin de captar las aguas del nivel freático que asciende hasta la superficie del pavimento.
- ✓ Adicionalmente, en el carril de descenso en la pata de la ladera, es necesaria la construcción de un canal perimetral de aproximadamente 180m... El canal entregara sus aguas al sistema de alcantarillado más cercano. Adicionalmente se requiere la construcción del filtro en zanja con material tipo rajon y recubierto por geotextil, instalado bajo el canal, con el fin de aminorar los ascensos de niveles freáticos. Se recomienda que sea de hasta 1m de profundidad. Es la Unidad de Gestión del Riesgo, quien determine la viabilidad o no de su construcción, puesto que actualmente administran y priorizan el inventario de necesidades en materia de estabilidad del Municipio.

4. Respecto a las humedades presentadas en las viviendas, es precise aclarar que, si bien es cierto las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, también lo es que su ejercicio se limita al cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales. En ese sentido, preciso el Ministerio de Hacienda, no existe norma que habilite o faculte a las entidades territoriales a invertir recursos públicos en predios de propiedad privada, inversiones que beneficiarían el patrimonio de los particulares propietarios de los bienes en donde se inviertan dichos recursos, por lo que no podrían ser consideradas obras públicas de propiedad de las entidades territoriales y del disfrute colectivo de todos los habitantes del territorio de la jurisdicción en donde se realicen, sino una inversión en infraestructura privada.

5. La vía adoquinada ubicada en la calle 46F entre las carreras 11 y 12, Incluido en el inventario de necesidades viales del Municipio, administrado por la Unidad Técnica - Vías Urbanas de la Secretaria de Obras Públicas. Cabe destacar que dicho inventario se desarrolla de acuerdo con un orden de prioridades y los recursos con que se cuente para próximas vigencias fiscales”.³¹

Precisa además que, actualmente sobre la carrera 11 entre calles 46H y 47B se está realizando la reposición de las losas ubicadas en el carril de ascenso, que incluye la instalación de un filtro en zanja con el fin de captar las aguas del nivel freático que asciende hasta la superficie del pavimento.

³¹ Fl. 34-42 A.D. 18ContestacionMunicipioManizales.pdf

Por su parte, la Unidad de Gestión del Riesgo de Manizales, en informe UGR 1808-2022 de 18 de julio de 2022, indicó que, el 25 de mayo de 2022 solicitó a la Empresa Metropolitana de Aseo EMAS E.S.P S.A., realizar la limpieza y mantenimiento de la ATG No. 157 (Carrera 11 B Calle 46 E), y de las estructuras hidráulicas aledañas, en cumplimiento del Convenio Interadministrativo Programa "Guardianas de la Ladera", celebrado con el municipio de Manizales; que además *"el sector objeto de la solicitud (ATG No. 157) se encuentra incluido en el inventario de necesidades de la Unidad de Gestión del Riesgo del municipio de Manizales tendiente a la ejecución de obras complementarias y/o correctivas en zonas denominadas como áreas de tratamiento geotécnico para ser ejecutadas en próximas vigencias fiscales y estando sujetas a la disponibilidad presupuestal y orden de prioridades."*³²

3.4. Análisis sustancial del caso concreto

De las pruebas referidas se evidencia que, el municipio de Manizales a la fecha viene realizando algunas acciones dirigidas a atender la insuficiencia y mal estado de algunas de las construcciones que tienen por finalidad el manejo de las aguas superficiales y subsuperficiales en el barrio Peralonso de Manizales; y que se encuentran acorde con las observaciones y recomendaciones realizadas por Corpocaldas, como son: -la limpieza y mantenimiento de la ATG 157 (Carrera 11 B Calle 46 E), y de las estructuras hidráulicas aledañas, en cumplimiento del Convenio Interadministrativo Programa "Guardianas de la Ladera"; - la reposición de las losas ubicadas en el carril de ascenso de la carrera 11 entre calles 46H y 47B que incluye la instalación de un filtro en zanja con el fin de captar las aguas del nivel freático que asciende hasta la superficie del pavimento.³³

Sin embargo, el cumplimiento de las funciones a cargo del municipio de Manizales solo es parcial en la medida en que, no demostró la finalización o el estado de avance de esos procesos, ni acreditó que hubiese promovido acciones concretas para atender todas las recomendaciones realizadas por Corpocaldas dirigidas al manejo y control de las aguas superficiales y subsuperficiales en el barrio Peralonso, pues al respecto, solo se han plantean unas acciones que han sido incluidas en el inventario de necesidades viales del Municipio, y frente a otras solos e indica que corresponde a la Unidad de Gestión del Riesgo, determinar la viabilidad o no de su construcción, *"puesto que actualmente administran y priorizan el inventario de necesidades en materia de estabilidad del Municipio"*³⁴.

En cuanto a Corpocaldas está acreditado que, en virtud de la existencia de un área de tratamiento geotécnico (ATG 157) ubicado en la zona intermedia de la ladera, suscribió en 2021 el contrato de obra 090-2021 con la empresa Donal Bogotá Bautista, Ingeniería y Consultoría en Infraestructura, para la construcción de obras de estabilidad de taludes,

³² Fl. 43-45 A.D. 18ContestacionMunicipioManizales.pdf

³³ Fl. 39 A.D. 18ContestacionMunicipioManizales.pdf

³⁴ Fl. 34-42 A.D. 18ContestacionMunicipioManizales.pdf

manejo de aguas y de control torrencial en sitios críticos en las comunas 1 (Atardeceres) a la 8 (Palogrande)- (Grupo No. 1) del municipio de Manizales; dentro del cual se encuentra el mantenimiento de área de tratamiento geotécnico - ATG Peralonso- Fanny González, y según informe de obra del 18 de febrero de 2022, dio lugar a la implementación de las siguientes acciones:

“Demolición de bermas y zanjas colectoras en mal estado, las cuales no estaban recolectando el agua de la ladera, por tal motivo fueron reparadas o reconstruidas. En cuanto a bermas y zanjas se vio la necesidad de adicionar un tramo nuevo en la parte inferior, atrás de los lavaderos ya que no se estaba recolectando el agua de ese sector, así mismo se realizaron puntillas para darle estabilidad a la ladera. También se realizó la construcción de drenes horizontales en toda la zona intervenida para aliviar la presión de poros de la ladera ya que no se contaba con drenes funcionales, a continuación, se describirán los trabajos realizados:

- *En el frente de ATG Peralonso se cuenta con 7 terrazas, numeradas en orden, ascendente subiendo desde los lavaderos hacia el barrio Fanny Gonzáles así: 1', 1, 2, 3, 4, 5, 6 y teniendo en cuenta el canal central se dividen en derecha e izquierda*
- *La zanja colectora y la berma que se está realizando en la terraza 1 'corresponden a construcciones nuevas junto con los drenes y el apuntillamiento en este sector, necesario para el correcto manejo de aguas y estabilidad de la ladera.*
- *En las terrazas de la 1 a la 7 margen derecha e izquierda se realizaron reparaciones de diferentes tramos de zanja colectora y berma, así como los drenes correspondientes.*
- *Se realizaron otras actividades menores como perfilado de las diferentes terrazas para evitar desprendimientos y su posterior empradización, también se realizaron cañuelas para cada uno de los drenes, logrando llevar el agua de manera adecuada hasta las zanjas colectoras, se hicieron cañuelas en el canal principal junto con un recalde de aproximadamente 44 metros.*
- *En las terrazas de la 1 a la 7 margen derecha e izquierda se realizaron reparaciones de diferentes tramos de zanja colectora y berma, así como los drenes correspondientes.*
- *Se realizaron otras actividades menores como perfilado de las diferentes terrazas para evitar desprendimientos y su posterior empradización, también se realizaron cañuelas para cada uno de los drenes, logrando llevar el agua de manera adecuada hasta las zanjas colectoras, se hicieron cañuelas en el canal principal junto con un recalde de aproximadamente 44 metros.”³⁵*

Lo anterior permite evidenciar el cumplimiento de las acciones de prevención y mitigación del riego por parte de Corpocaldas en el área de tratamiento geotécnico (ATG 157) ubicado en la zona intermedia de la ladera, sin que se evidencie un incumplimiento de las obligaciones a su cargo y por tanto no le son imputables las causas de la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda.

³⁵ Fl. 46- A.D. 14ContestacionCorpocaldas.pdf

En cuanto a la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P., está acreditado que realizó visita al sector, el 27 de julio de 2022³⁶, que se revisaron las redes locales de acueducto por medio de geofonía en la carrera 11 entre calles 46 y 47B del barrio Peralonso, encontrando están en buen estado y correcto funcionamiento. En cuanto a las redes de alcantarillado, aclaró que, en la carrera 11 entre calles 46 y 47B del barrio Peralonso no se tienen redes de alcantarillado, sin embargo, se revisó el estado en que se encuentran las cámaras de inspección de alcantarillado a las cuales llegan las aguas de escorrentía de los sumideros de la carrera 11 entre calles 46 y 47B, y estas se encuentran en buen estado de funcionamiento.

En cuanto al tanque de compensación que se encuentra en la parte alta del barrio Peralonso señaló que, se le realizaron pruebas de estanqueidad, e inspección en la cual se pudo observar que se encuentra en buen estado, no se observan grietas, fisuras o daños en la estructura del mismo, ni afectaciones en el terreno próximo al tanque.

Por lo anterior, no se evidencia un incumplimiento de las obligaciones a cargo de la empresa Aguas de Manizales, y por tanto no le son imputables las causas de la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda.

3.5. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto se concluye que, existe una omisión por parte del municipio de Manizales que afecta el derecho colectivo a la prevención de desastres técnicamente previsibles, pues si bien a la fecha viene realizando algunas acciones dirigidas a atender la insuficiencia y mal estado de algunas de las construcciones que tienen por finalidad o inciden en el manejo de las aguas superficiales y subsuperficiales en el barrio Peralonso; no demostró la culminación o el estado de avance de esos procesos, ni acreditó que hubiese promovido acciones concretas para atender todas las recomendaciones realizadas por Corpocaldas.

Por otra parte, en cuanto a Corpocaldas se evidencia el cumplimiento de las acciones de prevención y mitigación del riesgo en el área de tratamiento geotécnico (ATG 157) ubicado en la zona intermedia de la ladera, sin que se evidencie un incumplimiento de las obligaciones a su cargo; igualmente Aguas de Manizales S.A. E.S.P., acreditó el cumplimiento de sus obligaciones como empresa prestadora de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en el sector.

En consecuencia, se declarara probada la excepción titulada *“AUSENCIA DE TRANSGRESIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y CUMPLIMIENTO INTEGRAL*

³⁶ A.D. 24AnexoCuatroInfomeTecnico.pdf

Y DILIGENTE DE LAS FUNCIONES ASIGNADAS POR LA LEY A LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA Y REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS-, EN ATENCIÓN A SU ÓRBITA DE COMPETENCIA”, propuesta por Corpocaldas, y las excepciones: “INEXISTENCIA DE DERECHOS COLECTIVOS VULNERADOS POR PARTE DE AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.”; “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” e “INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL” propuesta por Aguas de Manizales S.A. E.S.P.; no probadas las excepciones planteadas por el municipio de Manizales y se declara que este ha vulnerado el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles.

4. Medidas que se deben adoptar para hacer cesar la amenaza de los derechos colectivos

En atención a las sugerencias realizadas por Corpocaldas y de acuerdo al informe realizado por la Secretaria de Obras Públicas, las acciones que deben ser adelantadas por el municipio de Manizales, para hacer cesar la amenaza del derecho colectivo a la prevención de desastres previsibles técnicamente, son las siguientes:

- Frente al *“afloramiento de aguas subsuperficiales sobre la vía que comunica los barrios Peralonso y Alto Caribe”* se debe realizar: 1. La construcción de un canal perimetral a la vía y 2. La instalación de drenes subhorizontales a una profundidad de 20m que permitan interceptar las aguas subsuperficiales y conducir las al sistema de alcantarillado más cercano.
- Frente a *“la fractura, hundimiento y filtración de aguas sobre el pavimento de la vía que comunica los barrios Peralonso y Alto Caribe en donde se han presentado accidentes vehiculares por el estado húmedo y resbaladizo de la vía”* se debe realizar: 1. La construcción de un dren en zanja paralelo a la vía y 2. La instalación de drenes perpendiculares para interceptar los flujos de agua subsuperficial, conectando las aguas captadas a la red de alcantarillado del sector.
- Frente a la *“vía adoquinada ya que presenta asentamientos generando empozamientos en la intersección de la carrera 11B y calle 46 F”*, se deberá proceder a: 1. La restitución del adoquín por pavimento rígido, y 2. El mejoramiento y la adecuación de los imbornales que actualmente presenta.
- Frente a la *“Alta humedad que presentan las viviendas ubicadas en el sector medio y bajo del sector del barrio Peralonso”* en la zona de recarga ubicada en la parte superior de la ladera se deberá realizar: 1. Al mantenimiento de las obras existentes (muro de contención y zanja colectora), 2. La instalación de drenes subhorizontales; 3. La construcción de zanjas colectoras perimetrales a las zonas verdes que rodean las canchas deportivas; 4. La

construcción de filtros en zanja tipo espina de pescado que permitan conducir las aguas lluvias que se infiltran al terreno al sistema de alcantarillado en los lugares donde se presenten empozamientos o que no cuenten con un manejo de aguas adecuado.

- Para la zona de recarga ubicada a media ladera, se deberá realizar: 1. La construcción de una zanja colectora perimetral a las vías; 2. La instalación de drenes subhorizontales que permitan abatir el nivel freático que presenta el sector.

Para adelantar las gestiones administrativas, presupuestales y técnicas requeridas, y la ejecución de las referidas actividades, el municipio cuenta con el término máximo de nueve (9) meses, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

5. Costas

De conformidad con el artículo 38 de la ley 472 de 1998 en armonía con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo M. P. Rocío Araújo Oñate del 6 de agosto 2019, radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01, no se impondrá condena en costas, en atención a la prosperidad tan solo parcial de las pretensiones de la parte demandante y que no se evidencia que esta hubiese incurrido en gastos en la formulación del presente medio de control.

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

FALLA

Primero: Se declara probada la excepción titulada *“AUSENCIA DE TRANSGRESIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y CUMPLIMIENTO INTEGRAL Y DILIGENTE DE LAS FUNCIONES ASIGNADAS POR LA LEY A LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS-, EN ATENCIÓN A SU ÓRBITA DE COMPETENCIA”*, propuesta por Corpocaldas, y las excepciones: *“INEXISTENCIA DE DERECHOS COLECTIVOS VULNERADOS POR PARTE DE AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.”*; *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”* e *“INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL”* propuesta por Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y no probadas las excepciones planteadas por el municipio de Manizales.

Segundo: Se declara que el municipio de Manizales ha vulnerado el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles.

Tercero: En consecuencia, **Se ordena** al municipio de Manizales que, dentro de los nueve (9) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, adelante las gestiones

administrativas, presupuestales y técnicas requeridas y ejecute las siguientes acciones:

- Frente al *“afloramiento de aguas subsuperficiales sobre la vía que comunica los barrios Peralonso y Alto Caribe”* se debe realizar: 1. La construcción de un canal perimetral a la vía y 2. La instalación de drenes subhorizontales a una profundidad de 20m que permitan interceptar las aguas subsuperficiales y conducir las al sistema de alcantarillado más cercano.
- Frente a *“la fractura, hundimiento y filtración de aguas sobre el pavimento de la vía que comunica los barrios Peralonso y Alto Caribe en donde se han presentado accidentes vehiculares por el estado húmedo y resbaladizo de la vía”* se debe realizar: 1. La construcción de un dren en zanja paralelo a la vía y 2. La instalación de drenes perpendiculares para interceptar los flujos de agua subsuperficial, conectando las aguas captadas a la red de alcantarillado del sector.
- Frente a la *“vía adoquinada ya que presenta asentamientos generando empozamientos en la intersección de la carrera 11B y calle 46 F”*, se deberá proceder a: 1. La restitución del adoquín por pavimento rígido, y 2. El mejoramiento y la adecuación de los imbornales que actualmente presenta.
- Frente a la *“Alta humedad que presentan las viviendas ubicadas en el sector medio y bajo del sector del barrio Peralonso”* en la zona de recarga ubicada en la parte superior de la ladera se deberá realizar: 1. Al mantenimiento de las obras existentes (muro de contención y zanja colectora), 2. La instalación de drenes subhorizontales; 3. La construcción de zanjas colectoras perimetrales a las zonas verdes que rodean las canchas deportivas; 4. La construcción de filtros en zanja tipo espina de pescado que permitan conducir las aguas lluvias que se infiltran al terreno al sistema de alcantarillado en los lugares donde se presenten empozamientos o que no cuenten con un manejo de aguas adecuado.
- Para la zona de recarga ubicada a media ladera, se deberá realizar: 1. La construcción de una zanja colectora perimetral a las vías; 2. La instalación de drenes subhorizontales que permitan abatir el nivel freático que presenta el sector.

Cuarto: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

Quinto: Se conforma un Comité para la verificación del cumplimiento de las órdenes dadas en esta sentencia, el cual será integrado por el Magistrado Ponente, quien lo presidirá, el Director de la Unidad de Gestión del Riesgo del municipio de Manizales, un delegado de la Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas, los demandantes y el señor Procurador Judicial.

Sexto: Sin condena en costas.

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

Octavo: Ejecutoriada esta providencia archívense las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema justicia siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 070 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 249

Manizales, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Radicado:	17-001-23-33-000-2022-00157-00
Naturaleza:	Protección De Derechos E Intereses Colectivos
Demandante:	Doris Carmenza Hoyos Ocampo
Demandados:	Municipio de Manizales Corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas Agua de Manizales

Se procede a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

I. Antecedentes

1. La demanda

La parte accionante señala que, remitió petición a la Alcaldía Municipal de Manizales con el fin de advertir el riesgo de desprendimiento de la ladera que se encuentra frente al parque infantil de la zona, en la entrada al condominio Prados de La Colina, debido a que desde el 08 de marzo de 2022 presentaba agrietamientos en la corona del talud; además, que dio aviso del hundimiento severo del pavimento que se encuentra en la parte superior del parque infantil, correspondiente a lo largo de la carrera 20C con calle 58B.

Que, el 16 de marzo de 2022 se presentó fenómeno de remoción en masa de la ladera, afectando el parque infantil de la zona y parte parcial de la calle. Evento que contó con la presencia de la Policía Nacional y el Cuerpo Oficial de Bomberos, los cuales levantaron el informe de revisión a predio número 9517 en la que establecieron: *“Evento inminente tipo deslizamiento, con posibles causas evento natural/intervención antrópica y con afectación parcial a estructura de vivienda e Infraestructura vial”*

Que el 25 de marzo siguiente, el talud fue cubierto con plástico con el fin de evitar infiltración de aguas al mismo; de igual manera, las grietas que resultaron en la malla vial por el evento de deslizamiento, fueron selladas a través de *"lechada"*. Advirtió que, el hundimiento puntual y fracturas de la malla vial y la cámara de alcantarillado ubicado en la carrera 20C y el deterioro de la misma que se extiende hasta la carrera 20 B, parece favorecer la infiltración de aguas al talud.

Que para 2019 la Unidad de Gestión del Riesgo mediante oficio UGR 2250-19, informó sobre la visita realizada la carrera 20 B con calle 56B en el sector de Bajo Rosales que: *"En la vía se observa que una de las losas tiene una especie de hundimiento o agrietamiento, lo cual probablemente puede deberse a un asentamiento o consolidación de la subrasante, considerándolo entonces con un nivel de severidad baja, según lo que se pudo observar en una fotografía del año 2013, este fenómeno en el pavimento ya existía desde entonces"*. Además, *"Por otra parte, se encuentra con las dilataciones en los andenes y algunas fisuras en los antejardines y fachadas del inmueble del señor Osorio, se observa que esas son antiguas puesto que ya va crecido vegetación en las mismas"*.

Que el aumento de vehículos de paso por el sector, ha favorecido la fractura y hundimiento de la malla vial, además de haber aumentado el caudal de aguas residuales; por lo cual duda si la infraestructura de alcantarillado resulta suficiente para la demanda en el sector.

Que el 06 de mayo de 2022 a través de radicado 02690, Aguas de Manizales afirmó que *"En la carrera 20C con calle 58B y zonas aledañas, se realizó un recorrido en el cual no se identificaron filtraciones, afloramientos de agua o rasgos que indiquen fallos en el funcionamiento de las redes de acueducto y alcantarillado administradas por esta entidad"*. Sin embargo, no se pronunciaron respecto a la capacidad de las redes para soportar las nuevas construcciones en la parte alta del sector.

Por todo lo expuesto, la demandante solicita la protección de los derechos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes y se ordene:

- Realizar los estudios técnicos con el fin de determinar las causas de la inestabilidad y las obras de mitigación requeridas para el talud.

- Ejecutar las obras de estabilidad que resulten necesarias para asegurar la mitigación del riesgo en la zona y prevenir futuros fenómenos de inestabilidad.
- Realizar una reposición total de la losa de concreto que presenta fracturas y hundimientos puntuales; así como las demás obras que sean requeridas en los andenes y atinentes al manejo de aguas.
- Establecer de manera efectiva, la prohibición de paso de vehículos pesados por la zona; acompañada esta de controles efectivos de tránsito en el sector y señalización y otras medidas tendientes a dar efectividad a lo mencionado.
- Realizar una revisión del sistema de acueducto y alcantarillado de la zona; además, de realizar las adecuaciones necesarias del caudal del mismo en caso de ser necesario, teniendo en cuenta el crecimiento urbanístico del sector.

2. Contestación de las accionadas y vinculadas

2.1. Corpocaldas

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demandante; indicó que, la zona ha sido objeto de múltiples intervenciones por parte de las autoridades, en el pasado y en fechas recientes, incluso en la actualidad hay unas obras que están en ejecución, encontrándose a la fecha mitigado el riesgo.

Que en marzo de 2022 se presentó un deslizamiento superficial y un pequeño agrietamiento en el talud inferior del parque infantil, probablemente debido a la presencia de materiales blandos (rellenos a media ladera), producto de movimientos de tierra para la adecuación de terrenos y obras de urbanismo, realizados con mucha anterioridad en el sector.

Que frente a la problemática del pavimento en la carrera 20C, efectivamente se han presentado los hundimientos y agrietamientos en la estructura, aparentemente por deficiencias constructivas y reparaciones parciales para instalación de redes de alcantarillado. Sin embargo, aclaró que, el tramo de pavimento afectado por los agrietamientos mencionados, no se encuentra contiguo al área de talud afectada por agrietamientos, sino que se ubica por la parte superior del parque infantil del sector.

Que, la Corporación realizó visita al sitio junto con la Unidad de Gestión del Riesgo de Manizales, y que posteriormente el municipio adelantó gestiones con Emas S.A. E.S.P.

para actividades de descapote y corte de árboles que generaban una carga en la ladera, teniendo en cuenta el desprendimiento de material acaecido.

Que vista la problemática del sector, se priorizó el lugar para ser intervenido con recursos del convenio 2011250556 suscrito entre el municipio y Corpocaldas y que a través del contrato de obra 090-2021 se realizó la intervención en el sector, consistente en: *“La construcción de pantallas con anclajes activos y pasivos, al igual que zanja colectora y canal de entrega hacia la parte inferior de la ladera, apuntillamiento con anclajes pasivos del talud inferior a las pantallas e instalación de drenes sub-horizontales en la base del talud que resultó afectado por deslizamientos y desprendimientos de tierra durante los años 2020 y 2021. Además, se llevó a cabo el cubrimiento con plástico de protección del área del deslizamiento – especialmente sobre la zona de la corona y el sellamiento de las grietas existentes con lechada de cemento, sobre el pavimento de la carrera 20B (Acceso al Conjunto Prados de la Colina).*

Que se priorizaron nuevos sitios a ser intervenidos con recursos de una adición en valor del convenio 2011250556 suscrito 14 de junio de 2022, dadas las necesidades identificadas y priorizadas en el territorio. Que sumado a lo anterior, en la actualidad las obras se encuentran en ejecución y mitigado el riesgo, además, el municipio adelanta la reposición de las losas de pavimento que se encuentran en mal estado sobre la carrera 20C.

Por último, adujo haber realizado una visita al sector el 04 de agosto de 2022, donde encontró que los sellamientos realizados al pavimento ubicado sobre la corona de la ladera, han contribuido de manera satisfactoria a disminuir la infiltración de aguas sobre la masa de suelo y en la actualidad, se encuentran funcionando adecuadamente. Por lo tanto, considera que todas las actividades descritas han mitigado el riesgo y han satisfecho las pretensiones de la accionante.

Con fundamento en lo anterior propuso la excepción que denominó: *“CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO”*.

2.2. El Municipio de Manizales

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demandante; señaló que, desde diciembre de 2020 se incluyó el talud objeto de la acción para ser intervenido a través del convenio interadministrativo 2011250556 (vigente a la fecha actual), por lo que en noviembre del 2021 se dio inicio a las actividades en el talud, obras consistentes en: *“Primera fase: Construcción de pantalla pasiva de 14mts de largo x 7mts de alto, pantalla Activa de 12mts de largo x 6.50mts de alto, 5 anclajes activos de 20mts de profundidad, en la*

parte baja del talud se ejecutaron 60 apuntillamientos de 6mts de profundidad. Que frente al manejo de aguas superficiales se realizó la construcción de “una zanja intermedia de 27mts de longitud y 14mts de canal colector”.

Que en julio de 2022, a través de acta de reunión del comité técnico se decidió ampliar las intervenciones a través de una segunda fase, el cual dio inicio el 25 de julio siguiente y que consta de:

- *“La construcción de dos pantallas pasivas configuradas así: 18mts de largo x 7.50mts de alto, 22 anclajes pasivos de 8.60mts de profundidad y 33 anclajes pasivos de 5.60mts de profundidad; la segunda pantalla tiene 20mts de largo x 7.50mts de alto, 23 anclajes pasivos de 8.60m de profundidad y 22 anclajes pasivos de 5.60m de profundidad.*
- *En el talud inferior se realizará la construcción de aproximadamente 100 apuntillamientos de 6mts de profundidad. Todas las pantallas están cimentadas en pilotes de 3mts de profundidad por 35cm de diámetro. Para el manejo de aguas superficiales se están construyendo 50mts de zanja colectora, y se entregarán a una tubería de 12” hasta una caja colectora. Se tiene estimada la finalización de la obra para el mes de octubre”.*

Que actualmente se están ejecutando obras necesarias para mitigar el riesgo en la ladera inferior que da acceso al conjunto Prados de La Colina, teniendo en cuenta que el talud de la parte superior no presenta procesos activos de remoción en masa, ni asentamientos significativos, ni agrietamientos o hundimientos que indiquen presencia de inestabilidades, ante lo cual solo recomienda realizar *“rocería para evitar desprendimientos de capa vegetal, cambiando así la cobertura de suelo existente (Rastrojo) por pasto tipo vetiver que contribuya a mejorar las características de resistencia del suelo ante fenómenos erosivos”*. Además se esta realizando el mantenimiento del pavimento sobre la Carrera 20C con calle 58B, del barrio Bajo Rosales, se está realizando actualmente por parte de esta Secretaría.

Finalmente, indicó que, las obras ya se están ejecutando para la mitigación del riesgo, con el fin de evitar la generación de nuevos procesos de inestabilidad, razón por la cual considera se está ante un hecho superado en la presente acción popular.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones: *“IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN”; “INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS LEGALES PARA INCOAR LA ACCIÓN”; “CARENCIA DE PRUEBA QUE CONSTITUYA PRESUNTA VULNERACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS” y “HECHO SUPERADO”.*

2.3. Aguas de Manizales S.A. E.S.P.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demandante; señaló que, el 4 de agosto de 2022 realizó visita técnica en la carrera 20C con calle 58B del barrio Bajo Rosales, en el cual observó en la carrera 20B con calle 58B algunas dilataciones en las losas de pavimento y un agrietamiento en la losa superior de la cámara de inspección de alcantarillado, probablemente por un asentamiento que se ha presentado en el talud que se encuentra entre las carreras 20 y 20B.

Que en dicha visita, se revisó el estado físico de las cámaras de inspección de alcantarillado ubicadas en la carrera 20B con calle 58B y carrera 20C con calle 58B, encontrándolas en buen estado físico, además de no haber observado grietas, fisuras o daños en la estructura de las mismas.

Que el 7 de agosto de 2022 se realizó revisión a las redes locales de acueducto por medio de geofonía en la carrera 20B entre calles 58A1 y 59, carrera 20C entre calles 58A1 y 59 y calle 58B entre carreras 20B y 20C, encontrando que estaban en buen estado y correcto funcionamiento; además, de haber realizado revisión a las redes de alcantarillado con la unidad de diagnóstico panorámica en la carrera 20B entre calles 58A1 y 59 y carrera 20C entre calles 58A1 y 59 del barrio Bajo Rosales, encontrándolas también en buen estado y correcto funcionamiento.

Aclaró que, las nuevas construcciones en la parte alta del sector no realizan la entrega de sus aguas residuales a las redes de alcantarillado de la zona de la problemática, pues en la misma están ubicadas cámaras de arranque, lo que significa que allí inicia la recolección de las aguas residuales de la zona y las redes de alcantarillado tienen la capacidad de transportar dichas aguas.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones: *“INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA” e “INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS COLECTIVOS POR PARTE DE AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.”*

3. Audiencia de Pacto

Se celebró el 21 de septiembre de 2022 en ella Corpocaldas y el municipio de Manizales expusieron que lo procedente es decretar la configuración del hecho superado, por cuanto las pretensiones de la demandante ya se encuentran satisfechas. Agua de Manizales señaló tener formula de arreglo, siempre y cuando lo que se proponga se encuentre ligado con el informe técnico y el objeto social de la empresa.

La demandante al respecto señaló estar satisfecha con las acciones realizadas por las entidades demandadas, y solicitó se realice control al tráfico pesado que transcurre por el sector.

El **Ministerio Público** señaló que, se tienen elementos probatorios que indican la posible configuración de carencia de objeto por hecho superado al haberse ejecutado las obras y medidas de intervenciones que fueron reportadas por las entidades accionadas, por lo que en principio el estudio estaría encaminado a determinar si en efecto ha desaparecido la situación fáctica que originó la presente acción constitucional. No obstante, no es equivalente la aplicación de carencia actual por hecho superado a una fórmula de pacto de cumplimiento, pues en estricto sentido no existe fórmula si no alegación de un hecho superado frente al objeto de la acción.

Ante el escenario descrito, se declaró fallida la presente etapa de pacto de cumplimiento, se decretaron las pruebas documentales y se dispuso dictar sentencia.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De conformidad con la demanda y su contestación, se centran en determinar: *¿se configuró o no la carencia actual de objeto por hecho superado?*

En caso negativo :*¿Existe un amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, imputable a las autoridades demandadas? Si es así: ¿Cuáles son las medidas que se deben adoptar para hacer cesar la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

Se configura la carencia actual de objeto por hecho superado, pues lo que fue objeto de solicitud de protección por la actora ha sido atendido en debida forma, sin que subsista alguna amenaza a los derechos colectivos invocados, de tal manera que una eventual orden encaminada a la protección de estos resultaría inocua, pues en la actualidad no se presenta amenaza alguna a los derechos colectivos invocados en la demanda.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al fundamento jurídico de la carencia de objeto por hecho superado, los hechos acreditados y el análisis del caso concreto.

2.2. Fundamento jurídico

La figura jurídica de la carencia de objeto por hecho superado ocurre cuando se comprueba que entre la presentación del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos y el momento de dictar la respectiva sentencia, la amenaza o vulneración del derecho cuyo amparo fue solicitado ha cesado, por lo que se torna innecesaria la orden de protección en la sentencia, pues tal decisión sería inocua y alejada de la realidad¹.

En relación con lo anterior, el H. Consejo de Estado ha señalado que²:

“los elementos sustanciales del fenómeno de carencia de objeto por hecho superado, son los siguientes: i) que se pruebe que a la fecha de la presentación de la demanda existía una vulneración o amenaza de un derecho colectivo. En el evento en que no se pruebe este aspecto, no se configurará el hecho superado, sino que se deberán negar las pretensiones de la demanda; ii) que en el curso del proceso judicial, cese la amenaza o vulneración del derecho colectivo; iii) que al momento de dictar sentencia no sea posible, por sustracción de materia, impartir órdenes de amparo del derecho colectivo porque ese derecho ya no se encuentra amenazado ni vulnerado”. (Se resalta)

Bajo tal entendido, es necesario analizar las probanzas allegadas al proceso, a fin de establecer si efectivamente la amenaza referida por el actor popular cesó o por el contrario se hace necesario impartir órdenes con el objetivo de salvaguardar los derechos colectivos trasgredidos.

2.3. Hechos acreditados

- El municipio de Manizales y Corpocaldas suscribieron el convenio interadministrativo 2011250556 del 25 de noviembre de 2020³, cuyo objeto consiste en aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros, para la realización de actividades relacionadas con la gestión integral del riesgo y la adaptación al cambio climático, como parte integral del plan de gestión del riesgo, en el municipio de Manizales, en el que se incluyó el talud objeto de la acción para ser intervenido.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. Marco Antonio Velilla Moreno, sentencia de 29 de agosto de 2013, Radicación: 25000-23-24-000-2010-00616-01(AP).

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, sentencia de 26 de julio de 2018, Radicación: 66001-23-31-000-2011-00338-01(AP).

³ Fl. 21-39 A.D. 09ContestacionMunicipioManizales.pdf

-. Con fundamento en ello, Corpocaldas suscribió el contrato de obra 090-2021 del 2 de agosto de 2021⁴ cuyo objeto consistía en la construcción de obras de estabilidad de taludes, manejo de aguas y de control torrencial en sitios críticos en las comunas 1 (atardeceres) a la 8 (palogrande) - (grupo no. 1) del municipio de Manizales.

-. En desarrollo de dicho contrato, en noviembre se iniciaron obras consistentes en: *“Construcción de pantalla pasiva de 14mts de largo x 7mts de alto, pantalla Activa de 12mts de largo x 6.50mts de alto, 5 anclajes activos de 20mts de profundidad, en la parte baja del talud se ejecutaron 60 apuntillamientos de 6mts de profundidad. Para el manejo de aguas superficiales se realizó la construcción de una zanja intermedia de 27mts de longitud y 14mts de canal colector”*.⁵

-. El 18 de julio de 2022⁶, en reunión del Comité del Convenio Interadministrativo 2011250556 se priorizaron nuevos sitios a ser intervenidos, dadas las necesidades presentadas a causa de las lluvias.

-. Con fundamento en ello, el 25 de julio de 2022, se dio inicio a la construcción de dos pantallas pasivas configuradas así: 18mts de largo x 7.50mts de alto, 22 anclajes pasivos de 8.60mts de profundidad y 33 anclajes pasivos de 5.60mts de profundidad; la segunda pantalla tiene 20mts de largo x 7.50mts de alto, 23 anclajes pasivos de 8.60m de profundidad y 22 anclajes pasivos de 5.60m de profundidad. En el talud inferior se realizará la construcción de aproximadamente 100 apuntillamientos de 6mts de profundidad. Todas las pantallas están cimentadas en pilotes de 3mts de profundidad por 35cm de diámetro. Para el manejo de aguas superficiales se están construyendo 50mts de zanja colectora, y se entregarán a una tubería de 12" hasta una caja colectora.⁷

-. Según el informe SOPM-1857-UGT-VU-2022 de agosto 02 de 2022 de la Secretaría de Obras Públicas de Manizales, el talud de la parte superior no presenta procesos activos de remoción en masa, ni asentamientos significativos, ni agrietamientos o hundimientos que indiquen presencia de inestabilidades, ante lo cual solo recomienda realizar *“rocería para evitar desprendimientos de capa vegetal, cambiando así la cobertura de suelo existente (Rastrojo) por pasto tipo vetiver que contribuya a mejorar las características de resistencia del suelo ante fenómenos erosivos”*.⁸

-. Además se indica que, se está realizando el mantenimiento del pavimento sobre la Carrera 20C con calle 58B, del barrio Bajo Rosales, a través del contrato 2206070635 cuyo

⁴⁴ Fl. 32-42 A.D. 09ContestacionCorpocaldas.pdf

⁵ Fl. 12 A.D. 22MemorialMunicipioManizales.pdf

⁶ Fl. 43-46 A.D. 09ContestacionCorpocaldas.pdf

⁷ Fl. 12 A.D. 22MemorialMunicipioManizales.pdf

⁸ ibidem

objeto es Mantenimiento y rehabilitación de vías urbanas, mediante la reparación y construcción de pavimentos y peatonales en la Comuna 8 – Palogrande en Manizales.

-. De acuerdo al informe técnico visita del 9 de agosto de 2022, la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P.⁹, el 4 de agosto de 2022 realizó visita técnica en la carrera 20C con calle 58B del barrio Bajo Rosales, se revisó el estado físico de las cámaras de inspección de alcantarillado ubicadas en la carrera 20B con calle 58B y carrera 20C con calle 58B, encontrándolas en buen estado físico, además de no haber observado grietas, fisuras o daños en la estructura de las mismas.

-. Se indica además que, el 7 de agosto de 2022 se realizó revisión a las redes locales de acueducto por medio de geofonía en la carrera 20B entre calles 58A1 y 59, carrera 20C entre calles 58A1 y 59 y calle 58B entre carreras 20B y 20C, encontrando que estaban en buen estado y correcto funcionamiento; además, de haber realizado revisión a las redes de alcantarillado con la unidad de diagnóstico panorámica en la carrera 20B entre calles 58A1 y 59 y carrera 20C entre calles 58A1 y 59 del barrio Bajo Rosales, encontrándolas también en buen estado y correcto funcionamiento.

Y respecto a la capacidad de las redes para soportar las nuevas construcciones en la parte alta del sector señala que, *“las nuevas construcciones en la parte alta del sector no realizan la entrega de sus aguas residuales a las redes de alcantarillado de la zona de la problemática. En la zona de la problemática están ubicadas cámaras de arranque, es decir, allí inicia la recolección de las aguas residuales de la zona y las redes de alcantarillado tienen la capacidad de transportar dichas aguas.”*

2.4. Análisis sustancial del caso concreto

De las probanzas relacionadas y particularmente de los informes técnicos realizados por la Secretaría de Obras Públicas, Corpocaldas, y la la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P., esta Sala Plural de Decisión extrae las siguientes conclusiones:

-. Que en la carrera 20C con calle 58B del barrio Bajo Rosales, se implementaron obras de mitigación del riesgo, ejecutándose obras de estabilidad de taludes, manejo de aguas tales como, construcción de pantallas pasivas y activas, estructuras de captación de aguas de escorrentía superficial, e instalación de canales que mitigaron la problemática del sector.

⁹ A.D. 15AnexoDosInformeTecnico.pdf

-. Adicionalmente se está realizando el mantenimiento del pavimento sobre la Carrera 20C con calle 58B, del barrio Bajo Rosales, sin que se encuentra acreditada la necesidad de establecer la prohibición de paso de vehículos pesados por la zona o de realizar controles efectivos de tránsito en el sector y señalización.

-. Además, se realizó revisión del sistema de acueducto y alcantarillado de la zona, encontrando que se encuentran en buen estado y correcto funcionamiento, sin que se evidencia una situación de riesgo respecto de la capacidad de las redes para soportar las nuevas construcciones.

2.5. Conclusión

Colofón de lo expuesto, es claro para la Sala Plural que, se configura la carencia actual de objeto por hecho superado, pues tal como se explicó ampliamente, lo que fue objeto de solicitud de protección por la actora ha sido atendido en debida forma, sin que subsista alguna amenaza a los derechos colectivos invocados, de tal manera que una eventual orden encaminada a la protección de estos resultaría inocua, pues en la actualidad no se presenta amenaza alguna a los derechos colectivos invocados en la demanda, todo lo cual fuerza declarar la carencia actual de objeto, tal como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

3. Costas

De conformidad con el artículo 38 de la ley 472 de 1998 en armonía con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo M. P. Rocío Araújo Oñate del 6 de agosto 2019, radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01, no se impondrá condena en costas.

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

FALLA

Primero: Declárase la carencia actual de objeto por **hecho superado** en el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos promovido por Doris Carmenza Hoyos Ocampo contra el municipio de Manizales, Corpocaldas y Agua de Manizales S.A. E.S.P.

Segundo: Sin condena en costas.

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

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia archívense las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema justicia siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 070 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 250

Manizales, siete (07) octubre de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 17-001-23-33-000-2022-00208-00
Naturaleza: Validez de Actos Administrativos
Demandante: Departamento de Caldas
Demandados: Municipio de Manizales y Concejo de Manizales (Caldas)

Se emite fallo, con ocasión a la solicitud de estudio de validez, respecto del Acuerdo 1117 del 22 de julio de 2022, *"Por el cual se dictan disposiciones en materia de plusvalía en el Municipio de Manizales"*.

I. Antecedentes

1. Sustento fáctico

Se expone que, el Concejo de Manizales aprobó el Acuerdo 1117 del 22 de julio de 2022, *"Por el cual se dictan disposiciones en materia de plusvalía en el Municipio de Manizales"*. Que el 22 de julio de 2022, el Ejecutivo municipal lo sancionó y el 26 de julio de 2022, fue radicado ante la Gobernación de Caldas para su revisión.

2. Normas violadas y concepto de la violación

Se argumentó que, el Acuerdo 1117 del 22 de julio de 2022 quebranta los artículos 1, 82, 95 (numeral 9); 286; 287 (numeral 3); 313 (numeral 4); el 315 (numeral 6) y el 338 de la Constitución, artículos 8; 9; 73; 74 de la Ley 388 de 1997; los artículos 31 y 73 (incisos 1 y 2) de la Ley 136 de 1994, los artículos 22, 23 (numeral 2); 31 numeral ; 33 numeral 4, 37, 38 y 39 del Acuerdo Municipal 0997 del 17 de agosto de 2018, Reglamento Interno del Concejo de Manizales, lo cual afecta su legalidad y validez.

Señaló que, el debate y socialización del Proyecto de Acuerdo 077 del 15 de junio de 2022, el cual pasó a ser el Acuerdo Municipal 1117 del 22 de julio de 2022, se dio en la Comisión Primera, sin tener en cuenta a la Comisión Segunda o de Presupuesto y Asuntos Fiscales, que de conformidad a lo estipulado en el artículo 33, numeral 4 del Reglamento Interno del Concejo de Manizales, es la competente para *"Conocer los proyectos de acuerdo sobre impuestos, tasas, contribuciones, gravámenes, reducciones, exenciones y redistribución por programas e incremento de tales gravámenes"*; debiendo ser radicado de igual manera ante esta Comisión, por tratarse de una materia de tributo -tasa.

3. Pronunciamiento de los convocados e intervinientes

3.1. Municipio de Manizales

Se opuso a la solicitud de declaración de invalidez, aceptó como ciertos los hechos referentes a la expedición del Acuerdo 1117 del 22 de julio de 2022. Sostuvo que conforme con el artículo 9 del Reglamento Interno del Concejo, siempre que existan dudas o vacíos de interpretación y aplicación del dicho reglamento, el Presidente del Concejo tendrá la facultad de definir cada situación.

Que la Comisión Primera del Concejo tramitó el proyecto de acuerdo cuestionado, por tener la facultad de estudiar los relacionados con el uso de suelo y especialmente con los planes de ordenamiento territorial, *“amen de otras que tengan afinidad con la comisión”*.

Explicó que, el Concejo en su momento expidió el Plan de Ordenamiento Territorial - POT, el cual fue desarrollado con relación a la participación de la plusvalía por medio del acuerdo que hoy es objeto de reproche por el ente departamental, quien desconoce que la génesis de la regulación de esta participación, tiene origen en la Ley 388 de 1997 y lo que hace el Concejo municipal es desarrollarlo precisando los elementos esenciales del mismo.

Concluyó que, la participación de la plusvalía tiene un carácter diferente a los que corresponderían a la Comisión Segunda; que además por la especificidad de la plusvalía, su origen legal y constitucional y por ser parte del plan del ordenamiento territorial del municipio, su competencia es exclusiva de la Comisión Primera del Concejo.

3.2 Concejo de Manizales

Aceptó como ciertos los hechos referentes a la expedición del Acuerdo 1117 del 22 de julio de 2022 y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante. Señaló que, no es voluntad del constituyente primario, del legislador o de las autoridades del orden nacional, delimitar la concepción de la plusvalía a un campo meramente fiscal o tributario.

Que el reparto del análisis del Proyecto de Acuerdo se realizó con estricta observancia de lo consagrado en el artículo 32 y siguientes del Acuerdo 0997 del 17 de agosto de 2018, pues la plusvalía no puede desligarse del POT, lo cual hace que tenga relación con el asunto número 1 de la comisión primera o de plan consistente en *“Estudiar y adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social”*.

Que sería absurdo entender que la competencia recae en la Comisión Segunda o Fiscal del Concejo, únicamente por su nombre, concepción, interpretación, acercamiento jurisprudencial o porque regule asuntos tributarios, sobre contribución, tasas y demás; pues en el ordenamiento jurídico municipal, este instrumento de financiación del POT no nace del Estatuto Tributario.

3.3. El Colectivo “Subámonos al Bus del POT” (interveniente)

Señaló que, dada la claridad del tema de la plusvalía como impuesto o contribución, hace que se torne evidente el mal manejo en el trámite de aprobación del acuerdo.

II. Consideraciones

0. Competencia y procedibilidad del medio de control

El control de validez de los actos administrativos es un procedimiento judicial de carácter preventivo que, tiene lugar por solicitud del Gobernador, con arreglo a lo señalado en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución, para *“revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez”*.

Entre tanto, el artículo 118 del Decreto 1333 de 1986 establece como atribuciones del Gobernador: *“8º Revisar los actos de los Concejos Municipales y de los alcaldes y por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez”*.

1. Problema jurídico

De acuerdo con lo expuesto por las partes, el asunto jurídico se centra en establecer: *¿el Acuerdo 1117 del 22 de julio de 2022, es inválido, toda vez que el Concejo Municipal de Manizales realizó el primer debate en la Comisión Primera Permanente y no en la Segunda?*

2. Tesis del Tribunal

El Acuerdo 1177 de 2022 *“Por el cual se dictan disposiciones en materia de plusvalía en el Municipio de Manizales”* es inválido toda vez que, estableció la tasa de participación de plusvalía en el treinta (30%) del mayor valor por metro cuadrado, lo cual hace que se tratara de una materia de competencia de la Comisión Segunda o de Presupuesto y Asuntos Fiscales, conforme al Acuerdo 0997 del 17 de agosto de 2018 -Reglamento Interno del Concejo de Manizales.

Para sustentar lo anterior se hará referencia a: i) los hechos acreditados, ii) Marco jurídico y jurisprudencias; y ii) el análisis del caso.

3. Hechos acreditados

-. La Secretaría General del Municipio de Manizales, el 15 de junio de 2022 radicó ante el Concejo de Manizales el Proyecto de Acuerdo, cuyo objeto era *“Determinar la tasa de participación de plusvalía en el treinta (30%) del mayor valor por metro cuadrado”*¹

-. Por medio de oficio 1200-00229 – CONCE – del 16 de junio de 2022, la Secretaría del Concejo de Manizales, comunicó al Presidente de la Comisión Primera o del Plan, que debían adelantar el estudio y debate del Proyecto de Acuerdo 077 de 2015, indicando además que, el ponente sería el Concejal César Augusto Díaz Zapata.²

-. El proyecto de Acuerdo 077 tuvo primer debate el 5 de julio de 2022 y segundo debate los días 11 y 21 de julio de 2022.³

-. Finalmente, el 22 de julio de 2022 el Alcalde de Manizales sancionó el Acuerdo 1117 de 2022 *“Por el cual se dictan disposiciones en materia de plusvalía en el Municipio de Manizales”*⁴, el cual dispuso:

¹ Pág. 1-3 AD “03ProyectodeAcuerdoNo077”

² Pág. 4 AD. “04Resolución104de2022”

³ Pág.38 AD”02DemandaAcuerdo1117de2022”

⁴ Pág. 37 y 39 Idem.

“Artículo 1o: Determinar la tasa de participación de plusvalía en el treinta (30%) del mayor valor por metro cuadrado en la aplicación de la plusvalía en el Municipio de Manizales, en los términos de la Ley 388 de 1997.

Artículo 2o: Autorizar o facultar al Alcalde Municipal para expedir la reglamentación e implementación de la participación en plusvalía y demás asuntos relacionados, de conformidad con lo establecido en la Ley 388 de 1997, los Decretos Nacionales Reglamentarios 1420 de 1998, 1788 de 2004 y demás normas que reglamenten o modifiquen.

Parágrafo: La presente facultad tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2023.

Artículo 3o: Se excluye como momento de exigibilidad del pago de la participación en plusvalía la transferencia de dominio al municipio cuando se origine por procesos de enajenación voluntaria, cesión anticipada obligatoria y/o expropiación. Igualmente se excluye la sucesión por causa de muerte, liquidaciones de sociedad conyugal y prescripción adquisitiva del dominio.

Artículo 4o: Derogatoria y vigencia. El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”.

4. Marco jurídico

4.1. Las comisiones permanentes y sus competencias

La Ley 136 de 1994 al respecto dispone:

ARTÍCULO 25. COMISIONES. *Los concejos integrarán comisiones permanentes encargadas de rendir informe para primer debate a los proyectos de acuerdo, según los asuntos o negocios de que éstas conozcan y el contenido del proyecto acorde con su propio reglamento. Si dichas comisiones no se hubieren creado o integrado, los informes se rendirán por las Comisiones Accidentales que la Mesa Directiva nombre para tal efecto.*

Todo concejal deberá hacer parte de una comisión permanente y en ningún caso podrá pertenecer a dos o más comisiones permanentes.

(...)

ARTÍCULO 31. REGLAMENTO. *Los concejos expedirán un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a las comisiones, a la actuación de los concejales y la validez de las convocatorias y de las sesiones.*

(...)

ARTÍCULO 73. DEBATES. *Para que un proyecto sea Acuerdo, debe aprobarse en dos debates, celebrados en distintos días. El proyecto será presentado en la Secretaría del Concejo, la cual lo repartirá a la comisión correspondiente donde se surtirá el primer debate.*

La Presidencia del Concejo designará un ponente para primero y segundo debate. El segundo debate le corresponderá a la sesión plenaria.

Los proyectos de acuerdo deben ser sometidos a consideración de la plenaria de la corporación tres días después de su aprobación en la comisión respectiva...”. (Se resalta)

Según esta norma, para que un proyecto sea acuerdo, se deben cumplir los requisitos de: i) presentación del proyecto ante la secretaría del concejo; ii) que haya sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente del concejo; iii) que haya sido aprobado en segundo debate en la plenaria de la corporación, 3 días después de su aprobación en la comisión respectiva; y iv) que haya sido sancionado por el señor alcalde.

Además, en cada concejo municipal debe expedir un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a las comisiones

5. Análisis sustancial del caso

El departamento de Caldas hace alusión al incumplimiento del requisito relacionado con que el proyecto sea aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente, al considerar que no debió llevarse a cabo en la Comisión Primera sino en la Segunda.

En atención a esto, al revisar el reglamento interno del Concejo de Manizales - Acuerdo 0997 del 17 de agosto de 2018⁵, se tiene que, a la Comisión Primera le corresponde:

“ARTÍCULO 32. COMISIÓN PRIMERA O DEL PLAN: Es función básica de esta comisión surtir el primer debate a los proyectos de acuerdo relacionados con los siguientes asuntos:

- 1. Estudiar y adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social.*
- 2. Estudiar y adoptar los correspondientes planes y programas de ordenamiento territorial.*
- 3. Los que tengan por objeto la enajenación y destinación de bienes municipales y la asignación o cambio de uso de inmuebles, cuando el Concejo sea competente para ello.*
- 4. Conocer de los proyectos relacionados con autorizaciones al Alcalde para celebrar los respectivos contratos.*
- 5. De los proyectos de acuerdo encaminados a determinar las áreas urbanas y suburbanas de la cabecera municipal, fijando el respectivo perímetro urbano.*
- 6. Determinar la nomenclatura de las vías públicas y de los predios urbanos.*
- 7. La reglamentación de los usos del suelo y dentro de los límites que fije la Ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.*
- 8. Estudiar la viabilidad de los proyectos que presente el Alcalde sobre obras públicas a realizar y vigilar su ejecución.*
- 9. Conocer de los proyectos de acuerdo presentados por los concejales que tengan incidencia sobre los planes y programas ya aprobados.*
- 10. Estudiar los proyectos sobre creación de barrios, previo concepto de planeación municipal para asignarles su respectivo nombre (o cambio del mismo).*
- 11. Estudiar y hacer seguimiento sobre la ejecución de obras y programas que no estén incluidos en el plan anual de inversiones.*
- 12. Conocer los planes, programas y proyectos relacionados con las comunas y corregimientos, así como los relacionados con su creación, supresión o modificación.*
- 13. Hacer seguimiento a las políticas públicas adoptadas en el municipio de Manizales sin perjuicio de que esta atribución la puedan ejercer las demás comisiones.*
- 14. Las demás que le atribuya el Presidente del Concejo o la plenaria de la Corporación, que tengan afinidad con la comisión”.*

A la Comisión Segunda le corresponde:

“ARTÍCULO 33. COMISIÓN SEGUNDA O DE PRESUPUESTO Y ASUNTOS FISCALES: La función básica de esta comisión es surtir el primer debate a los proyectos de acuerdo relacionados con los siguientes asuntos:

⁵ AD. “Acuerdo0997deldeagosto2018”

1. *Estudiar y decidir sobre las Normas Orgánicas del Presupuesto Municipal y conocer anualmente el presupuesto de rentas y gastos, el cual deberá estar acorde con el plan de desarrollo municipal.*
2. *Determinar la estructura de la administración municipal, del Concejo, de la personería, de la contraloría, fijar las funciones de sus dependencias establecer las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos.*
3. *Conocer todo proyecto de acuerdo o resolución que tenga que ver con el gasto público o que altere el presupuesto vigente.*
4. *Conocer los proyectos de acuerdo sobre impuestos, tasas, contribuciones, gravámenes, reducciones, exenciones y redistribución por programas e incremento de tales gravámenes.*
5. *Rendir informe semestral al Concejo sobre el estado del presupuesto y su ejecución por parte de la administración, la personería y la contraloría municipal y presentar las sugerencias y observaciones que considere oportunas.*
6. *Conocer sobre la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y plan municipal de desarrollo.*
7. *Presentar anualmente un informe con las observaciones que estime convenientes sobre el comportamiento tributario municipal con el fin de mantenerlo actualizado.*
8. *Las demás que le atribuya el Presidente del Concejo o la plenaria de la Corporación que tengan afinidad con la comisión”.*

De lo anterior se evidencia que, la Comisión Segunda o de Presupuesto y Asuntos Fiscales del Concejo de Manizales, tiene competencia para surtir el primer debate de proyecto de acuerdo, relativos a impuestos, tasas, contribuciones, gravámenes, entre otros asuntos.

Ahora bien, el Acuerdo 1117 de 2022, *“Por el cual se dictan disposiciones en materia de plusvalía en el Municipio de Manizales”*⁶, y que es objeto de análisis, dispuso: *“Determinar la tasa de participación de plusvalía en el treinta (30%) del mayor valor por metro cuadrado en la aplicación de la plusvalía en el Municipio de Manizales”*.⁷

Sobre la participación en la plusvalía, la Ley 388 de 1997, señala:

“ARTICULO 73. NOCIÓN. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 de la Constitución Política, las acciones urbanísticas que regulan la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano incrementando su aprovechamiento, generan beneficios que dan derecho a las entidades públicas a participar en las plusvalías resultantes de dichas acciones. Esta participación se destinará a la defensa y fomento del interés común a través de acciones y operaciones encaminadas a distribuir y sufragar equitativamente los costos del desarrollo urbano, así como al mejoramiento del espacio público y, en general, de la calidad urbanística del territorio municipal o distrital.

Los concejos municipales y distritales establecerán mediante acuerdos de carácter general, las normas para la aplicación de la participación en la plusvalía en sus respectivos territorios.”

Sobre la naturaleza de la participación en la plusvalía la Corte Constitucional en sentencia C-249 de 2019, señaló:

⁶ Pág. 37 y 39 Idem.

⁷ Artículo 1 Acuerdo No. 1117 de 2022.

“Ese tributo tiene fuente constitucional en el artículo 82 Superior⁸, norma que reconoce el derecho que tienen las entidades públicas a participar en la plusvalía que produce la acción urbanística. En efecto, esa contribución grava el mayor valor que asumen los inmuebles como resultado de las acciones urbanísticas que son implementadas por las entidades públicas frente a la utilización del suelo y espacio aéreo urbano.” (se destaca)

En cuanto a los elementos de esta contribución señalo, que:

“El artículo 74 de la Ley 388 de 1997 establece que los hechos generadores de la plusvalía son las siguientes acciones urbanísticas: “(i) “La incorporación de suelo rural a suelo de expansión urbana o la consideración de parte del suelo rural como suburbano. (ii) El establecimiento o modificación del régimen o la zonificación de usos del suelo (ii) La autorización de un mayor aprovechamiento del suelo en edificación, bien sea elevando el índice de ocupación o el índice de construcción, o ambos a la vez”. Aunque, para que se produzca el hecho generador se requiere que se expida un acto administrativo que ordene una acción urbanística (e.g. Plan de Ordenamiento Territorial) y la autorización específica del aprovechamiento del uso del suelo o del área de edificación dispuesto en el plan de ordenamiento territorial y los instrumentos que la desarrollan (e.g. Licencia o permiso de construcción).

Así mismo, los “sujetos activos son las entidades públicas y, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 388 de 1997 los distritos y municipios; los sujetos pasivos son los propietarios o poseedores al tenor de lo dispuesto en los artículos 81 y 83 de la Ley 388 de 1997”. Por su parte, “la base gravable está dada por la diferencia del precio comercial por metro cuadrado con antelación y con posterioridad a una acción urbanística y, por último, según el artículo 79 de la Ley 388 de 1997 la tarifa puede estar entre el 30% y el 50% del mayor valor por metro cuadrado.”⁹ (se destaca).

El Consejo de Estado sobre su finalidad y naturaleza señaló que:

“Según la Ley 388 de 1997, la participación en plusvalía es el tributo que pueden cobrar los municipios o distritos a los propietarios o poseedores de bienes inmuebles ubicados en su jurisdicción, como consecuencia de una actuación administrativa consistente en una acción urbanística relacionada con la incorporación del suelo rural al de expansión urbana, o de la clasificación de parte del suelo rural como urbano, o del cambio de uso del suelo o del mayor aprovechamiento del suelo.

...

Según lo anterior, la propia Ley 388 de 1997 diferencia entre el cálculo del efecto plusvalía, y el cálculo de la participación en la plusvalía: El efecto plusvalía (esto es, el mayor valor obtenido por cada predio como resultado de la acción urbanística del municipio) será igual al mayor valor por metro cuadrado del predio, multiplicado por el total de la superficie del mismo; mientras que para el cálculo de la participación en plusvalía (el tributo derivado de tal acción urbanística), debe partirse de la totalidad del área del mismo, y a ello debe descontarse el área correspondiente a las cesiones urbanísticas obligatorias y a las eventuales afectaciones que recaigan sobre el inmueble, siempre que se encuentren contempladas en el Plan de Ordenamiento Territorial”.¹⁰

⁸ “ Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común”.

⁹ Sentencia C-249 de 2019

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 22 de mayo de 2022. Rad. 05001-23-31-000-2010-01339-01 (25384)

“(…) un instrumento urbanístico que permite capturar los aumentos de valor de la tierra, concretamente, los que se producen por una decisión administrativa sobre el uso del suelo, que es un bien propiedad del Estado. Por lo tanto, aun cuando comparte algunos rasgos con los tributos, su naturaleza es propia, de allí que encaje mejor dentro del sistema de reparto y del principio de distribución equitativa de cargas y beneficios del derecho urbano. La finalidad de la participación en comento, más que proveer el financiamiento del gasto público, es captar el plusvalor para evitar fenómenos económicos indeseables, como la especulación que se da ante el imperfecto mercado del suelo, y redistribuirlo mediante gastos que permitan desarrollar el derecho a la ciudad”.¹¹

“Esta Sala ha dicho que la plusvalía es el tributo que pueden cobrar los municipios o distritos a los propietarios o poseedores de bienes inmuebles ubicados en su jurisdicción, como consecuencia de una actuación administrativa consistente en una acción urbanística relacionada con: i) la incorporación de suelo rural a suelo de expansión urbana o la consideración de parte del suelo rural como suburbano, ii) el establecimiento o modificación del régimen o zona del uso del suelo y iii) la autorización de un mayor aprovechamiento del suelo por una edificación, bien sea elevando el índice de ocupación o el índice de construcción, o los dos”.¹²

Incluso, en la exposición de motivos del Proyecto de Acuerdo 77 de 2022, se hizo referencia a la naturaleza jurídica de la participación en la plusvalía, así:

*“En torno a su naturaleza jurídica, debemos entender que **la participación en plusvalía es una contribución de rango constitucional** asumida por los ciudadanos que reúnan determinados requisitos o incurran en ciertas circunstancias establecidas previamente en la ley, (...)*

*Se trata entonces de un **tributo** que se genera a partir de una acción urbanística que regula la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano incrementando su aprovechamiento, que graba el mayor valor por metro cuadrado multiplicado por el total de la superficie objeto de la participación en la plusvalía o el mayor valor generado por el potencial adicional de edificación de cada predio individual multiplicado por el precio de referencia, dependiendo cuál sea el hecho generador; siendo deber de los municipios y distritos adoptar las medidas necesarias para implementar el cobro de esa participación.*

*Esta **contribución** debe ser asumida por los ciudadanos que reúnan determinados requisitos o incurran en ciertas circunstancias establecidas previamente en la ley, (...)*

*Conforme lo establecido en la Ley 388 de 1997 **dicho tributo debe ser regulado en un acuerdo general**, expedido por los concejos municipales, en el que se desarrollen todos sus elementos específicos como lo son Sujeto Activo -quien ha sido facultado por la ley para percibir y administrar los tributos que recauda-, el Sujeto Pasivo -toda persona natural o jurídica que tiene la obligación de cumplir con el pago de los tributos siempre-, el Hecho Generador -manifestación externa del hecho imponible-, la Base Gravable - valor monetario o unidad de medida del hecho imponible sobre el cual se aplica la tarifa del impuesto para, establecer el valor*

¹¹Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 3 de diciembre de 2020. Rad. 25000-23-37-000-2012-00375-02(23540) 2020CE-SUJ-4-006

¹²Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia. Rad. 25000-23-27-000-2011-00123-01(19658), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

de la obligación tributaria- y la Tarifa - porcentaje que se le aplica a la base gravable para determinar cuál es el valor de la obligación tributaria...".¹³ (Se destaca)

Por lo tanto, es claro que el Proyecto de Acuerdo que se convirtió en el Acuerdo 1117 de 2022 correspondía a una contribución, y por lo tanto que debía ser analizado en primer debate en la Comisión Segunda o de Presupuesto y Asuntos Fiscales, de conformidad con el numeral 4 del Artículo 3 del citado Reglamento Interno del Concejo de Manizales.

Ahora bien, sostiene el municipio de Manizales y el Concejo Municipal que la Comisión Primera sí era la competente para tramitar el primer debate del proyecto de acuerdo toda vez que, dicha comisión tiene la facultad de estudiar aquellos relacionados con el uso de suelo y especialmente con los planes de ordenamiento territorial; que el Concejo había expedido el POT y, en éste, se desarrolló la participación de la plusvalía y además, ni la Constitución, ni la Ley conciben la plusvalía en un campo meramente fiscal o tributario, razón por la cual debía repartirse el proyecto de acuerdo a la comisión primera, toda vez que no puede desligarse la plusvalía del POT.

Al respecto cabe señalar que, si bien el ordenamiento territorial y la participación en plusvalía son asuntos que están relacionados, pues esta depende de las determinaciones que se adopten respecto a la distribución u ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo, no por ello puede afirmarse que su estudio en primer debate debía realizarse por la Comisión Primera encargada del estudio del Plan de Ordenamiento Territorial; además, la definición de la tarifa que se le aplica a la base gravable para determinar cuál es el valor de la obligación tributaria, es un asunto que encaja en los asuntos de competencia de la Comisión Segunda del Concejo.

Para dar mayor ilustración, basta analizar la exposición de motivos del Proyecto de Acuerdo 77 de 2022, en la que se reconoció la naturaleza y finalidad diferente entre dichos asuntos:

*"Si bien esta norma regula en un mismo compendio lo concerniente al ordenamiento territorial de los municipios y los distritos y la participación en plusvalía, como aspectos técnicamente relacionados, por cuánto está última depende de las determinaciones que se adopten respecto a la distribución u ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo, tal relación sustancial se limita exclusivamente a la determinación de las áreas que serán objeto de participación, más no a los elementos específicos del tributo. **Situación que no debería ser reglamentada por el Acuerdo que establece todo lo relacionado con el Plan de Ordenamiento Territorial, sino por uno general e independiente, por cuánto la naturaleza y finalidad de uno y otro acuerdo son totalmente diferentes.***

(...)

Por otro lado, no puede desconocerse que el monto de la participación es un aspecto fundamental para el cumplimiento de los fines de este tributo, razón por la cual, no debe estar alejado de la realidad social y económica del territorio cuya participación se exige, pues ello podría redundar en la imposibilidad de lograr el recaudo proyectado y en un impacto desmedido para el patrimonio de los administradores...".¹⁴ (se destaca)

Por lo tanto, es claro que, el proyecto de acuerdo que se convirtió en el Acuerdo 1117 de 2022, debía ser analizado en primer debate en la Comisión Segunda o de Presupuesto, de

¹³ Pág. 5-15 AD. "03ProyectodeAcuerdoNo077"

¹⁴ Pág. 5-15 AD. "03ProyectodeAcuerdoNo077"

conformidad con el numeral 4 del Artículo 3 del Reglamento Interno del Concejo de Manizales.

Respecto a la trascendencia de la distribución y asignación de competencia, al momento de deliberar los asuntos propios de su materia, sirve de ilustración lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-011 de 2013, en tanto señaló:

“Existen importantes razones que justifican la existencia de diferentes comisiones al interior del Congreso de la República, a las cuales les serán distribuidos los proyectos de ley y de acto legislativo, según la materia que regulen: (i) Permite un trámite más eficiente de las iniciativas legislativas, por cuanto los proyectos se asignarán al grupo de congresistas, en cada una de las cámaras legislativas, que cuente con mayores conocimientos sobre el tema regulado, lo cual facilita el cumplimiento de las funciones del Congreso dentro de un régimen jurídico, democrático y participativo. (ii) Facilita la distribución racional de las actividades del órgano legislativo, por cuanto permite un reparto adecuado y sin sobrecarga para ninguna de dichas comisiones. (iii) La asignación de manera organizada y sistemática por temas a las diferentes comisiones, redundan en una mayor garantía de publicidad de las actuaciones y deliberaciones en el trámite y aprobación de los proyectos de ley. (iv) Permite la realización de debates más especializados que favorecen el proceso legislativo, pues los congresistas que hagan parte de cada una de las comisiones laborarán sobre materias de su interés, que guarden relación con su área de formación o de experiencia laboral. (v) Facilita el ejercicio del control político directo por parte de la población.”

Así, la distribución y asignación de competencias al interior del Concejo de Manizales, no es una cuestión fútil, por el contrario, dicho reparto permite que sean analizados los proyectos de acuerdo atendiendo la especialidad de las materias que se pretendan llevar a Acuerdos, garantizando: i) la eficiencia en el análisis de la especialidad; ii) reparto adecuado en sus diferentes comisiones; iii) la asignación organizada y sistemáticas de los temas, iv) los debates se dan de forma especializada y v) un mayor control político de los proyectos de acuerdo.

De otra parte, el municipio de Manizales sostiene que, de conformidad con el artículo 9 del Reglamento Interno del Concejo de Manizales, siempre que existan dudas o vacíos de interpretación y aplicación del dicho reglamento, el Presidente del Concejo tendrá la facultad de definir cada situación; sin embargo, en el presente asunto no se advierte ninguna duda respecto a la materia de que trató el proyecto de Acuerdo que se convirtió en el Acuerdo 1117 de 2022.

Lo anterior, denota un vicio en el proceso de formación del acuerdo municipal y, por tanto, afecta su validez por expedición irregular, toda vez que, la esencia misma del trámite de todo proyecto de acuerdo municipal busca que se realicen dos debates que se agotarán por la comisión permanente o accidental en el primero, y la plenaria en el segundo, incumpléndose en este caso lo relativo al primer debate, el cual de conformidad con la Ley 136 de 1994, en concordancia con el Acuerdo 0997 del 17 de agosto de 2018 (reglamento interno), se debe surtir en la comisión permanente que tenga asignado el asunto.

5. Conclusión

Colofón de lo expuesto, el Acuerdo 1177 de 2022, "Por el cual se dictan disposiciones en materia de plusvalía en el Municipio de Manizales" es inválido, toda vez que, estableció la tasa de

participación de plusvalía en el treinta (30%) del mayor valor por metro cuadrado, lo cual hace que se tratara de una materia que era competencia de la Comisión Segunda o de Presupuesto y Asuntos Fiscales, conforme al Acuerdo 0997 del 17 de agosto de 2018 - Reglamento Interno del Concejo de Manizales.

Por lo anterior, se declarará la invalidez del Acuerdo 1117 del 22 de julio de 2022 expedido por el Concejo de Manizales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. FALLA

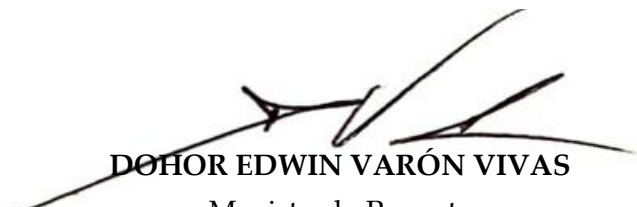
Primero: Declarar la invalidez de Acuerdo No. 1117 del 22 de julio de 2022, "*Por el cual se dictan disposiciones en materia de plusvalía en el Municipio de Manizales*" expedido por el Concejo de Manizales.

Segundo: Comuníquese esta determinación al Alcalde de Manizales, al Presidente del Concejo de la misma localidad y al Gobernador de Caldas.

Tercero: En firme esta sentencia, **archivar** el expediente previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 070 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado
(Salva Voto)



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17-001-23-33-000-2019-00097-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	GUSTAVO CÁRDENAS CARDONA
DEMANDADO	INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO – ICA

En virtud de lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 446 de 1998, procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo en que incurrió el Instituto Colombiano Agropecuario –ICA- al no resolver la petición presentada el 1° de agosto de 2018, encaminada a obtener el reconocimiento y pago de los valores adeudados por la relación laboral sostenida entre las partes.
2. Declarar que el señor Cárdenas Cardona sostuvo una relación laboral, por cuanto prestó sus servicios personales bajo subordinación o dependencia y recibiendo una contraprestación por los servicios en calidad de médico veterinario zootecnistas de apoyo a la gestión en el ICA.
3. Declarar que el demandante en virtud de su relación laboral con el ICA tiene derecho a que la administración reconozca, liquide y pague el retroactivo salarial y prestacional (cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes salud, pensión, parafiscales) adeudado desde el 1° de febrero de 2008 al 30 de diciembre de 2015, las cuales no han sido canceladas, por haber estado vinculado a la entidad por medio de contrato de prestación de servicios.
4. Reconocer y liquidar los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud y pensión (ordenar su devolución en el porcentaje correspondiente al empleador) de igual

manera devolver el porcentaje correspondiente a los parafiscales (subsidio familiar), debido a que el actor realizó esos pagos mientras sostuvo la relación laboral con el ICA.

5. Reconocer que el actor efectuaba sus labores en iguales condiciones de horario, labores asignadas, subordinación y remuneración que los funcionarios que se encontraban vinculados en provisionalidad o propiedad en el ICA.

6. Reconocer que el demandante durante el tiempo que laboró para el ICA mantuvo una relación de carácter laboral ya que se dieron los requisitos para lo que se denomina contrato realidad, como lo son el salario, la subordinación y la prestación personal del servicio, al igual que quienes se encuentran nombrados en provisionalidad o propiedad, además que siempre, durante el tiempo laborado, existió solución de continuidad.

7. Cancelar al actor todos los salarios, prestaciones, subsidio familiar y demás acreencias laborales de acuerdo a la última tabla salarial aprobada para los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, con su correspondiente indexación.

8. Cancelar el valor correspondiente al pago de la póliza de cumplimiento realizado por el accionante para la ejecución de cada contrato.

9. Cancelar la indexación o corrección monetaria y los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas desde el momento en que se debieron cancelar dichas sumas de dinero y hasta cuando se haga el pago efectivo.

10. Reconocer la indemnización consagrada en la Ley 244 de 1995.

11. Cancelar el valor correspondiente al pago del IVA realizado para la ejecución de cada contrato.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, a título de restablecimiento del derecho, condenar a la demandada:

1. Liquidar y pagar el retroactivo salarial y prestacional (cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, vacaciones) adeudado desde el 1º de febrero de 2008 al 30 de diciembre de 2015, los cuales no han sido pagados por haber estado vinculado a la entidad por medio de contratos de prestación de servicios.

2. Realizar el reintegro de los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud y pensión (en el porcentaje que le correspondía al empleador) de igual manera devolver

el porcentaje correspondiente al empleado respecto a los parafiscales, debido a que el actor realizó el pago de estos mientras sostuvo la relación laboral con el ICA.

3. Cancelar la indexación o corrección monetaria e intereses moratorios sobre las sumas adeudadas desde el momento en que se debieron cancelar y hasta cuando se realice su pago.
4. Reconocer la indemnización de que trata la Ley 244 de 1995.
5. Condenar a agencias en derecho y costas causadas con motivo del proceso.

HECHOS

- El demandante laboró para el Instituto Colombiano Agropecuario –ICA- Seccional Risaralda dando apoyo a la ejecución de actividades propias de la Subgerencia de Protección y Regulación Pecuaria entre el 1º de febrero al 30 de diciembre de 2008, mediante contrato de prestación de servicios.
- En el año 2009 celebró otro contrato de prestación de servicios con el ICA – Seccional Risaralda para desempeñar labores en la Subgerencia de Protección Animal – Dirección Técnica de Sanidad Animal.
- En el período comprendido entre el 2010 y el 2015 laboró para el ICA – Seccional Caldas, mediante diversos contratos de prestación de servicios.
- Que en desarrollo de todos los contratos de prestación de servicios se mantuvo una relación de carácter laboral ya que se evidenciaron los elementos de remuneración, subordinación y prestación personal del servicio, sin que se le cancelaran los salarios y prestaciones sociales que se derivan de un vínculo de esta naturaleza.
- Que tampoco se le han cancelado, reconocido y liquidado los aportes al sistema de seguridad social, subsidio familiar, prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, en igualdad de condiciones a un empleado público.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58; Decreto 2277 de 1979; Ley 115 de 1994 y demás normas concordantes.

Indicó que tanto la ley como la jurisprudencia dan prevalencia al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación, y en este caso el demandante suscribió con el ICA desde el año 2008 al año 2015 contratos de prestación de servicios que escondieron una relación laboral entre las partes, ya que se dieron los requisitos de subordinación, remuneración y prestación personal del servicio, lo que genera que no solo deba reconocerse ese vínculo laboral, sino las prestaciones sociales y demás rubros que de ella se derivan.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO – ICA: contestó la demanda de manera extemporánea.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: en síntesis, adujo que los medios de prueba lograron demostrar que los contratos de prestación de servicios disfrazaron una relación de carácter laboral que se configuró entre las partes, ya que se acreditó la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación o dependencia, aunado a que desempeñaban funciones propias de la misión de la entidad.

Parte demandada: precisó que los contratos de prestación de servicios no generan ninguna relación de carácter laboral, y en este caso en los celebrados se establecieron las condiciones jurídicas para la ejecución de una relación de carácter contractual, por cuanto se justificó de manera adecuada la necesidad que daba origen a cada uno.

Resaltó que el demandante tuvo autonomía dentro de la ejecución de los contratos para disponer si la prestación del servicio la realizaba personalmente a su libre disposición, incluso contó con la posibilidad de ceder el contrato de prestación de servicios; y, además, se probó que lo que existía entre las partes era una coordinación de actividades.

En relación con la prescripción relacionó sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, y manifestó que, prescriben los derechos que no fueron reclamados dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo contractual; pero que no ocurría lo mismo con aquellos aportes que se debieron efectuar al sistema de seguridad social en pensiones, frente a lo cual el juez debe pronunciarse.

Que, en el caso concreto, la relación contractual terminó el 30 de diciembre de 2015, y el 1° de agosto de 2018 se presentó la reclamación, es decir, cuando ya habían prescrito las acreencias que se reclaman con la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto de fondo.

CONSIDERACIONES

No observa esta Sala irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí rituado, y procederá en consecuencia a tomar una decisión de fondo en el presente litigio.

Problemas jurídicos

1. ¿En el vínculo contractual que unió al señor Gustavo Cárdenas Cardona con el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, se configuraron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, que permitan declarar una verdadera relación laboral entre las partes?

Si la respuesta es positiva, se deberá resolver:

2. ¿Le asiste derecho al señor Gustavo Cárdenas Cardona a que se le reconozcan, liquiden y paguen las sumas de dinero solicitadas en la demanda?

3. ¿Le asiste derecho al demandante a la devolución de los aportes realizados al sistema de seguridad social integral en la proporción que le correspondía al empleador por el período que duraron las vinculaciones por prestación de servicios?

4. ¿Se configuró la prescripción extintiva del derecho?

Lo probado

➤ Que entre el señor Gustavo Cárdenas Cardona y el ICA se celebraron los siguientes contratos de prestación de servicios:

CONTRATO NÚMERO	DURACIÓN	HONORARIOS	OBJETO
CSR-005-2008	1° de febrero al 30 de diciembre de 2008	\$23.760.000 correspondientes a 11 pagos por valor mensual de \$2.000.000	Prestar apoyo en la ejecución de las actividades propias de la Subgerencia de Protección y Regulación Pecuaria en el departamento de Risaralda como: regulación, prevención, detección, manejo y erradicación de problemas sanitarios endémicos y exóticos, los cuales incluyen: a) visitas a fincas; b) toma de muestras; c) verificación y cumplimiento de normatividad a plantas de beneficio, plazas de ferias y movilizaciones de animales en pie; d) realizar visitas de verificación de cumplimiento de requisitos para inscripción, caracterización e inocuidad de granjas; e) actividades de transferencia tecnológica (capacitación y elaboración de material divulgativo); f) visitas a almacenes distribuidores de insumos pecuarios; g) atención a sospecha de enfermedades.
RIS(P)-093-281 de 2009	9 de marzo al 30 de diciembre de 2009	\$20.160.000 pagaderos con corte al 30 de cada mes: en el mes de marzo la suma de \$1.582.526, y los siguientes 9 meses en mensualidades vencidas de \$2.064.164, o proporcional por fracción de mes si se diera el caso.	Prestación de servicios profesionales en la Subgerencia de Protección Animal – dirección técnica de sanidad animal con sede en oficina de Pereira con el fin de dar cumplimiento a las actividades que se adelantan relacionadas con el control de enfermedades aviares tanto de origen bacteriano como viral.
CAL(P)-91-154-2010	28 de enero al 27 de diciembre de 2010	\$24.393.600 pagaderos el 30 de cada mes, en mensualidades vencidas de \$2.217.600 o proporcional por fracción de mes	Prestación de servicios como médico veterinario zootecnista, con experiencia en la parte de control de enfermedades aviares tanto de origen bacteriano como viral.
CAL (P)-175-2011	2 de febrero al 30 de diciembre de 2011	\$25.135.000 pagaderos con corte al 30 de cada mes, en mensualidades vencidas de \$2.285.000 o proporcional por fracción de mes	Prestación de servicios como médico veterinario para coordinar las actividades de los programas de prevención, control y erradicación de las enfermedades aviares de control oficial y atención a las presentaciones inusuales de otras enfermedades de manera independiente, es decir, sin que exista subordinación jurídica, utilizando sus propios medios.
CAL-(P)-195-2012	1 de febrero al 30 de diciembre de 2012	\$25.894.000 pagaderos con corte al día 30 de cada mes, en mensualidades vencidas de \$2.354.000, o proporcional por fracción de mes	Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión para apoyar la coordinación de las actividades de los programas de prevención, control y erradicación de las enfermedades aviares de control oficial y atención a las

			presentaciones inusuales de otras enfermedades en el departamento de Caldas de manera independiente, es decir, sin que exista subordinación jurídica, utilizando sus propios medios.
CAL-1373-2013	3 de abril al 30 de diciembre de 2013	\$21.960.000 pagaderos en mensualidades vencidas de \$2.440.000 así: a) un primer pago por el valor correspondiente a los días comprendidos desde el cumplimiento de los requisitos de ejecución, previo su perfeccionamiento y legalización hasta el 30 del respectivo mes; b) siete pagos iguales por valor de \$2.440.000 para ser efectuados al finalizar cada uno de los meses de mayo a diciembre; c) un pago por valor de \$1.220.000 correspondiente al periodo comprendido entre el 1 al 15 de diciembre; d) un último pago por valor de \$1.220.000 correspondiente al periodo del 16 al 30 de diciembre de 2013.	Prestación de servicios para apoyar al líder aviar seccional en el desarrollo de las actividades de los programas de prevención, control y erradicación de las enfermedades aviares de control oficial y atención a las presentaciones inusuales de otras enfermedades en la gerencia seccional, de manera independiente, es decir, sin que exista subordinación jurídica de índole laboral, utilizando el contratista sus propios medios.
CAL-339-2014	17 de enero al 30 de diciembre de 2014	\$28.901.800 así: a) un primer pago por el valor correspondiente a los días comprendidos desde el cumplimiento de los requisitos de ejecución, previo su perfeccionamiento y legalización (expedición del registro presupuestal y aprobación de la garantía única) hasta el 30 del respectivo mes; b) once pagos iguales por valor de \$2.513.200 para ser efectuados al	Prestación de servicios profesionales en los programas sanitarios de la Subgerencia de Protección Animal.

		finalizar cada uno de los meses de febrero a diciembre de 2014.	
CAL-PS-2021-2015	20 de enero al 30 de diciembre de 2015.	\$ 29.785.000 así: a) un primer pago por el valor correspondiente a los días comprendidos desde el cumplimiento de los requisitos de ejecución, previo su perfeccionamiento y legalización hasta el 30 del respectivo mes; b) 10 pagos iguales por valor de \$2.590.000 correspondientes a los meses de febrero a noviembre; c) un último pago por el saldo del valor total de contrato pagadero en el mes de diciembre	Prestación de servicios profesionales para apoyar la ejecución de los programas sanitarios, adelantados por la Subgerencia de Protección Animal

- En los contratos, más específicamente en la cláusula que determinaban las obligaciones del contratista, se consignó que este debía acreditar la afiliación a los sistemas de salud, pensión y administradora de riesgos profesionales, y presentar constancias actualizadas de la respectiva cotización al momento de iniciar el contrato y para los correspondientes pagos de honorarios.
- Reposan los informes de actividades y los soportes de los pagos a seguridad social correspondientes a los contratos celebrados en los años 2008 a 2015 (fls. 33 a 559).
- Mediante derecho de petición radicado el 1° de agosto de 2018, el demandante solicitó al director del ICA el reconocimiento de una relación laboral entre las partes derivada de los contratos de prestación de servicios suscritos entre los años 2008 a 2015 (fls. 560 a 570).

Cuestión previa

Según el material probatorio, el día 1° de agosto de 2018 el demandante presentó petición al Instituto Colombiano Agropecuario - ICA con la finalidad de que se declarara que entre las partes existió una relación laboral derivada de los contratos de prestación de servicios suscritos entre los años 2008 a 2015, con el consecuente pago de los derechos económicos

que de ellos se derivaran, sin que repose prueba de que la misma fue resuelta dentro de los plazos legales establecidos en el CPACA, lo que denota la configuración del acto administrativo ficto negativo en relación con la mencionada solicitud.

En el desarrollo de los problemas jurídicos, se determinará entonces si es procedente declarar su nulidad.

Primer problema jurídico

¿En el vínculo contractual que unió al señor Gustavo Cárdenas Cardona con el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, se configuraron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, que permitan declarar una verdadera relación laboral entre las partes?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que entre señor Gustavo Cárdenas Cardona y la entidad demandada existió una verdadera relación laboral, habida cuenta que el acervo probatorio recaudado devela los tres elementos constitutivos de una relación de este tipo como lo son: i) la prestación personal del servicio, ii) la remuneración como contraprestación del mismo y iii) la continuada subordinación laboral.

Regulación del contrato de prestación de servicios

Tratándose del contrato de prestación de servicios, el Estatuto de Contratación Estatal - Ley 80 de 1993- en su artículo 32 numeral 3 estableció:

Son contratos de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente necesario.

Valga precisar que los apartes que subraya la Sala fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997: “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”; lo que significa que el trabajador puede acudir en vía judicial a controvertir lo plasmado en el contrato, en aplicación del principio

de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado por el artículo 53 de la Constitución Política:

ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Subrayado fuera de texto).

La Honorable Corte Constitucional en la precitada sentencia se refirió a este principio y manifestó:

El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

En la misma providencia, se señalaron las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo en los siguientes términos:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

A su vez, el Consejo de Estado en jurisprudencia de su Sección Segunda¹ ha reforzado la anterior postura así:

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

Finalmente, se advierte que el Consejo de Estado² unificó recientemente mediante sentencia los criterios necesarios para definir la existencia de una verdadera relación laboral en el siguiente sentido:

(...) 101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y

¹ Consejo De Estado, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcionarial. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación - que aquí se consolida- ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

104. i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina

o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. *iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.*

108. *A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En -cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige- de 2008 suscrito el 30 de seti que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral.*

2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.

2.3.3.4. Remuneración

110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.”(Subraya la Sala).

De acuerdo a lo reseñado, el contrato de prestación de servicios con una entidad puede ser desvirtuado cuando se demuestre que además de la prestación personal del servicio y la remuneración o retribución ha tenido lugar la subordinación o dependencia respecto del empleador, lo que confiere el derecho al pago de salarios y prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Prestación personal del servicio

De los acuerdos de voluntades suscritos entre el señor Cárdenas Cardona y el ICA se observa como común denominador que estos se circunscribieron a que él prestara sus servicios como médico veterinario zootecnista apoyando las diversas actividades que quedaron plasmadas en los contratos, las cuales se prestaban en el área pecuaria, aviar y de protección animal.

Practicadas las pruebas, efectivamente se demostró que el accionante cumplió personalmente las obligaciones a las que se comprometió en los contratos, lo cual se comprueba con los testimonios y con los documentos aportados al proceso, que dan cuenta de la relación de actividades mensuales que llevaba a cabo el señor Cárdenas Cardona.

Remuneración

De acuerdo a lo estipulado en los contratos de prestación de servicios, se estableció una suma global como valor del contrato la cual posteriormente se fraccionaba de manera mensual.

Así las cosas, para este juez colegiado es evidente que el demandante recibió remuneración por parte de la entidad accionada como contraprestación por sus servicios, por lo que el segundo de los elementos que configura la relación laboral se encuentra también acreditado.

Subordinación laboral

Sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el actor prestó sus servicios se informó lo siguiente por parte de los testigos:

María Cristina Aguirre Gaviria

- La declarante tuvo vinculación con el ICA mediante contrato de prestación de servicios, y estaba encargada de la Subgerencia de Pesca en Risaralda.
- Conoció al demandante porque ambos trabajaron en la entidad; ella hizo la práctica universitaria en el año 2008, más o menos, y luego la vincularon. Cuando ella hizo la práctica el actor ya trabajaba en el instituto, también como contratista. La testigo manejó la Subgerencia de Pesca por espacio de un año, finalizando alrededor de 2009.
- Indicó que al actor lo conoció porque él lideraba el proyecto de avicultura.
- En cuanto a la relación que tenía el área de pesca con la de avicultura, hablando de funciones, adujo que ella y el demandante estaban juntos en la oficina del ICA, aunque eran dos proyectos muy diferentes; y también coincidían cuando había reuniones y llamaban a los líderes de proyectos.
- Que pueda dar fe de lo que hacía el accionante porque cuando estuvo haciendo la práctica trabajó con él en el área de avicultura; iban a visitar las granjas, a hacer las vacunaciones correspondientes, los controles fitosanitarios, todas las labores que tenían que ver con el proyecto.
- En relación con el día a día del accionante en la entidad adujo que normalmente llegaban a las 8:00 a.m. a la oficina; si había que hacer algún informe se realizaba, o se salía a trabajo de campo. Que manejaban un horario en el cual se cumplían las 8 horas al día, y salían más o menos a las 5:00 p.m.
- En cuanto a la libertad científica o profesional del accionante para realizar las actividades que tenía que llevar a cabo, manifestó la declarante que se trabajaba con las políticas del ICA, lo que la entidad los mandara a hacer; por ejemplo, que había un ciclo de vacunación, que había que visitar granjas, todas eso era con las políticas del instituto.

- En cuanto al horario de trabajo explicó que llegaban en la mañana, había un celador que abría la primera puerta y tomaba un registro, y luego ingresaban a las oficinas, y en la tarde era lo mismo; que no firmaban planilla, ni marcaban una tarjeta en un reloj, pero que siempre se establecieron unos horarios de ingreso, estar en la oficina a las 8:00 a.m., a menos que se tuviera que ir a una práctica de campo que demorara 2 o 3 días; sumado a que la entidad era tan pequeña que todos sabían quién había llegado y quién no, y porque el gerente estaba pendiente de la gente y preguntaba por qué no habían asistido.
- En relación con quién era el jefe directo del contrato del accionante señaló que había un director regional, que lo tiene cada región.
- Frente al protocolo que debía cumplir el actor para ausentarse del sitio de trabajo, manifestó que siempre tenían que pedir permiso e informar que iban a estar por fuera por trabajo de campo, u otra cosa extra; que no sabe si lo hacía de manera verbal o escrita, pero tenían que informar porque eso fue una directriz del director encargado.
- Sobre la supervisión de las actividades del contratista explicó que había una persona de contabilidad que mantenía pendiente que realizara las funciones, que era como un supervisor; y el gerente porque eso ayudaba al cumplimiento de sus metas.
- En relación con el pago de los honorarios adujo que se debía presentar un informe mensual de actividades al señor de contabilidad; y que se debía acreditar el pago de salud, pensión y riesgos profesionales, el cual era pagado por el contratista.
- Sobre los elementos y herramientas de trabajo señaló que todas eran del ICA; que si se iba a hacer un trabajo de vacunación, por ejemplo, se manejaban jeringas y vacunas y se debía responder por eso, explicando cuántas vacunas habían gastado o cuántas muestras de sangre se habían tomado.
- Que el actor tenía oficina, computador, escritorio. Que además recibían dotación, como overoles, botas, chalecos, gorras, camisetas y guantes, todo con marquilla del ICA, y además portaban carnet de la entidad.
- Que no tiene conocimiento que el ICA haya ejercido algún control disciplinario sobre el accionante.
- Que para la época en que el actor laboró en la regional Risaralda no existía en la planta de personal funcionarios que desarrollaran las mismas labores de este; y que los funcionarios de planta eran pocos por lo que había varias contratistas que desarrollaban las labores misionales.
- Que el accionante debía presentar una programación de actividades de lo que se iba a hacer en la semana, pero siguiendo un plan general que era enviado de Bogotá y ellos lo que hacían era acatar esos lineamientos. Que en esa programación de actividades existía

autonomía, pero para acomodar los tiempos y las distancias para trabajar y que así el tiempo rindiera, pero siempre debían seguir los parámetros enviados desde Bogotá.

- Que al demandante para desarrollar su labor se le entregó un vehículo, y era conducido por él.
- En cuanto a las funciones o la misión del ICA, frente a la labor que desarrollaba el actor, indicó que ellos eran vinculados para ser líderes de proyectos que son de manejo de la entidad como tal; y que dentro de las funciones del instituto a nivel nacional está regular el control fitosanitario de las especies, y esas tareas las hacían los contratistas, y lo hacían con los planes de vacunación; y cuando iban donde los pequeños campesinos y realizaban esa tarea y ese control y enseñaban cómo se debía llevar a cabo; se tomaban muestras de sangre para saber que esa especie como tal cumplía los requisitos que el ICA necesita para poder ser de consumo de una persona y evitar que las enfermedades se propagaran tanto en esa especie como en las que se encontraban cerca.

María Deysi Vargas Cardona

- Indicó que conoció al accionante antes de ingresar al ICA por una amistad en Manizales; y luego trabajó con él cuando llegó a la entidad porque el actor era contratista.
- Que coincidió en Manizales con el accionante en los años 2014, 2015 y 2016.
- Que ella tenía entre sus funciones realizar los recaudos, los ingresos del ICA y también estuvo un tiempo en la recepción.
- Que pudo conocer lo que hacía el demandante porque durante un tiempo estuvo en la recepción y se daba cuenta cuando lo solicitaban, de su hora de ingreso, de la hora de salida, qué cosas sacaban del ICA, etc.; además a ella, a veces, le pasaban las cuentas para revisarlas y pasarlas a la gerencia.
- En relación con el día a día del actor como contratista indicó que, por ejemplo, llegaba el lunes y organizaba todo lo que tenía que sacar, vacunación, muestras de laboratorio, él manejaba la parte aviar y se iba en el carro que le tenían destinado para los municipios de Caldas, a veces se quedaba dos, tres días, otras veces volvían el mismo día; si llegaban personas al ICA a preguntar por temas relacionados con lo que él manejaba tocaba llamarlo para que resolviera las inquietudes a los usuarios, o hacer las visitas pertinentes que a veces solicitaban.
- En relación con el horario indicó que ella no lo controlaba, que eso lo hacía la gerente; que al actor siempre lo veía 7:00 a.m. ya que era de los primeros en llegar porque le tocaba desplazarse a lugares muy retirados. Y respecto a la hora de salida sostuvo que muchas

veces eran las 6:30 p.m. y el actor no había llegado, o no llegaba porque se quedaba en los municipios.

- Que la jefe del demandante era la gerente regional del ICA.
- Explicó que al accionante para prestar su labor se le entregaban elementos de trabajo, tenía oficina y la persona que manejaba el archivo le exigía la entrega de todos los elementos, como toma de muestras, neveras, jeringas, medicinas. Que todo era entregado con inventario, y para que se les pagara el último contrato, a fin de año, tocaba entregar el inventario para que expidieran un paz y salvo.
- Que el demandante pagaba su seguridad social, ya que si no lo hacían no les cancelaban sus honorarios.
- Que la declarante revisaba un acta de entrega que ellos pasaban cada mes, donde se llenaban unos ítems de lo que se hacía en ese período, las funciones que desarrollaban, dónde habían estado, cuántos kilómetros recorrieron, cuánto se gastó, y la testigo chuleaba que no faltara un ítem y se lo pasaba a la gerente, ella lo revisaba y lo enviaba a Bogotá.
- Sobre el carro que tenía asignado el demandante señaló que en semana él hacía uso del automóvil, y si se tenía que pernoctar en algún municipio debía avisar, así como llenar un documento de entrada y salida del vehículo; y el fin de semana el carro quedaba en el ICA, y si de pronto se sacaba en fin de semana era con autorización de la gerente porque era un caso especial.
- Señaló que el demandante era el director regional aviar, incluso asistía a reuniones en representación del ICA; pero también trabajaba apoyando otras áreas como cerdos y ganado, y él tenía que ir porque así lo indicaba la gerente.
- En relación con la autonomía científica y tecnológica para desarrollar la labor, precisó que él se sometía a los lineamientos generales fijados por Bogotá, porque además cuando se presentaba un brote, por ejemplo, cambiaban las especificaciones y él debía entonces realizar lo que le dijeran, porque además a nivel nacional había un director aviar.
- Que al accionante le entregaban dotación como guantes, chalecos, gorras, carnet con logo del ICA para que los identificaran.
- Que para que al actor le realizaran el pago tenía que presentar un informe de acuerdo a los ítems que había en el mismo, dar cuenta de las actividades que había realizado, presentar los gastos que había tenido, pagar la seguridad social y pasar el informe mensual sobre las funciones realizadas.
- Si había otros trabajadores de planta que hicieran labores similares a las del accionante señaló que solamente él manejaba ese tema, diferente que tuviera un auxiliar para que le colaborara, también contratista.

- Informó que muchas veces el demandante tenía que continuar trabajando mientras firmaba el otro contrato de prestación de servicios.
- Que al actor en razón de sus labores debió trabajar sábados o domingos porque la gerente así lo indicaba, ya que esta era la persona de la que recibía órdenes directas, y también tenía un jefe en Bogotá.

Henry Alberto Castrillón Rivera

- Se le puso de presente el objeto del proceso e indicó que conoció al demandante desde el año 2014, más o menos, porque laboraron juntos en el ICA como contratistas.
- Que el demandante era el líder aviar del ICA en Caldas; y le correspondía visitar galpones y la parte sanitaria como tal; en algún momento salió con él y hacían viajes juntos, y veía la responsabilidad que como contratista tenía.
- En relación con el cumplimiento del contrato sostuvo que los días lunes, regularmente, tenían que estar en oficina, cumpliendo un horario de 8:00 a.m. a 12:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m. en el cual tenían que atender al público, el demandante a los usuarios del área aviar, y el testigo la parte agrícola, sanidad vegetal. La oficina del demandante era aparte en el área pecuaria, tenía su computador, su escritorio, todo lo necesario para cumplir su función. Y que el resto de la semana tenían unas programaciones, informar a qué predio o granja iban y se debía cumplir; el actor tenía el área aviar que tenía un carro asignado. Y que cuando no estaban en campo, tenían que estar en oficina.
- Que todos los elementos para el trabajo y equipos que había en las oficinas eran del ICA, computadores, papelería, escritorios, que incluso a final de año para liquidar el contrato y que les entregaran paz y salvo debían devolver todo lo que les habían entregado.
- Que la jefe directa del accionante era la gerente regional del ICA.
- En relación con la programación del resto de semana explicó que regularmente como contratista ellos la realizaban, pero que dentro de todo el proceso interno del ICA por ser una entidad pública llegaban unos requerimientos que se debían cumplir, y el accionante era el encargado de darle seguimiento a lo que solicitaba el productor.
- Explicó frente a la programación que presentaban, que la misma tenía que pasar por una aprobación y si no se aceptaba tocaba modificarla.
- Adujo que debían informar si iban a ausentarse, y que el permiso era verbal.
- Frente al control del cumplimiento de la labor, señaló que regularmente como tenían asignados vehículos tenían hora de entrada y salida, entonces está el control de portería, había planillas para los carros y el actor era el conductor.

- Sobre el arte y la ciencia que aplicaba el demandante en su trabajo, si era autónoma e independiente en la metodología que se aplicaba, manifestó que había metodologías de acuerdo a guías y resoluciones y debían registrarse a ellas; que el actor era el ente de control en el área aviar entonces debía cumplir la reglamentación porque era un área muy normativa; y que por eso la parte libre como veterinario no la podía ejercer, ya que a ellos como técnicos del ICA les decían que no podían hacer recomendaciones, entonces ellos se limitaban a seguir las normas de la entidad.
- Señaló que las labores que desarrollaba el actor en el ICA ocupaban todo su tiempo, incluso fines de semana.
- Informó que el demandante debía asistir a reuniones que eran de carácter obligatorio.
- Que el pago era mensual, y para que lo realizaran debían pasar un informe escrito del mes; el acta de Asopagos de salud, pensión y ARL; se presentaba primero al líder del área, en este caso el accionante a la gerente, para que diera visto bueno, y si no daba el mismo se devolvía el informe y hasta que no lo aprobaran no realizaban el pago. Pero en cada área había una persona encargada de recoger los informes y revisarlos antes de pasarlos a gerencia.
- Que la seguridad social era cancelada por el contratista.
- Informó que en la entidad había personas de planta que realizaban las mismas funciones del accionante; y que no había ninguna diferencia entre los empleados de planta y los contratistas.
- Manifestó que para él la labor del actor era permanente y misional del ICA, ya que incluso laboró por más de 8 años en las mismas tareas y siempre estuvo por prestación de servicios.
- Que el demandante era el encargado de reunirse con entidades avícolas en Caldas y el eje cafetero; además asistía a ferias ganaderas, y actuaba como agente de control de la entidad.
- En relación con el cumplimiento del horario precisó que cuando iniciaba el contrato los reunían a todos en la sala de junta de gerencia y les indicaban cómo debían laborar, y por eso los lunes había que realizar trabajo de oficina, atención al cliente, fuera de manera telefónica o presencial.
- Sobre los cronogramas indicó que a veces eran rechazados porque de pronto no había vehículos, presupuesto, porque había requerimientos en línea, entonces había cosas de prioridad que se debían resolver.
- Que tenían libertad de presentar programación, pero que al presentarla podía ser rechazada o modificada, entonces considera que no había una autonomía general.

Lugar de trabajo

De acuerdo a lo señalado por los testigos, el actor prestaba sus servicios en las instalaciones del ICA, incluso tenía oficina con elementos de trabajo propios del instituto, como computador, escritorio y papelería; pero también debía realizar sus labores en sitios externos, trabajo de campo, por los mismos servicios que ofrece la entidad, incluso se movilizaba en los vehículos del instituto y siempre iba identificado como persona vinculada al ICA, ya que portaba ropa, carnet y elementos que lo distinguían como tal.

Cumplimiento de horario

Se informó por los testigos que cumplía un horario de trabajo, y que además debía tener disponibilidad para llevar a cabo las tareas propias de la entidad plasmadas en el contrato y las otras que fueran encomendadas por la supervisora o la gerente regional, las cuales en varias ocasiones debían ser realizadas los fines de semana, como, por ejemplo, cuando se debían realizar jornadas de vacunación.

Sobre el uso del automóvil que tenía asignado el demandante, se explicó que debía llenar planillas de ingreso y salida, así como del kilometraje.

La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar

Se explicó por parte de los declarantes que el actor programaba su trabajo semanal, pero que el mismo debía ceñirse a unas directrices generales que eran enviadas desde Bogotá las cuales debían ser acatadas; incluso se advirtió que aunque él elaboraba su plan de trabajo el mismo podía ser modificado de acuerdo a las necesidades del servicio o los requerimientos urgentes que se presentaban por parte de los usuarios, para de esta manera cumplir con las tareas propias que debe prestar el ICA.

Igualmente, de las pruebas aportadas se deduce que el accionante para realizar las labores encomendadas utilizaba los instrumentos, equipos e insumos que el instituto le suministraba.

Actividades realizadas para satisfacer el objeto misional de la entidad

Tal como se detalló en el acápite de pruebas de esta providencia, el demandante suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios entre el año 2008 al 2015 de manera continua, y este actuar que durante años frecuentó la administración constituye un serio indicativo de que el cargo que desempeñaba el demandante tenía vocación de

permanencia, siendo por demás las labores que desempeñaba misionales, al evidenciar que el ICA tiene como cometido trabajar por la sanidad agropecuaria y la inocuidad agroalimentaria del campo Colombiano; y según el Decreto 4765 del 18 de diciembre de 2008 tiene como objeto:

Artículo 5°. Objeto. *El Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, tiene por objeto contribuir al desarrollo sostenido del sector agropecuario, pesquero y acuícola, mediante la prevención, vigilancia y control de los riesgos sanitarios, biológicos y químicos para las especies animales y vegetales, la investigación aplicada y la administración, investigación y ordenamiento de los recursos pesqueros y acuícolas, con el fin de proteger la salud de las personas, los animales y las plantas y asegurar las condiciones del comercio. Las actividades de investigación y de transferencia de tecnología contempladas desde su creación, serán ejecutadas por el Instituto mediante la asociación con personas naturales o jurídicas.*

Y como funciones, entre otras:

Artículo 6°. Funciones Generales. *El Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, tendrá las siguientes funciones:*

- 1. Asesorar al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en la formulación de la política y los planes de desarrollo agropecuario, y en la prevención de riesgos sanitarios y fitosanitarios, biológicos y químicos para las especies animales y vegetales.*
- 2. Planificar y ejecutar acciones para proteger la producción agropecuaria de plagas y enfermedades que afecten o puedan afectar las especies animales o vegetales del país o asociarse para los mismos fines.*
- 3. Ejercer el control técnico sobre las importaciones de insumos destinados a la actividad agropecuaria, así como de animales, vegetales y productos de origen animal y vegetal, a fin de prevenir la introducción de enfermedades y plagas que puedan afectar la agricultura y la ganadería del país, y certificar la calidad sanitaria y fitosanitaria de las exportaciones, cuando así lo exija el país importador.*
- 4. Ejercer el control técnico de la producción y comercialización de los insumos agropecuarios, material genético animal y semillas para siembra, con el fin de prevenir riesgos que puedan afectar la sanidad agropecuaria y la inocuidad de los alimentos en la producción primaria.*
- 5. Ejercer las funciones previstas en las normas vigentes como autoridad nacional competente para aplicar el*

régimen de protección a las variedades vegetales.

6. Adoptar, de acuerdo con la ley, las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias que sean necesarias para hacer efectivo el control de la sanidad animal y vegetal y la prevención de riesgos biológicos y químicos.

7. Coordinar la realización de acciones conjuntas con el sector agropecuario, autoridades civiles y militares y el público en general, relacionadas con las campañas de prevención, control, erradicación y manejo de plagas y enfermedades de importancia cuarentenaria o de interés económico nacional o local, para mantener y mejorar el estatus de la producción agropecuaria del país, y en general para cumplir con el objeto del Instituto.

8. Procurar la preservación y el correcto aprovechamiento de los recursos genéticos vegetales y animales del país, en el marco de sus competencias.

(...)

Al revisar el cuerpo de los contratos, se advierte que la motivación para celebrar los mismos fue la siguiente:

Contrato CSR-005-2008: que el ICA requería adelantar acciones tendientes para el manejo, control y erradicación de enfermedades de animales en el departamento de Risaralda para lo cual requería contratar un médico veterinario; aunado a que se necesitaba darle continuidad y apoyar las actividades de la Subgerencia de Protección y Regulación Pecuaria para cumplir con la misión encomendada por el Estado de satisfacer la demanda que en materia de prevención, control y erradicación de plagas y enfermedades de las especies pecuarias de importancia socio – económica se desarrollaban en el departamento de Risaralda, y que el demandante contaba con la capacitación en las actividades propias y el perfil profesional con conocimientos específicos.

Contrato RIS(P)-093-2009: que la entidad requería, para dar cumplimiento a las directivas presidenciales e institucionales relacionadas con el control de enfermedades aviares tanto de origen bacteriano como viral, de un profesional, y el actor había acreditado la experiencia e idoneidad necesarias.

Contrato CAL (P)-91-154-2010: que el ICA requería para el efectivo cumplimiento de las directivas presidenciales e institucionales un médico veterinario zootecnista en la Subgerencia de Protección Animal, y que el demandante había acreditado la idoneidad y

experiencia relacionada con la materia, aunado a que la entidad no tenía personal de planta para el cumplimiento de esas actividades.

Contratos CAL (P)-175-2011 y CAL (P)-195-2012: que la seccional Caldas debía coordinar, dirigir y ejecutar en su respectiva jurisdicción los planes, programas y proyectos establecidos en el instituto, proponer acciones que se consideraran pertinentes para mejorar la gestión en su jurisdicción, coordinar todas las actividades de la gerencia seccional y presentar a la gerencia general o subgerencias los informes que fueran solicitados, y que para ello se requería de un médico veterinario con experiencia en sanidad aviar y en la ejecución de actividades propias de los programas de newcastle, salmonelosis, prevención de influenza aviar y conocimiento de la normativa aviar, y que el demandante había acreditado la capacidad e idoneidad para ejecutar el objeto del contrato.

Contrato CAL 1373-2013: que el ICA tenía por objeto contribuir al desarrollo sostenido del sector agropecuario mediante la prevención, vigilancia y control de los riesgos sanitarios, biológicos y químicos para las especies animales con el fin de proteger la salud de las personas, los animales y las plantas y asegurar las condiciones del comercio, y dentro de sus tareas y responsabilidades las gerencias seccionales tenía que coordinar, dirigir y ejecutar en su respectiva jurisdicción los planes, programas y proyectos establecidos y proponer a la gerencia las acciones que se consideraran pertinentes para mejorar la gestión en su jurisdicción, coordinar todas las actividades de la gerencia seccional con las subgerencias del instituto, presentar a la gerencia y subgerencia los informes solicitados y ejercer las demás funciones asignadas, y que como en la planta de personal no existía personal suficiente para atender el desarrollo de tareas y responsabilidades se hacía necesario vincular un profesional en el área de medicina veterinaria con experiencia en sanidad aviar para apoyar los programas sanitarios aviares en las diferentes actividades que allí se adelantaban.

Contrato CAL-PS-021-2015: Que teniendo en cuenta que el ICA en cabeza de la Subgerencia de Protección Animal y Grupo de Protección Animal, requería personal suficiente para apoyar las actividades propias de los proyectos establecidos en el Plan de Desarrollo y asumidos por la entidad para dar cumplimiento a los lineamientos establecidos en los mismos, se hacía necesario contar con apoyo para desarrollar actividades materia del contrato.

Lo anterior, denota la relación intrínseca que tenían los contratos celebrados por el demandante y el ICA con el objeto y las funciones de la entidad, lo cual se ratifica con las obligaciones que el contratista tenía que cumplir de acuerdo a lo estipulado en los contratos:

Contrato año 2009	Contratos años 2010, 2011 y 2012	Contrato año 2013	Contrato año 2014	Contrato año 2015
1. Aplicar todos los conocimientos e idoneidad durante el desarrollo del objeto contractual. 2. Atención de notificaciones de cuadros compatibles con enfermedad de Newcastle, influenza aviar o salmonelosis. 3. Levantar y actualizar el censo avícola de la región. 4. Realizar vigilancia activa mediante los muestreos programados a nivel nacional tanto en aves comerciales, traspatio alrededor de granjas de material genético, traspatio alrededor de humedales, aves de combate, codornices, avestruces. 5. Caracterización de predios avícolas. 6. Realizar visitas de aprobación de granjas nuevas y visitas de	1. Aplicar todos los conocimientos e idoneidad durante el desarrollo del objeto contractual. 2. Atender notificaciones de cuadro compatibles con enfermedad de Newcastle, influenza aviar o salmonelosis. 3. Realizar el levantamiento y actualización del censo avícola de la región. 4. Realizar vigilancia activa mediante los muestreos programados a nivel nacional tanto en aves comerciales, traspatio alrededor de granjas de material genético, traspatio alrededor de humedales, aves de combate, codornices, avestruces. 5. Caracterización de predios avícolas. 6. Realizar visitas de aprobación de granjas nuevas y visitas de	1. Apoyar en la atención de notificaciones de cuadros compatibles con la enfermedad de Newcastle, influenza aviar o salmonelosis que se realizan en su zona de influencia. 2. Apoyar al líder aviar seccional en el levantamiento o actualización del censo avícola de la región. 3. Apoyar la líder aviar seccional en la toma de muestras de vigilancia activa mediante los muestreos programados a nivel nacional tanto de aves comerciales, traspatio alrededor de granjas de material genético, traspatio alrededor de humedales, aves de combate, codornices, avestruces. 4. Apoyar al líder aviar seccional en la caracterización de predios avícolas. 5. Apoyar en la realización de visitas para aprobación de granjas nuevas y visitas de supervisión para certificación de	1. Aplicar todos los conocimientos e idoneidad durante el desarrollo del objeto contractual. 2. Apoyar la realización de las acciones de prevención, vigilancia y control de enfermedades animales, asociadas a las siguientes actividades en la gerencia seccional y sede asignada y a su jurisdicción: georeferenciamiento de predios e infraestructura pecuaria; revisión y actualización de censos; organización, elaboración y mantenimiento de las bases de datos de predios, movilización y vigilancia etc; caracterización de los sistemas de producción de las especies susceptibles de la zona; caracterización de predios con respecto al riesgo de enfermedades animales de control oficial; caracterización de los flujos de movilización; atención de sospechas de enfermedad vesicular (emergencias); visitas de vigilancia a predios de acuerdo con el riesgo; vigilancia en	1. Apoyar al ICA en la sistematización para la atención de las notificaciones de las enfermedades de control oficial de todas las especiales animales de intereses económico. 2. Apoyar a las oficinas locales en relación con las notificaciones recibidas o actividades asociadas a enfermedades de control oficial y de toda naturaleza a fin de atender de manera oportuna la sospecha de enfermedades y orientar las medidas a ser implementadas. 3. Tomar y enviar las muestras de especies animales, según se requiera. 4. Apoyar al ICA en la consolidación y validación de la información generadas por los responsables de las oficinas locales y su

humedales, aves de combate, codornices, avestruces; caracterización de predios avícolas. 5. Visita para aprobación de granjas nuevas y visita de supervisión para certificación de granjas bioseguras. 6. Asistir a reuniones del comité sanitario avícola de la región. 7. Realizar capacitaciones a productores sobre las enfermedades de control oficial. 8. Asistir a las reuniones programadas por el ICA a nivel regional o nacional. 9. Apoyar en actividades relacionadas con las funciones de la dirección técnica de sanidad animal (...)	supervisión para certificación de granjas bioseguras. 7. Diligenciar y mantener actualizada y validar la base de datos oficial de los programas aviares en su departamento. 8. Enviar informes los 25 de cada mes a la coordinación nacional del proyecto aviar en la dirección técnica de sanidad animal. 9. Asistir a las reuniones del comité sanitario avícola de la región. 10. Realizar capacitaciones a productores sobre las enfermedades de control oficial. 11. Asistir a las reuniones programadas por el ICA a nivel nacional o regional. 12. Las demás que le asigne el supervisor del contrato relacionadas con el objeto del mismo.	granjas agrícolas bioseguras. 6. Entregar la información generadas del desarrollo de las actividades del programa líder aviar seccional semanalmente. 7. Apoyar con sus conocimientos las reuniones del comité sanitario avícola de la región. 8. Apoyar en las capacitaciones a productores sobre las enfermedades aviares de control oficial.	concentraciones de animales (ferias, mercados, etc); vigilancia de mataderos; vigilancia y autorización de la movilización de predios; toma de muestras para realización de estudios serológicos, en los casos que se requiera (estudios especiales, investigaciones complementarias), supervisión oficial de la vacunación; registro oficial de la vacunación; supervisión a distribuidores de vacuna; mantener registros de todas las actividades ejecutadas; realizar actividades de educación sanitaria a los productores. 3. Apoyar con los conocimientos en los entrenamientos a los que sea convocado en temas relacionados con el objeto del control. 4. Apoyar en todos los temas relacionados con la actividad de expedición de guías sanitarias de movilización de animales a través del aplicativo que se destine para tal fin. 5. Dar buen manejo a los equipos, insumos y elementos que tenga a cargo durante el tiempo de duración del contrato. 6. Realizar las demás actividades que le asigne el supervisor del	remisión a los líderes nacionales. 5. Apoyar con el seguimiento de las actividades de los programas pecuarios a nivel local, dando cumplimiento al cronograma establecido en el plan de acción, según se le requiera. 6. Mantener actualizada la base documental de las actividades establecidas en el plan de acción, con sus debidos soportes 7. Asistir a las reuniones a las que sea convocado por el supervisor del contrato. 8. Apoyar los entrenamientos a los que sea convocado en temas relacionados con el objeto del contrato. 9. Mantener e actualización en relación con el marco legal asociado a los programas sanitarios y los procedimientos de vigilancia, prevención y control establecidos para cada programa sanitario. 10. Transmitir las directrices

			contrato, exclusivamente relacionadas con el objeto del mismo.	dadas por el nivel central a los médicos veterinarios responsables de las oficinas locales, así como a los médicos veterinarios de apoyo, técnicos, auxiliares administrativos y todo el personal que apoye los programas pecuarios. 11. Apoyar al ICA en la planeación y seguimientos de los recursos aportados para el cumplimiento del objeto contractual y generar los informes de ejecución de la seccional con sus respectivos soportes. 12. Efectuar las recomendaciones que se requieran en relación con los proyectos sanitarios que se encuentren en curso en la seccional correspondiente al lugar de ejecución del contrato. 13. Apoyar los operativos de emergencia por presentación inusual o epidémica del programa sanitario que le sea asignado por el supervisor del contrato.

				14. Realizar las demás actividades que le sean asignadas por el supervisor del contrato.

Queda claro que las actividades que realizaba el accionante sí estaban relacionadas con la misión de la entidad, de acuerdo a las funciones que por ley tiene asignadas.

Vocación de permanencia del cargo

Al utilizarse este modelo de contratación advierte la Sala que se abusó de la figura del contrato de prestación de servicios estatal, pues este se convalida para ejercer labores especializadas y en un tiempo delimitado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ya referenciado; sumado a lo determinado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del año 2021 ya referenciada, en la cual se señaló que *“El sentido y alcance del «término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento. (...) Para la Sala, la anterior interpretación unifica el significado y alcance del «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual se acompasa plenamente con la interdicción de prolongar indefinidamente la ejecución de los contratos estatales de prestación de servicios”*.

En este caso, celebrar durante 8 años contratos de prestación de servicios para desempeñar actividades misionales del ICA, transgrede los lineamientos expuestos acerca de la temporalidad de este tipo de negocios jurídicos.

Aunado a lo anterior, se ha determinado por parte de la jurisprudencia que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente. Y sobre qué constituye una función permanente, la Corte Constitucional en sentencia C-171 de 2012 enunció que ello se desprende de la comprobación de unos criterios explicados así:

Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los

critérios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”^[40]; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”^[41]

Al descender al asunto, se tiene que estos requisitos se cumplieron ya que se desvirtuó el carácter temporal de la labor contratada al probarse: 1) el criterio funcional, porque la función contratada estaba referida a las labores que debía adelantar la entidad pública como propias u ordinarias. 2) igualdad, porque se afirmó por los testigos que dentro de la planta de personal habían empleados que desarrollaban las mismas labores que las determinadas en los contratos. 3) temporalidad o habitualidad, porque las tareas llevadas a cabo por el demandante eran cotidianas, diarias, continuas. 4) excepcionalidad, porque se trató de una vinculación que se extendió por más o menos 8 años con la misma persona y ejecutando labores similares, las cuales se encuentran ligadas al componente misional de la entidad. 5) continuidad, porque la vinculación se realizó mediante contratos de prestación de servicios sucesivos a partir de febrero de 2008 a diciembre de 2015, para desempeñar funciones del giro ordinario de la entidad, de carácter permanente y sin autonomía en el ejercicio de la labor.

Corolario de lo expuesto, se tiene que conforme a la documentación aportada y las declaraciones acopiadas es válido afirmar que el vínculo contractual que ligó al demandante con la entidad accionada trascendió más allá de lo pactado, convirtiéndose en una verdadera relación laboral en la que estuvieron presentes sus elementos esenciales antes mencionados: prestación personal del servicio, remuneración como contraprestación, y subordinación y dependencia.

Determinada la existencia de una verdadera relación laboral, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se debe declarar la nulidad del acto ficto negativo demandado, originado en la no respuesta al derecho de petición presentado por el accionante el 1° de agosto de 2018, mediante el cual se solicitó la declaratoria de una relación laboral.

Segundo y tercer problema jurídico

¿Le asiste derecho al señor Gustavo Cárdenas Cardona a que se le reconozcan, liquiden y paguen las sumas de dinero solicitadas en la demanda?

¿Le asiste derecho al demandante a la devolución de los aportes realizados al sistema de seguridad social integral en la proporción que le correspondía al empleador por el período que duraron las vinculaciones por prestación de servicios?

Tesis: se defenderá la tesis que al demandante le asiste derecho a que se le pague el equivalente a las prestaciones sociales que un empleado de la entidad de igual categoría tendría derecho durante el período en que ejerció sus labores; así mismo, a que la entidad le reembolse las sumas que aportó al sistema de seguridad social en pensión.

Frente al restablecimiento del derecho en casos de contrato realidad, el Consejo de Estado en providencia del 15 de agosto de 2013³ fue claro al manifestar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar al demandante la calidad de empleado público.

Sin embargo, esto no obsta para que se le reconozcan a manera de indemnización las prestaciones sociales dejadas de percibir basadas en los honorarios que devengó:

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas (...).

³ consejo de estado; sala de lo contencioso administrativo; sección segunda; Subseccion b; consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve; Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil trece (2013).; radicación número: 18001-23-31-000-2001-00087-01(1622-12)

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia⁴ (Líneas fuera del texto).

La parte actora en la demanda instó al pago de las prestaciones sociales en igualdad de condiciones a los servidores públicos de la entidad, tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes salud, pensión, entre otros.

Sin embargo, no corresponde a este juez determinar de manera discriminada qué prestaciones sociales o emolumentos deben incluirse en la indemnización, pues aunque en este tipo de procesos se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos derivados de esta a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, este solo hecho no le puede otorgar la calidad de empleado público al contratista, tal como lo establecen los artículos 122 y 125 de la Constitución Política, pues para adquirir esta categoría las normas constitucionales exigen: i) la existencia del cargo o empleo en la planta de personal; ii) la previsión de los emolumentos en el presupuesto de la entidad; y iii) que el ingreso al servicio se dé a través de una vinculación legal y reglamentaria, lo que supone la existencia de una designación válida (a través de nombramiento o elección) y la respectiva posesión del cargo, para poder ejercer las funciones del mismo.

Sobre el tema, se encuentra providencia del 28 de julio de 2005, expediente 5212-03, C.P, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, y se precisó que:

Para que una persona natural desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA) que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la persona nombrada y posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente.

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Aunado a lo anterior, debe advertirse que este juez desconoce qué prestaciones sociales podría tener un empleado del ICA que desempeñe un cargo equivalente al que desarrollaba la accionante, y en este sentido se podrían dejar por fuera rubros a reconocer o estar incluyendo otros que no corresponden, porque dentro del expediente no quedó acreditado este aspecto de ninguna manera.

Para el caso *sub examine*, y en atención a lo solicitado en la demanda, se ordenará al Instituto Colombiano Agropecuario – ICA- reconocer y pagar al demandante, teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones a que un empleado de la entidad de igual categoría tendría derecho.

En relación con la sanción moratoria sobre las cesantías, debe indicarse que no es factible su reconocimiento como quiera que solo a partir de esta sentencia es que se está declarando la existencia de una relación laboral; y, en consecuencia, a partir de este momento surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado⁵, por ello no se reconocerá suma de dinero alguna por este concepto.

Sobre el reintegro de las sumas de dinero canceladas por las pólizas de cumplimiento, se advertirá que no es procedente el reembolso, toda vez que la desnaturalización de la vinculación del actor a través de contratos de prestación de servicios no implica el reintegro de dineros que se hayan erogado para su celebración⁶.

Finalmente, en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social, el Máximo Tribunal Administrativo en providencia del 25 de agosto de 2016⁷ estableció que:

3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro

⁵ Ver sentencia del 4 de marzo de 2010, radicado 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08); sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 19 de enero de 2015, radicado 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), Actor: Esteban Paternostro Andrade, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren entre otras, sentencia de fecha 6 de octubre de 2016, radicado 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁶ Expediente: 68001-23-31-000-2009-00636-01 (1230-14), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16,

del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por

la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

“...Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales...

Quedó probado de los testimonios, además con las cláusulas de los contratos relativas a la afiliación de la contratista a la seguridad social, que la parte actora debió soportar con su propio peculio los aportes al sistema de seguridad social, y conforme a la jurisprudencia antes referida los aportes a pensión son imprescriptibles.

Y sobre la devolución de los aportes en salud y riesgos profesionales, en la reciente sentencia de unificación de Consejo de Estado, SUJ-025-CE-S2-20218, a la cual se ha hecho referencia, se dejó determinado como uno de los puntos precisamente a unificar, el que atañe a la devolución de los aportes a la Seguridad Social, específicamente en salud efectuados por el contratista, aspecto sobre el cual se estableció claramente la siguiente subregla:

1.0. Tercera cuestión: devolución de mayores aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista, que demostró la existencia de la relación laboral estatal.

(...)

3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos

8 Sentencia del 09 de septiembre de 2021. Sala de lo Contencioso Administrativo, radicado 05001-23-33-000-2013-0041143 (1317-2016), demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: Municipio de Medellín y otro

regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a la administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.”(resalta la Sala).

Por lo anterior, y toda vez que ha quedado debidamente zanjado el tema de devolución de los aportes asumidos por el contratista en el pronunciamiento referido respecto de los aportes en salud, y como se observa deja también inmerso lo que corresponde a los de ARL, aunque no se hace referencia a este último en la subregla establecida, que únicamente alude a los aportes en salud, el Tribunal da aplicación a tal posición y, en consecuencia, negará lo solicitado por los conceptos en mención.

Ahora, en lo atinente a la devolución de las sumas que fueron pagadas por el actor como cotización al sistema de seguridad social en pensión, el pronunciamiento de unificación no estableció una regla expresa de improcedencia sobre la restitución al demandante de los que debieron ser asumidos en su condición de contratista durante el tiempo en que se

suscribieron contratos de prestación de servicios, como sí lo hizo en materia de salud y en gracia de discusión de ARL, como ya se anotó.

Sin embargo, considera la Sala que según la normativa, parte de esos aportes a pensión los debió cubrir el patrono en los porcentajes señalados en la ley, y por lo tanto, la entidad debe devolverle al demandante las sumas que aportó, ya que no le correspondía asumir los mismos en su totalidad, es decir, en el porcentaje que le corresponderían al empleador, por lo que el accionante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Se declarará, además, que el tiempo laborado por el demandante mediante contrato de prestación de servicios, salvo interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

Cuarto problema jurídico

¿Se configuró la prescripción extintiva del derecho?

Tesis: La Sala es de la tesis que en el *sub lite* se presentó prescripción de derechos en relación con los contratos de prestación de servicios, ya que transcurrieron más de 3 años entre la fecha de finalización de algunos de ellos y la reclamación administrativa.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 consagra: *“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”*. Según lo señalado en la norma, la persona tendría 3 años desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible para realizar el reclamo respectivo, so pena que opere el aludido fenómeno procesal.

Es de aclarar que, conforme a la jurisprudencia antes transcrita, aunque se declare la existencia de un contrato realidad se hace necesario revisar si se configuró la prescripción del derecho a reclamar las prestaciones sociales derivadas de este, y para ello debe verificarse que la reclamación ante la entidad mediante la cual se solicitó el reconocimiento de la relación laboral se haya presentado dentro del término de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual. Pese a ello, el Consejo de Estado también ha sido claro en exceptuar de esa prescripción los aportes a pensión, en

atención a la condición periódica del derecho que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día, y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época.

Para esclarecer lo relacionado con la continuidad o no de los contratos de prestación de servicio, y de contera de la prescripción, es necesario acudir al pronunciamiento que ha hecho el Consejo de Estado al respecto en la sentencia de unificación de septiembre de 2021:

“(...) 3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad

136. El segundo problema jurídico que pretende resolver la presente sentencia de unificación es establecer el término de solución de continuidad en aquellos contratos de prestación de servicios que presentan interrupciones entre uno y otro.

137. Antes que nada, conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose.

(...)

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la

introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.

141. De igual manera, para una mayor coherencia del sistema jurídico nacional, y en virtud de los imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos, esta Sala, acudiendo a un diálogo entre tribunales (o diálogo judicial), resalta y acoge la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la noción de «interrupciones amplias, relevantes o de gran envergadura», que en los asuntos de su competencia, ha aplicado para desvirtuar las formalidades empleadas, en algunos casos, para simular la ruptura de la unidad contractual; esto con el propósito de identificar con mayor certeza si las suspensiones en los contratos de prestación de servicios reflejan la intención real de las partes de detener la continuidad del vínculo laboral subyacente. (Subraya la sala (...))”

De conformidad con lo probado dentro del proceso, y con el pronunciamiento del Consejo de Estado, en este caso existen interrupciones entre cada contrato superiores a 30 días hábiles, de acuerdo al siguiente cuadro:

Vínculo contractual	1° de febrero al 30 de diciembre de 2008
INTERRUPCIÓN 46 DÍAS HÁBILES	
Vínculo contractual	9 de marzo al 30 de diciembre de 2009
INTERRUPCIÓN 18 DÍAS HÁBILES	
Vínculo contractual	28 de enero al 27 de diciembre de 2010
INTERRUPCIÓN 25 DÍAS HÁBILES	
Vínculo contractual	2 de febrero al 30 de diciembre de 2011
INTERRUPCIÓN 21 DÍAS HÁBILES	
Vínculo contractual	1° de febrero al 30 de diciembre de 2012
INTERRUPCIÓN 62 DÍAS HÁBILES	

Vínculo contractual	3 de abril al 30 de diciembre de 2013
INTERRUPCIÓN 11 DÍAS HÁBILES	
Vínculo contractual	17 de enero al 30 de diciembre de 2014
INTERRUPCIÓN 12 DÍAS HÁBILES	
Vínculo contractual	20 de enero al 30 de diciembre de 2015.

Según el anterior cuadro, entre el contrato que finalizó en el año 2012 y el que comenzó en el año 2013 transcurrieron 62 días hábiles, es decir, un tiempo superior al establecido en la providencia reproducida, lo que significa una interrupción en la prestación del servicio.

Como la petición mediante la cual se solicitó el reconocimiento de la relación laboral se radicó el 1º de agosto de 2018, es claro que la misma, contabilizando 3 años hacía atrás, abarcaría únicamente los vínculos contractuales de 2013, 2014 y 2015, pues como se adujo hubo una interrupción de 62 días hábiles entre el contrato de prestación de servicios que finalizó en el año 2012 y el que inició en el año 2013, tiempo que permite inferir que hubo solución de continuidad.

Ello denota que se configuró la prescripción de los derechos anteriores al 30 de diciembre de 2012, por haber transcurrido más de 3 años entre la finalización de los contratos de los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, y la fecha de radicación de la petición, esto es 1º de agosto de 2018.

Y frente a los contratos de los años 2013, 2014 y 2015 no se presentó la prescripción de los derechos, ya que no transcurrieron más de 3 años entre la finalización de estos y la data de presentación del derecho de petición mediante el cual se reclamó la relación laboral.

En tal sentido, se declarará probada parcialmente la excepción de prescripción. Como se señaló en aparte anterior, la prescripción del derecho va de la mano de la prescripción de la devolución de aportes realizados a la seguridad social, siendo diferente cuando se reclama que se realicen las cotizaciones a la seguridad social en pensión, toda vez que dichos aportes son imprescriptibles, no ocurriendo lo mismo con la devolución de lo aportado por el demandante, toda vez que este hecho no afecta el derecho pensional, pues la cotización finalmente se realizó por parte del contratista.

En consecuencia, el demandante tendrá derecho a la devolución de aportes realizados con posterioridad al 3 de abril de 2013, o lo que es lo mismo, los aportes realizados por el actor antes del 30 de diciembre de 2012 están prescritos en relación con su devolución.

Restablecimiento del derecho

Ahora bien, al decretarse la nulidad del acto ficto mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral, deberá el Instituto Colombiano Agropecuario reconocer y cancelar a favor del accionante, teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado de acuerdo a lo reseñado, las prestaciones sociales a que un empleado del ICA de igual categoría tendría derecho por el período comprendido entre el 3 de abril de 2013 y el 30 de diciembre de 2015, salvo interrupciones, atendiendo la prescripción extintiva del derecho que se presenta para el período de tiempo anterior a este. Y, además, también deberá la entidad demandada reintegrar al actor como pagos al sistema de seguridad social los aportes que este realizó al sistema pensional en el porcentaje que le correspondería al empleador, por el período de tiempo señalado, salvo interrupciones.

Las sumas liquidadas serán ajustadas con sujeción a la siguiente fórmula:

$$VP = VH \frac{\text{Ind. F.}}{\text{Ind. I.}}$$

Dónde:

VP = Suma actualizada

VH = Suma a actualizar

Ind. F. = Índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia.

Ind. I. = Índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Conclusiones

De acuerdo a las pruebas que reposan dentro del expediente se puede inferir que en el vínculo contractual que unió al señor Gustavo Cárdenas Cardona y el Instituto Colombiano Agropecuario - ICA se configuraron los elementos propios de una relación laboral, por lo

que es procedente declarar la nulidad del acto ficto negativo y reconocer todos los derechos que de una relación laboral se derivan por el período de tiempo que duraron los contratos celebrados en los años 2013, 2014 y 2015, ya que para los años anteriores se configuró el fenómeno de la prescripción.

Costas

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto no se condenará en costas a la parte demandada, ya que las pretensiones del libelo petitorio prosperaron parcialmente.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR configurado el acto ficto negativo frente a la petición radicada por el señor Gustavo Cárdenas Cardona ante el Instituto Colombiano Agropecuario - ICA el día 1º de agosto de 2018, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad del acto ficto negativo, por medio del cual la entidad accionada negó la relación laboral.

TERCERO: DECLÁRESE PROBADA PARCIALMENTE DE OFICIO la excepción de prescripción del derecho frente a los contratos de prestación de servicios celebrados en los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONDÉNASE al **INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO - ICA** a pagar al señor **GUSTAVO CÁRDENAS CARDONA** todas las prestaciones sociales a los que un empleado de igual categoría de la entidad tendría derecho, tomando como base el valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios por el período de tiempo que duraron los celebrados en los años 2013, 2014 y 2015, salvo las interrupciones.

Además, deberá devolver al actor los valores que él aportó al sistema de seguridad social en pensiones en el porcentaje que le correspondería al empleador y que fueran asumidos

inicialmente por el demandante en el período que duraron los contratos de prestación de servicios de los años 2013, 2014 y 2015, salvo las interrupciones; por lo que el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Se declara, además, que el tiempo laborado por el demandante mediante contrato de prestación de servicios, salvo interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

Los valores a pagar deberán ser reajustados conforme a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones.

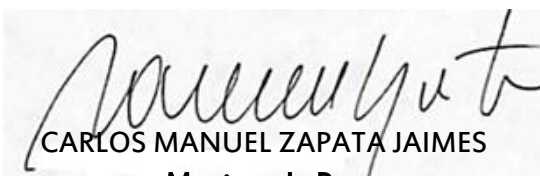
SEXTO: La demandada deberá dar cumplimiento de la sentencia en los términos señalados en el artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO: SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 06 de octubre de 2022 conforme acta nro. 055 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 256

Asunto:	Resuelve solicitud
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00441-00
Demandante:	HMV Ingenieros Ltda.
Demandado:	Corporación Autónoma Regional de Caldas (CORPOCALDAS)

Manizales, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Procede este Despacho a decidir sobre la solicitud de comparecencia de peritos a la audiencia de pruebas, hecha por la parte demandante dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El 13 de septiembre de 2019, la sociedad HMV Ingenieros Ltda. presentó demanda contra CORPOCALDAS¹, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución nº 2019-0690 del 12 de marzo de 2019, con la cual la entidad accionada negó la licencia ambiental solicitada por la parte actora para la realización de un proyecto hidroeléctrico llamado “Aguabonita”.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó condenar a CORPOCALDAS al pago del daño emergente por los costos generados en la etapa de factibilidad y desarrollo y en la elaboración del estudio de impacto ambiental, así como del lucro cesante por la imposibilidad de desarrollar el proyecto hidroeléctrico mencionado.

Con auto del 16 de septiembre de 2020² se admitió la demanda, la cual fue notificada el 7 de diciembre de 2020³.

¹ Páginas 4 a 27 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

² Archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ Archivo nº 10 del cuaderno 1 del expediente digital.

El 13 de enero de 2021, la parte demandante presentó reforma de la demanda⁴.

El 9 de febrero de 2021, CORPOCALDAS contestó la demanda⁵.

Mediante auto del 22 de abril de 2021⁶, el Despacho admitió la reforma de la demanda; decisión contra la cual la entidad demandada interpuso recurso de reposición, que fue resuelto negativamente por auto del 24 de mayo de 2021⁷.

A través de providencia del 15 de junio de 2021⁸, el Despacho accedió a la solicitud hecha por CORPOCALDAS, referente a ampliar el término de traslado de la demanda para allegar dictamen pericial con la contestación de la reforma de la demanda.

El 26 de julio de 2021, CORPOCALDAS contestó la reforma de la demanda⁹ y aportó dictamen pericial económico – ambiental denominado *“ACOMPañAMIENTO Y APOYO DESDE EL COMPONENTE DE ECONOMÍA AMBIENTAL DESDE EL PROCESO DE NEGACIÓN DE LA LICENCIA AMBIENTAL AL PROYECTO PCH AGUABONITA BAJO LA JURISDICCIÓN DE CORPOCALDAS”*, realizado por la sociedad Environ Metrika S.A.S.

Según consta en el correo electrónico del 26 de julio de 2021¹⁰, CORPOCALDAS envió copia a la parte actora de la contestación de la reforma de la demanda, incluyendo el dictamen pericial referido.

El 1º de diciembre de 2021¹¹ se llevó a cabo audiencia inicial, la cual quedó suspendida de conformidad con lo previsto por el artículo 611 del Código General del Proceso (CGP)¹², teniendo en cuenta que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado manifestó su intención de intervenir en este asunto, a través de escrito allegado en etapa posterior al vencimiento del término de traslado de la demanda.

Transcurrido el término legal establecido por el artículo 611 del CGP, el Despacho reanudó la audiencia inicial el 27 de septiembre de 2022¹³, que finalizó con decreto de pruebas.

⁴ Archivos nº 15 a 20 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵ Archivos nº 13 y 14 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶ Archivo nº 22 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ Archivo nº 34 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸ Archivo nº 39 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Archivos nº 41 a 55 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰ Archivo nº 41 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹ Archivo nº 73 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹² En adelante, CGP.

¹³ Archivo nº 79 del cuaderno 1 del expediente digital.

En el marco de dicha diligencia, y en relación con los tres dictámenes periciales (ambiental, contable y técnico y financiero) aportados por la parte demandante, el Despacho sostuvo que, como en el término de traslado de la reforma de la demanda CORPOCALDAS no había solicitado la comparecencia de los peritos que elaboraron los peritajes, sino que había allegado otro para desvirtuar las conclusiones de aquellos, no se citaría a los expertos a la audiencia de pruebas. Lo anterior, de conformidad con el artículo 228 del CGP, que sobre el particular, dispone que *“La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. (...)”*.

En igual sentido, atendiendo lo previsto por el artículo 228 del CGP, el Despacho indicó que los expertos que participaron en la elaboración del dictamen pericial allegado por CORPOCALDAS tampoco serían citados a la audiencia de pruebas, teniendo en cuenta que la parte actora, pese a serle enviada copia de la contestación de la reforma de la demanda, no había solicitado la comparecencia de los peritos.

Contra la anterior determinación, la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron negados por este Despacho Judicial con fundamento en que sobre la contradicción del dictamen pericial allegado por CORPOCALDAS se había limitado simplemente a exponer hechos objetiva y plenamente demostrados en el expediente, como quiera que el traslado se surtió y la parte interesada no solicitó la comparecencia de los peritos, de manera que éstos no podían ser citados a la audiencia de pruebas.

Se sostuvo en ese momento procesal que la inconformidad de la parte actora radicaba en la interpretación que le estaba dando el Despacho a las circunstancias fácticas descritas, ya que en estricto sentido no se había negado una prueba pericial ni una diligencia de contradicción del dictamen, sino que sólo se estaba reseñando una situación objetiva observada en el marco de la actuación.

Frente a la decisión adoptada, la parte demandante manifestó estar conforme.

El 30 de septiembre de 2022¹⁴, la sociedad accionante allegó memorial en el cual solicitó que los peritos que tuvieron a su cargo la elaboración del dictamen pericial aportado por CORPOCALDAS con la contestación de la

¹⁴ Archivos nº 84 y 85 del cuaderno 1 del expediente digital.

reforma de la demanda y que “(...) nos fueron puestos en conocimiento en la audiencia de instalación”, fueran citados a diligencia de contradicción, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 228 del CGP.

El 3 de octubre de 2022¹⁵, el expediente pasó a Despacho para resolver lo pertinente.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Atendiendo lo previsto por el artículo 218 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹⁶, modificado por el artículo 54 de la Ley 2080 de 2021, la contradicción y práctica de la prueba pericial se rige por las normas del CGP.

Sobre la contradicción del dictamen pericial, el artículo 228 del CGP dispone que *“La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. (...)”*.

En ese sentido, para hacer efectivo el derecho a la contradicción del dictamen pericial, la norma previó las siguientes posibilidades para la parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial; **i)** solicitar la comparecencia del perito a la audiencia; **ii)** aportar un nuevo dictamen; y **iii)** presentar ambas peticiones.

La oportunidad procesal para adoptar cualquiera de las posibilidades descritas, es **i)** dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado el dictamen o, **ii)** en su defecto, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento.

Al respecto se recuerda que en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica generado por el COVID 19, el Presidente de la República expidió el Decreto 806 de 2020, con el cual adoptó medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia.

El párrafo del artículo 9 del citado decreto dispuso que *“Cuando una parte acredite haber enviado un escrito del cual deba correrse traslado a los demás sujetos procesales, mediante la remisión de la copia por un canal digital, se prescindirá del*

¹⁵ Archivo nº 86 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶ En adelante, CPACA.

traslado por secretaria, el cual se entenderá realizado a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente”.

La citada disposición fue incluida en el artículo 51 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el CPACA y le adicionó el artículo 201A, en el cual estableció que: *“Los traslados deberán hacerse de la misma forma en que se fijan los estados. Sin embargo, cuando una parte acredite haber enviado un escrito del cual deba correrse traslado a los demás sujetos procesales, mediante la remisión de la copia por un canal digital, se prescindirá del traslado por secretaria, el cual se entenderá realizado a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente”.*

Atendiendo lo previsto por las normas señaladas, CORPOCALDAS remitió a la parte actora la contestación de la reforma de la demanda, incluyendo el dictamen pericial elaborado para contradecir la prueba pericial allegada con la reforma de la demanda.

En ese sentido, el Despacho advierte que, contrario a lo manifestado en la solicitud objeto de análisis por la parte actora, ésta no sólo conoció desde el 26 de julio de 2021 la existencia del dictamen pericial elaborado por CORPOCALDAS, sino que además tuvo la oportunidad procesal (traslado del artículo 201A del CPACA) para contradecirlo y solicitar la comparecencia del perito a la respectiva audiencia de pruebas; sin que así lo haya hecho dentro del término con el que contaba.

La consecuencia procesal de lo anterior se concreta en la imposibilidad de que en este estado del proceso se citen a la audiencia de pruebas a los expertos que participaron en el dictamen pericial allegado por CORPOCALDAS y, en ese sentido, habrá de negarse la solicitud hecha por la parte actora por improcedente.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

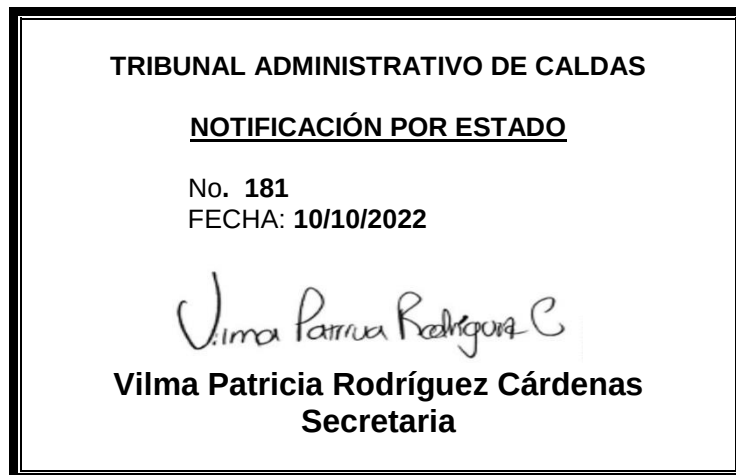
RESUELVE

Primero. NIÉGASE por improcedente la solicitud elevada por la sociedad HMV Ingenieros Ltda., tendiente a que comparezcan a la audiencia de pruebas los expertos que participaron de la elaboración del dictamen pericial aportado por CORPOCALDAS dentro del proceso de la referencia.

Segundo. NOTIFÍQUESE el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: 6dbb198defc97ca921d70324cc695c1af084e8c333e6f3e9039ad5b4cf599509

Documento generado en 07/10/2022 11:24:06 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2022-00183-00
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE	TERESITA ZAPATA BURITICÁ
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES, MINISTERIO DE VIVIENDA CIUDAD Y DESARROLLO

Procede la Sala a decidir si es dable en el presente caso, declarar agotamiento de jurisdicción, conforme a la respuesta dada por el Municipio de Manizales.

ANTECEDENTES

Mediante demanda presentada el 26 de julio de 2022 la parte actora solicita se ordene a las accionadas adoptar todas las medidas técnicas, presupuestales y administrativas, con el fin que la Institución Educativa Vargas Vila sea apta para prestar servicios educativos a los niños y niñas del sector, realizando todas las reparaciones locativas a las que haya lugar.

Indican que, desde el año 2019, la Institución Educativa Vargas Vila localizada en la carrera 34 calles 98 y 99 barrio en la Enea en Manizales, dejó de funcionar, lo que ocasionó que los menores que estudiaban allí fueran trasladados a otras escuelas, que a veces quedan muy retiradas de sus casas.

Mediante auto del 29 de julio se admitió la demanda de la referencia dándose el correspondiente traslado.

El municipio de Manizales al contestar solicitó la acumulación de la presente demanda con la tramitada ante el juzgado bajo el radicado 17001-33-33-003-2022-00242-00, la cual tiene las mismas pretensiones de la incoada por la señora Zapata Buriticá.

En virtud de ello se ofició al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito para que se sirviera remitir copia de todo lo actuado dentro de la popular identificada con radicado 17001-33-33-003-2022-00242-00 a lo que procedió mediante oficio del 19 de septiembre de 2022.

CONSIDERACIONES:

Si bien la demandada solicitó la acumulación, lo que se debe estudiar es un posible agotamiento de la jurisdicción, según lo que ha dicho el Consejo de Estado, así:

El H. Consejo de Estado sobre el tema explicó que¹:

La Sala comienza el análisis partiendo de la preceptiva que establece el artículo 5° de la Ley 472 de 1998 acorde con el cual las acciones populares se tramitarán atendiendo a los principios de economía, celeridad y eficacia.

Precisamente la razón esencial de negar la acumulación de una nueva demanda cuando se trate del mismo reclamo de protección fundado en igual situación fáctica a la que inspiró la instauración de un proceso que ya está en curso, descansa en los parámetros de celeridad, eficacia y de economía procesal, en tanto propende por racionalizar la justicia en demandas de acción popular que se refieran a los mismos hechos, objeto y causa, dirigidas contra igual demandado.

Con la primera persona que ejerce el derecho de acción en calidad de miembro de la comunidad, no para propender por derechos subjetivos sino de los que incumben a todos los habitantes, iniciado el trámite de este proceso a partir de la admisión de la demanda, se garantiza el acceso a la justicia, a través del control judicial que se impartirá a la actividad o a la omisión de la autoridad pública y/o del particular, respecto de la protección de los derechos colectivos que se consideran amenazados o vulnerados por los mismos hechos y respecto de los mismos demandados.

El actor popular que demanda lo que otra persona ya trajo a la justicia, es decir “que repite” lo ya “denunciado”, bien puede constituirse en coadyuvante de ese primer proceso en trámite. Porque carece de sentido lógico y no consulta la racionalización de recursos integralmente considerados que implica la tramitación de un proceso, ni consulta el principio de eficacia que también rige la función judicial, el que paralela y simultáneamente se adelanta hasta cierta etapa un nuevo proceso, otro proceso, siendo que deriva de una demanda popular que se funda en los mismos hechos, contra el mismo demandado y que aspira a amparar iguales derechos de naturaleza colectiva, y

¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - C.P: Enrique Gil Botero, veintitrés (23) de julio de dos mil siete (2007) - Radicación número: 25000-23-24-000-2005-02295-01(AP).

que si el primero va más avanzado, deba esperar a que los demás se hallen en la misma etapa para poderlos acumular al inicial.

Como se sabe, en estas acciones cualquier persona en defensa del derecho “difuso”, denominado así por la doctrina por ser el que no se radica en específico en nadie, sino que pertenece a todos, está habilitado para promover esta acción que, por tanto, no tiene exigencia de legitimación en la causa por activa, más que el ser persona. Esta acción o mecanismo judicial de protección de derechos colectivos, se insiste, no opera por la amenaza o la lesión de un derecho subjetivo.

El proceso de acción popular no consiste en estricto sentido en una controversia con presencia de “partes” opuestas entre sí y donde exista “litis”. Es más un reclamo de protección para la garantía de derechos colectivos cuya existencia no es materia de debate, lo que discute el actor popular es que dichos derechos están siendo amenazados o vulnerados por la accionada.

De esta manera, la Sala Plena del Consejo de Estado unifica su postura sobre la materia, en el sentido de determinar que, con apoyo en los principios de economía, de celeridad y de eficacia que rigen la función judicial, y que por expresa disposición del artículo 5° de la Ley 472 de 1998 deben orientar el trámite de las acciones populares², cuando se esté ante demandas de acción popular en las cuales se persiga igual causa petendi, basada en los mismos hechos, y contra igual demandado, lo que procede es dar aplicación a la figura del agotamiento de jurisdicción.

...”. (Subrayas y negrilla de la Sala)

Conforme a la jurisprudencia en cita encuentra esta Sala de Decisión que, en el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos atendiendo los parámetros de celeridad, eficacia y de economía procesal, no procede la acumulación de dos demandas que en que se refieran a los mismos hechos, objeto y causa, debiéndose dar aplicación a la figura del agotamiento de jurisdicción.

En el caso bajo estudio, se tiene que lo pretendido con la presente demanda es que se ordene a las accionadas adoptar todas las medidas técnicas, presupuestales y administrativas, con el fin que la Institución Educativa Vargas Vila sea apta para prestar servicios educativos a los niños y niñas del sector, realizando todas las reparaciones locativas a las que haya lugar.

Se reitera que, al momento de contestar la demanda, el municipio de Manizales manifestó que, en el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito estaba en trámite una demanda

² Aunados a los de concentración, eventualidad e informalidad como principios generales del C. de P. C.

presentada en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivo por los mismos hechos y con idénticas pretensiones a la que ahora se incoaba.

De igual manera, de la respuesta allegada por parte del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales se desprende que, allí se tramita una popular instaurada por Enrique Arbeláez Mutis, en contra del municipio de Manizales, mediante la cual pretende se recupere dos sedes educativas entre las cuales se encuentra el Instituto Educativo Vargas Vila que esta sin función educativa, sin estudiantes y sin cumplir el objetivo de ser un escenario educativo al servicio de la comunidad, siendo necesario realizar obras de reparaciones locativas.

De la respuesta allegada por el Juzgado se desprende lo siguiente:

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES (PDF nro. 23 expediente digital)

Radicado: 17001-33-33-003-2022-00183-00

Demandante: Enrique Arbeláez Mutis

Demandados: Municipio de Manizales

Estado Actual: Pendiente de fijar fecha para audiencia de pacto.

Derechos colectivos vulnerados: prevención de desastres previsibles técnicamente; ambiente sano; defensa del bien público; obras publicas eficientes y oportunas.

Pretensiones: *“Recuperar la sede educativa denominada Vargas Vila que esta sin función educativa, sin estudiantes, sin cumplir el objetivo de ser un escenario educativo al servicio de la comunidad. Dicho lugar está en pleno abandono, con un entorno en deterioro y con mal ambiente en sus zonas verdes etc. Lo propio ocurre con su espacio deportivo, baños, cocina, servicios públicos, pupitres obsoletos, falta de drenaje, no hay mantenimiento de nada en ese lugar por el abandono en que se encuentra. Las paredes están sucias, sin pintar. Todo el escenario educativo está abandonado y sin servicio. Es precise que se orden recuperarlo, hacerle obras y dotarlo de todo lo necesario”.*

Se aportó además, copia de la providencia del 25 de julio de 2022 mediante el cual se admite la demanda presentada por Enrique Arbeláez Mutis contra el municipio de Manizales, proceso identificado con el radicado 17001-33-33-003-2022-00242-00

Realizando entonces un cotejo entre las dos acciones populares se tiene que:

MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS 17001-33-33-003-2022-00242-00 (JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES)	MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS 17001-23-33-000-2022-00183-00 (TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS)
Demandante: Enrique Arbeláez Mutis	DEMANDANTE: Teresita Zapata Burítica
DEMANDADO: municipio de Manizales	DEMANDADO: municipio de Manizales, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Desarrollo
PRETENSIONES: 1. Recuperar la sede educativa denominada Vargas Vila que esta sin función educativa, sin estudiantes, sin cumplir el objetivo de ser un escenario educativo al servicio de la comunidad. Dicho lugar está en pleno abandono, con un entorno en deterioro y con mal ambiente en sus zonas verdes etc. Lo propio ocurre con su espacio deportivo, baños, cocina, servicios públicos, pupitres obsoletos, falta de drenaje, no hay mantenimiento de nada en ese lugar por el abandono en que se encuentra. Las paredes están sucias, sin pintar. Todo el escenario educativo está abandonado y sin servicio. Es preciso que se orden recuperarlo, hacerle obras y dotarlo de todo lo necesario. 2. La sede Rosario Jurado el nivel del piso es defectuoso lo que debe resolverse porque ese lugar de ingreso al establecimiento se inunda. Hay que construir o colocar nuevas vallas a su alrededor ya que las actuales están podridas. 3. Hay que hacer paredes de los salones en otro material en razón a que están hechas en albestro (sic) material que afecta la salud. Los elementos de enseñanza están obsoletos, debe procederse dotar a la institución de elementos nuevo y modernos. 4. Sede principal hay que dotarla de aulas nuevas construidas en zona verde donde hay espacio. Dotar y mejorar sustancialmente el laboratorio, sala de computadores más amplia y con mejores condiciones porque los profesores trabajan allí con muy poco espacio, no hay comodidad. La biblioteca requiere	PRETENSIONES: PRIMERA: Amparar la protección a los derechos e intereses colectivos a través de la adopción de todas las medidas presupuestales y administrativas con el fin de que el municipio de Manizales adquiera el bien, para el beneficio de la comunidad. SEGUNDO: Una vez el predio mencionado sea del municipio de Manizales, adoptar todas las medidas técnicas, presupuestales y administrativas, con el fin que la INSTITUCION EDUCATIVA VARGAS VILA sea apta para prestar servicios educativos a los niños y niñas del sector. (Reparaciones locativas a las que haya lugar entre otras)

de mejores condiciones, mesas y sillas deben ser modernas y nuevas. 5. La sede principal debe mejorarse construyendo espacios para la biblioteca, sala de música, sala de internet. Es preciso un mega colegio porque hay espacio para ello. Tratar de hacer un proyecto de esta naturaleza ya que son muchos los estudiantes que allí hay. 6. Sede sobre la carrera 31 con calle 104 A, precisa de manejo de aguas lluvias, tratar las escalas, obras públicas en el patio principal que se inunda y está en pésimas condiciones. Allí hay niños y niñas en transición que requieren de mejores elementos para la enseñanza, mejorar y dotar la institución para esos niños es fundamental.	
derechos vulnerados: ason los referidos en el art. 4 de la ley 472 de 1998, a saber: prevención de desastres previsibles técnicamente, ambiente sano, defensa del bien público, obras públicas eficientes y oportunas.	DERECHOS VULNERADOS: derecho a la integridad y uso común del espacio público, defensa del patrimonio público
HECHOS: La sede principal y secundarias de la institución educativa Pio X y Vargas Vila en el barrio la Enea de Manizales, se encuentran en mal estado, les falta elementos modernos para poder tener una buena calidad de educación. Una de ellas no funciona bajo la justificación injusta de que no es propiedad del municipio, aducen que es el Inurbe pero disfrutaron de ella durante muchos años, ya no tiene alumnos y está en pleno abandono en su estructura. Varios de los establecimientos tienen en mal estado los baños, las sillas, las paredes, se inundan algunos de los sectores de pasillos, no hay drenajes. La sede de la parte alta de la Enea, se hacen obras por parte de los mismos profesores o padres de familia lo que resulta injusto desde todo punto de vista porque la competencia es del estado. La Institución educativa sobre la carrera 34 calles 98 y 99, estuvo funcionando, y luego se abandonó bajo el fundamento de que no es propiedad del municipio de Manizales, es decir, enseñan y disfrutan del lugar y luego dicen cualquier cosa	HECHOS: Desde el año 2019, la Institución Educativa Vargas Vila localizada en la carrera 34 calles 98 y 99 barrio en la enea en Manizales, dejó de funcionar. Por lo anterior se presentó solicitud para la ejecución de un proyecto de <i>“MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA VARGAS VILA”</i> ante la secretaria de obras públicas de esta ciudad. El proyecto es de suma importancia para la comunidad puesto que los niños y niñas del sector debieron ser reubicados en otras instituciones educativas, y en ocasiones quedan lejanos de sus hogares. En el mes de abril presente ante la secretaria de educación y Ministerio de vivienda requisito de procedibilidad. el día 20 de abril radique ante ministerio de vivienda el requisito de procedibilidad. Pese las respuestas emitidas por las entidades accionadas, ninguna da solución a la problemática de la comunidad,

para dejar abandonado el escenario educativo. En la sede principal se precisas de más aulas, de más comodidad en los salones donde están los instrumentos musicales y su banda musical, lo mismo en la sala de profesores donde hay computadores. El entorno se propicia para construir aulas y ampliar el servicio educativo ya que son cientos de estudiantes que allí tienen el servicio educativo.	afectada por el trasladado de los niños y niñas a diferentes colegios. Lo anterior sumado al hecho de que el colegio tenía espacios habilitados para que la comunidad realizara actividades sociales, para este conglomerado social

El anterior paralelo permite concluir que, en resumen las dos demandas se fundamentan en el hecho de que la Institución educativa Vargas Vila localizada en la carrera 34 calles 98 y 99 barrio en la Enea en Manizales fue abandonada por no estar en condiciones para que los estudiantes y profesores asistan a dichas instalaciones y que no se le hacen las reparaciones que necesitan porque el municipio de Manizales alega que al no ser propiedad de la entidad territorial no le asiste obligación alguna de realizar las obras que se requieren; de igual forma las dos demandas tienen el mismo objeto, recuperación y adecuación de la institución educativa para el retorno de los estudiante y profesores a la misma, e incluso presentan identidad en la parte accionada, municipio de Manizales.

Si bien en la demanda radicada ante el Tribunal, se vincula además al Ministerio de Vivienda, ciudad y Desarrollo, a todas luces este no podría ser un impase para considerar cumplido los parámetros que ha señalado el Consejo de Estado para declarar agotamiento de la jurisdicción, por cuanto, a todas luces, este Ministerio no tiene responsabilidad alguna sobre los hechos narrados y además, por cuanto por esa causa podría incurrirse en la existencia de dos proceso con el mismo objetivo y posiblemente doble sentencia, atendiendo que está prohibida la acumulación.

Por lo anterior, esta Sala de Decisión en acogimiento de la posición de la Sala Plena del H. Consejo de Estado, y conforme a lo expuesto, declarará que en el presente caso se presenta la figura de agotamiento de jurisdicción, teniendo en cuenta que la demanda tramitada ante el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales fue presentada el 14 de julio de 2022 y admitida el 25 de julio de la presente anualidad, es decir que fue admitida con anterioridad a la tramitada ante el Tribunal Administrativo de Caldas (Fecha de presentación 26 de Julio de 2022, admisión 29 de julio de 2022) y en consecuencia, dispondrá la nulidad de todo lo actuado y rechazará la presente demanda que en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos instauró la

señora Teresita Zapata Buriticá en contra del municipio de Manizales, y el Ministerio de Vivienda Ciudad y Desarrollo.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRASE que en el presente proceso se presenta la figura de **AGOTAMIENTO DE JURISDICCIÓN**.

SEGUNDO: EJECUTORIADO este auto, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones que sean del caso en el Programa Justicia Siglo XXI y **DEVUÉLVANSE** los anexos sin necesidad de desglose.

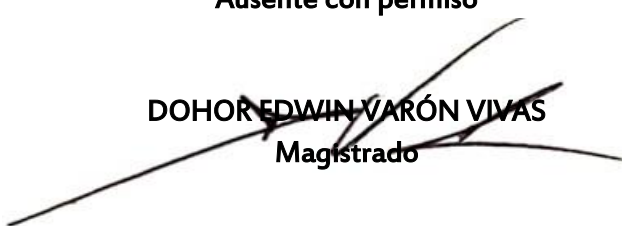
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 06 de octubre de 2022, conforme acta nro. 056 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 181 del 010 de octubre de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN	17-001-23-33-000-2022-00186-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	ALEXANDER TRUJILLO GIRALDO; FABIO VELÁSQUEZ; JOSÉ EDUARDO HENAO QUINTERO; CARLOS ANDRÉS HENAO SALAZAR; WILDER FERNEY LÓPEZ
DEMANDADO	LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL E INTERPOL- DIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO DE LA POLICÍA NACIONAL

Procede la Sala primera de Decisión a resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte actora, contra el auto del 02 de septiembre de 2022 mediante el cual se rechazó la demanda de la referencia.

ANTECEDENTES

Con la presente demanda pretenden los accionantes, se declare la nulidad de la Orden Administrativa de Personal no.22-031 del 31 de enero de 2022, a través de la cual se ordenó la desvinculación de Dirección Seccional de Investigación de Manizales y el traslado de los demandantes.

Al estudiar la demanda se evidenció que carecía de varios requisitos, por lo que se ordenó corregir mediante auto del 02 de agosto de 2022; vencido el término otorgado para corregir, mediante constancia secretarial se pasó al Despacho del ponente, informando que la parte actora no corrigió la demanda, por lo que mediante auto de sala de fecha 02 de septiembre de 2022 se rechazó la demanda.

Estando dentro del término de ejecutoria del auto de rechazo, la parte actora presentó recurso de reposición, allegando prueba de la presentación en tiempo de la corrección.

CONSIDERACIONES

Respecto del recurso de reposición el artículo 242 del CPACA establece:

ARTÍCULO 242. REPOSICIÓN. El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso.

Ahora bien, revisado el expediente encuentra la Sala que, el auto mediante el cual se ordenó corregir la demanda se notificó el 03 de agosto de 2022, por lo que los 10 días que se concedieron a la parte para corregir corrieron del 04 al 18 de agosto del año en curso.

Una vez presentado el recurso de reposición, advierte la Secretaría que efectivamente la parte actora había presentado en fecha 16 de agosto de 2022, escrito por el cual subsanaba las inconsistencias detectadas por el Despacho, anunciando que, por un error de su parte, se informó en forma equivocada al Despacho del ponente, que ello no había sucedido.

En este orden de ideas y, en aplicación del principio de acceso a la justicia, deberá la sala reponer el auto del 02 de septiembre de 2022, mediante el cual se rechazó la demanda por no corrección, y en su lugar se devolverá al ponente para que continúe con el estudio de la admisión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

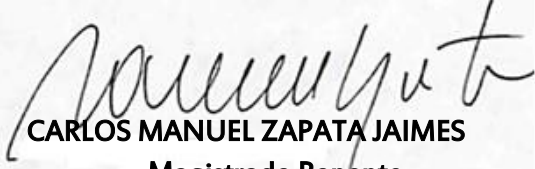
RESUELVE

PRIMERO: REPONER el auto del 02 de septiembre de 2022 por medio del cual se rechaza la demanda instaura en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por **ALEXANDER TRUJILLO GIRALDO; FABIO VELÁSQUEZ; JOSÉ EDUARDO HENAO QUINTERO; CARLOS ANDRÉS HENAO SALAZAR; WILDER FERNEY LÓPEZ** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL E INTERPOL- DIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO DE LA POLICÍA NACIONAL**.

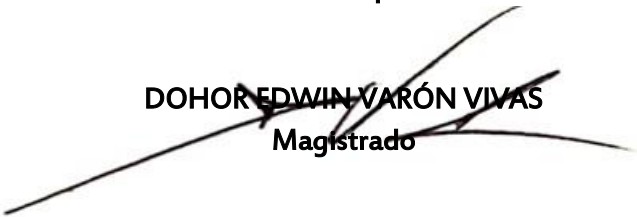
SEGUNDO: DEVOLVER al Despacho del ponente, para que se continúe con el estudio de la admisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 06 de octubre de 2022, conforme acta nro. 056 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 181 del 010 de octubre de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-33-001-2019-00226-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARIA LUCERO MANRIQUE VILLEGAS
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra el fallo que accedió parcialmente a pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 2 de mayo de 2022.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 0562 del 1º de agosto de 2016, en cuanto reliquidó una pensión de jubilación y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios previo al retiro definitivo del cargo docente.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 13 de abril de 2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que se retiró del servicio, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada que reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 31 de diciembre de 2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que se efectuó el retiro definitivo del cargo docente, que son los que constituyen la base de la reliquidación de la pensión.
2. Que del valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución nro. 0562 del 1º de agosto de 2016, que reliquidó la pensión vitalicia de jubilación.
3. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que sobre el monto inicial de la pensión aplique los reajustes de la ley para cada año, como lo ordena la Constitución Política y la ley.
4. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
5. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA.
6. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo tomando como base el IPC.
7. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento de los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.

8. Condenar en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, acorde a lo determinado en el artículo 188 del CPACA.

9. Que las sumas que resultaren a favor del demandante se descuente lo cancelado en virtud de la resolución que reconoció el derecho a la pensión de jubilación.

HECHOS

➤ La demandante laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial, por lo que al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

➤ La base de la liquidación pensional incluyó en su momento solo la asignación básica y dejó por fuera del IBL la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos en el último año de servicios.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que estableció el régimen prestacional de los docentes, este depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989; pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que, por lo anterior, para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudirse a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Manifestó que, en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe realizar los descuentos correspondientes, pero que ello no es óbice para incorporarlos en el IBL.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: no contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 2 de mayo de 2022 accedió parcialmente a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si la demandante tenía derecho a que la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos en ese mismo lapso.

Tras citar al régimen aplicable a los docentes del magisterio, que incluyó la Ley 100 de 1993, la Ley 812 de 2003, la Ley 91 de 1989, la Ley 33 de 1985, así como jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, concluyó que como la demandante se vinculó al servicio educativo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, debía acudirse al artículo 1 de la Ley 62 de 1985 para establecer qué factores salariales debían ser incorporados en el IBL de la pensión.

Explicó que en este caso la actora pide se le incluya la bonificación mensual creada por el Decreto 1566 de 2014, frente a la cual precisó que la misma fue creada como factor salarial para todos los efectos legales, y de acuerdo a sentencia del Consejo de Estado puede ser incluida en el IBL de la pensión, pues, aunque no está enlistada en la Ley 62 de 1985, esto se debe a que fue creada con posterioridad a esta norma.

En cuanto a la prima de servicios, tras citar fallo del Consejo de Estado del 4 de marzo de 2021, sostuvo que no es procedente su inclusión en la base de liquidación pensional, ya que no dicho rubro no tiene la connotación de ser factor salarial.

Concluyó que en este caso era procedente ordenarle al FNPSM que reliquidara la pensión de la actora con la inclusión de la bonificación mensual por valor de \$38.320,39 a la que se aplicaría la tasa de reemplazo del 75%, para tener un reajuste total de \$28.740,29, el cual fue devengado en el año anterior a la adquisición del status de pensionada (13/04/2015-13/04/2016); y que la reliquidación se haría efectiva a partir del 13/04/2016, ya que en este caso no evidenció que se hubiera configurado la prescripción trienal.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: ACCEDER PARCIALMENTE A LAS PRETENSIONES de la demanda incoadas dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora MARÍA LUCERO MANRIQUE VILLEGAS en contra de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FNPSM-.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 0562 del 1 de agosto de 2016, mediante la cual se reliquidó la pensión de jubilación de la demandante, sin incluir el factor salarial de bonificación mensual.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la Nación –Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-reliquidar y pagar la pensión de jubilación, en favor de la señora MARÍA LUCERO MANRIQUE VILLEGAS, con la inclusión de la bonificación mensual en cuantía de \$38.320,3913 a la que se aplica la tasa de reemplazo del 75%, para tener un reajuste total de \$28.740,29, el cual fue devengado en el año anterior a la adquisición del status de pensionada (13/04/2015-13/04/2016). La reliquidación se hará efectiva a partir del 13/04/2016.

CUARTO: La sumas que se paguen en favor de la demandante, se actualizarán utilizando la fórmula de matemática financiera empleada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para la actualización del dinero.

QUINTO: NIEGÁNSE las demás pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada NACIÓN–MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en

los artículos 365 y 366 del CGP. La condena en costas se realiza de modo parcial, dada la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, razón por la cual solo asumirá el 50% de las costas que se encuentren procesalmente probadas. Por agencias en derecho se fija la suma correspondiente al 6% de las pretensiones reconocidas, esto es, la suma de ochocientos setenta y tres mil ciento noventa y nueve pesos con setenta y cuatro centavos (\$873.199,74) conforme lo estipulado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura "Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho", derogatorio del Acuerdo 1887 de 2003. (...).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible en el archivo #18 del expediente digital.

Sostuvo que, dentro del expediente, no reposa prueba que acredite que la docente efectivamente cotizó al sistema sobre el factor que se ordenó incluir en el IBL de la pensión; y agregó que para los docentes vinculados antes de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, los factores que se deben tener en cuenta en la prestación periódica son lo establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Resaltó que las secretarías de Educación certificadas son las encargadas de elaborar los proyectos de actos administrativos tal como lo establece el artículo 56 de la Ley 962 del 2005, para así enviarlo a la Fiduprevisora S.A para su correspondiente aprobación, y que revisada la Resolución nro. 562 del 01/08/2016, mediante la cual se le reconoció a la docente la prestación (reliquidación de pensión de jubilación), se pudo evidenciar que los factores tenidos en cuenta por la secretaría Educación de Manizales fueron: prima de navidad, prima de vacaciones y sueldo, lo que deja claro que fue esta entidad la que no incluyó el factor de bonificación mensual en el proyecto de resolución, por ello, la responsable de lo reclamado en este proceso.

En cuanto al Fondo de Prestaciones Sociales, sostuvo que fue creado por la Ley 91 de 1989, y que esta norma en su artículo 15 dispuso el régimen pensional del personal docente nacional y nacionalizado; y en cuanto a los factores salariales a incluir en el IBL de la pensión de jubilación, sostuvo que de conformidad con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, se fijaron las reglas aplicables en términos similares a lo decidido en la

sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, es decir, que los únicos rubros a incluir en la base de liquidación son los enunciados en la Ley 62 de 1985 y sobre los cuales se hayan realizado aportes.

Pidió entonces revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar declarar las excepciones propuestas por la entidad demandada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, las partes no se pronunciaron sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos

¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora María Lucero Manrique Villegas con la inclusión en el IBL de la bonificación mensual devengada en el último año de prestación de servicios?

Lo probado

- A la señora María Lucero Manrique Villegas se le reconoció una pensión de jubilación a través de la Resolución nro. 611 del 21 de octubre de 2011, la cual fue reajustada a través de Resolución 0562 del 1º de agosto de 2016 que aumentó el valor de la mesada a la suma de \$2.478.647, efectiva a partir del 13/04/2016. En el reajuste de su pensión se incluyeron los factores de prima de navidad, prima de vacaciones y sueldo devengados en el año de retiro, y a ese salario base de liquidación se aplicó una tasa de reemplazo del 75% para obtener el monto de la mesada pensional.
- En el formato único para la expedición de certificado de salarios, se marcó con una “equis” la casilla que indica que la demandante no está activa en el servicio. Además, se evidencia que devengó entre los años 2015 y 2016: asignación básica, bonificación mensual, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹ que reguló dos eventos:

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

El Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º lo siguiente:

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

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

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

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

2. Pensiones: [...]

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

Para el caso concreto, aunque no se conoce la fecha de vinculación de la demandante, en la demanda se afirmó que ocurrió antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, supuesto fáctico que no fue controvertido por la parte demandada de ninguna manera.

Por ello, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019², en la que indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados³, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁴”*.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

³ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁴ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *“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”.*

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes que cumplieran los requisitos de ley, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicios. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁵ y primera subregla⁶ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁷, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”.*

⁵ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: **“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”** (negrilla es del texto).

⁶ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

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

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

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

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”.*

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través

de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Manrique Villegas le reconocieron pensión de jubilación, en cuyo reajuste se incluyó la prima de navidad y la prima de vacaciones.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubieran omitido incluir los demás factores salariales devengados en el año de retiro del servicio, especialmente la prima de servicios y la bonificación mensual.

En relación con la prima de servicios ninguna manifestación se hará al respecto, ya que, pese a no haber sido incluida por el juez de primera instancia en el IBL de la pensión, la parte demandante no presentó recurso de apelación contra esa decisión.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Queda entonces por determinar si la bonificación mensual puede ser incorporada en el ingreso base de liquidación pensional.

De conformidad con los Decretos 1566 de 2014, 1272 de 2015, 123 de 2016 y 983 de 2017, que crearon una bonificación mensual para los servidores públicos docentes, la cual *“constituye factor salarial para todos los efectos legales”*, para este Tribunal a partir de la fecha de su reconocimiento (1º de junio de 2014), que se ha extendido en la práctica hasta

el 31 de diciembre de 2017 según la última de las normas mencionadas, permite incluir la misma en el IBL de la pensión, siempre que hubiere sido devengada en el último año anterior al estatus pensional, así no esté expresamente contemplada en la Ley 62 de 1985.

Lo anterior, porque como bien lo afirmó la *a quo*, el Consejo de Estado ha permitido la inclusión de la bonificación mensual en el IBL de la pensión, toda vez que su creación legal fue posterior a la Ley 33 de 1985 y porque se trata de un emolumento sobre el cual, conforme a la norma que lo creó, se debieron realizar aportes, tal y como lo establece el ya mencionado Decreto 1566 de 2014.

En este caso, aunque en el expediente no existe prueba de que la actora haya realizado aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones sobre la bonificación mensual, también lo es que, según el formato único para la expedición de certificado de salarios, en el último año de servicios fue devengada por aquella; por ende, de conformidad con la normativa citada, debe tenerse en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación de la mesada pensional dicho emolumento, puesto que sobre el mismo se debían haber efectuado las respectivas cotizaciones.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada procede sólo respecto de la bonificación mensual, por lo que la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la bonificación mensual como factor salarial devengado en el último año de prestación de servicios, tal como lo decidió el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales.

Costas

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no hubo actuación de las partes ante esta Corporación.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 2 de mayo de 2022 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **MARÍA LUCERO MANRIQUE VILLEGAS** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NO SE CONDENA EN COSTAS por lo brevemente expuesto en la parte considerativa.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 06 de octubre de 2022 conforme acta nro. 056 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 181 del 010 de octubre de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN	17001-33-39-007-2018-00235-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LILIANA MARÍN RAMÍREZ
DEMANDADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el día 28 de marzo de 2022.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad de la Resolución nro. 7280-6 del 20 de septiembre de 2017, que decidió ascender o reubicar a la demandante en el escalafón docente, sin reconocer los efectos fiscales desde el 1º de enero de 2016.
2. Que se declare la nulidad de la Resolución nro. 20172000074485 del 21 de diciembre de 2017, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que desató un recurso de apelación.
3. Que se declare que la accionante tiene derecho a que el departamento de Caldas reconozca su ascenso o reubicación salarial al grado y/o nivel 2A desde el 1º de enero de 2016, por haber aprobado la Evaluación de Carácter Diagnóstica Formativa en la modalidad de curso de formación.
4. Que se Condene a la entidad demandada a título de restablecimiento del derecho, que reconozca y pague a la accionante su ascenso o reubicación salarial en el grado y/o nivel 2A

en el escalafón docente del estatuto de profesionalización docente contemplado en el Decreto 1278 de 2002, a partir del 1º de enero de 2016.

5. Que se ordene a la entidad demandada a que dé cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 192 y numerales 1, 2 y 3 del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

6. Que se Condene a la entidad demandada a que, sobre las sumas adeudadas, se incorporen los ajustes de valor, conforme al IPC, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

7. Que se Condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

8. Que se Condene en costas a la entidad demandada conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

➤ La demandante ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida en el departamento de Caldas desde el momento de la certificación educativa de la Ley 60 de 1993 y Ley 715 de 2001.

➤ Al momento de su vinculación fue escalafonado conforme el Decreto 1278 de 2002.

➤ FECODE y el Gobierno Nacional, en el acta de acuerdos suscrita el 7 de mayo de 2015, concertaron la realización de una evaluación con carácter diagnóstica formativa a todos los docentes que no hubiesen podido ascender o reclasificarse en el escalafón a pesar de haberse presentado con anterioridad. El demandante participó de la misma y superó en su integralidad la ECDF¹ en el curso de formación.

➤ La demandante solicitó su ascenso en el escalafón y/o clasificación salarial, el cual fue concedido mediante el acto administrativo demandado al grado 2, nivel A.

¹ Evaluación de carácter diagnóstica formativa

- En la parte resolutive de la decisión adoptada se reconocieron los efectos fiscales a partir del 8 de agosto de 2017, teniendo derecho a que se reconocieran desde el 1° de enero de 2016, razón por la cual se presentaron los recursos de ley contra la decisión.
- Mediante el acto administrativo demandado se decidió no reconocer el costo acumulado reclamado por el demandante mediante derecho de petición.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Decreto 1751 de 2016; Acta de Acuerdos MEN-FECODE del 7 de mayo de 2015; Acta de Acuerdos Comité Implementación de la E.C.D.F – MEN y FECODE del 17 de agosto de 2016; artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122 de la Constitución Política.

Explicó que FECODE en el año 2015 presentó dentro de los términos del Decreto 160 de 2014 pliego de peticiones mediante el cual solicitó al Gobierno Nacional el ascenso en el escalafón nacional y la reubicación salarial de todos los docentes que perteneciendo al Decreto 1278 de 2002, y que, habiendo participado en procesos de evaluación de competencias, no hubieran podido lograr el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial.

Que después de varias conversaciones se suscribió un acuerdo entre el Ministerio de Educación y FECODE, en el cual se indicó que la actualización en el escalafón docente se basaría en una evaluación de carácter diagnóstica formativa, y que los docentes que no la aprobaran tomarían cursos de capacitación diseñados por facultades de educación aprobadas por el Ministerio de Educación; con la certificación del respectivo curso se procedería a la reinscripción o actualización del escalafón.

Que el 17 de agosto de 2016, en cumplimiento del acuerdo suscrito el 7 de mayo de 2015, el Comité de Implementación de la ECDF dejó claro que se expediría el decreto de retroactividad al 1° de enero de 2016 para los docentes que aprobaron la ECDF.

Que en ese sentido fue expedido el artículo 2.4.1.4.5.8 del Decreto 1075 de 2015, adicionado por el Decreto 1757 de 2015, el cual determinó cuáles serían las etapas del proceso de evaluación con carácter diagnóstica. En consecuencia, al recibir la calificación satisfactoria en los resultados de los ECDF los efectos fiscales del reconocimiento se deben realizar desde el 1° de enero de 2016; y quienes no hubieran aprobado el curso de formación no tiene derecho a esa retroactividad.

Aclaró que esa situación no es la de la demandante, ya que está acreditado el cumplimiento de los requisitos de ley para que le fueran reconocidos esos efectos fiscales desde el 1° de enero de 2016, pues el curso de formación, de acuerdo al acta del 17 de agosto de 2016 de la reunión entre el Ministerio de Educación y FECODE, da derecho a esa retroactividad.

Resaltó que el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015, luego de la modificación del Decreto 1751 del 3 de noviembre de 2016, unificó la fecha de reconocimiento de los efectos fiscales desde el 1° de enero de 2016 para todos los docentes que superaron la evaluación de carácter diagnóstica formativa, sin distinguir la etapa en la cual fue superada.

Adujo que interpretar el artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1757 de 2015 de otra manera es absurdo, no solo porque contraría lo pactado con FECODE, sino porque además genera un trato desigual al tratarse del mismo proceso de evaluación que constituye una sola actuación administrativa.

Precisó entonces que el acto administrativo demandado incurrió en falsa motivación, ya que la demandante acreditó los requisitos legales para tener derecho a que su ascenso o retroactivo se efectúe desde el 1° de enero de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

DEPARTAMENTO DE CALDAS: en relación con los hechos afirmó que unos eran ciertos, que otros no, y que otros no le constaban; y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al afirmar que a la demandante no le asiste el derecho que reclama.

Como razones de defensa, expuso que la interpretación que se realiza en relación al Decreto 1751 de 2016 es errada, ya que la reubicación salarial en el escalafón docente con efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2016 opera siempre y cuando el aspirante supere la evaluación diagnóstica formativa, circunstancia que no se da en el presente caso, y por eso se vio obligada a realizar un requisito adicional para lograr el ascenso y este lo cumplió con posterioridad al 1° de enero de 2016.

Propuso como excepciones:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** aseguró que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones de los docentes; y también contra la Fiduprevisora por ser la entidad que se encarga del pago.

- **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** adujo que no existe obligación alguna de acuerdo a las normas que regulan el ascenso.

- **Vinculación al Ministerio de Educación Nacional:** solicitó vincular a esta entidad teniendo en cuenta que es el titular de la obligación frente al reconocimiento y pago prestaciones docentes de conformidad con la Ley 91 de 1989.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones por carecer de fundamento legal y respaldo probatorio.

En relación con los hechos indicó de la mayoría que no le constaban, y de otros que eran parcialmente ciertos.

Propuso las excepciones de:

- **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones:** adujo que si en gracia de discusión se aceptara la acumulación de pretensiones que hace la parte demandante en el libelo introductor, no se encuentra claro el concepto de la violación que endilga respecto a los actos administrativos impugnados y/o cuál sería el indebido actuar, y menos en relación con el actuar de la entidad.

- **No comprender la demanda todos los litisconsorcios necesarios:** indicó que en el presente asunto el concepto de la violación atiende situaciones ajenas a las competencias de la entidad, ya que se hace alusión a incumplimientos en unos acuerdos celebrados con el Gobierno Nacional, y por ello se hace su necesario su comparecencia, o como mínimo la del Ministerio de Educación.

- **Solicitud de sentencia anticipada:** con soporte en el artículo 278 del CGP, pidió se termine anticipadamente el proceso en relación con la entidad.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** fundamentada en la ausencia de injerencia en la emisión de la norma en que debían fundarse las entidades territoriales certificadas en educación y que resulta ser el objeto del litigio, como el Decreto Ley 1075 de 2015 y las demás

normas concordantes, las cuales están amparadas por la presunción de legalidad, al igual que los actos administrativos.

- **Caducidad:** adujo que operó la caducidad respecto a los actos administrativos de contenido general, como los Decretos 1075 de 2015, 2757 de 2015 y 1701 de 2016.
- **Estricta legalidad de los actos administrativos demandados:** resaltó que para el caso de la demandante existe norma especial como es el artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1757 de 2015, que adicionó el Decreto 1075 de 2015 y de paso reglamentó el Decreto 1278 de 2002; disposición que después fue modificada por el Decreto 1751 de 2016, particularmente respecto al artículo 2.4.1.4.5.11, y varió la fecha a partir de la cual surtirían efectos fiscales los ascensos, indicando que únicamente para quienes hubieren aprobado la evaluación con carácter diagnóstico serían a partir del 1° de enero de 2016.
- **Buena fe:** la CNSC ha obrado con apego a la Constitución y la ley.
- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 28 de marzo de 2022, negó pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos determinar a partir de qué fecha debían reconocerse los efectos fiscales de la reubicación en el nivel de escalafón docente concedido a la demandante al grado 2 nivel A mediante la Resolución nro. 7280-6 del 20 de septiembre de 2017.

En primer lugar, realizó un análisis del marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso, que incluyó el Decreto 1278 de 2002, el Decreto 1075 de 2015, el Decreto 1757 de 2015, la Resolución nro. 15711 de 2015, Resolución nro. 17471 de 2016 y el Decreto 1657 de 2016.

Seguidamente, descendió al caso concreto, y resaltó que la demandante pretende el reconocimiento y pago del ascenso al Grado 2 del nivel A del escalafón docente con efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2016 y no desde el 08 de agosto de 2017, esta última fecha correspondiente al día en que presentó los documentos ante la entidad nominadora para acreditar la aprobación del curso de formación.

Explicó que el Acta de Acuerdos del 07 de mayo de 2015, suscrita entre el Gobierno Nacional y Fecode, estableció los parámetros para los docentes que no lograron ascender o reclasificarse en el escalafón, pese a haber presentado varias evaluaciones de carácter diagnóstico, y que de acuerdo a esos criterios, existe un tratamiento diferencial entre los docentes que aprobaron la evaluación diagnóstico formativa y quienes no; diferencia que se concreta en la fecha de los efectos fiscales del reconocimiento del ascenso de grado o la reubicación del nivel en el escalafón docente.

Que revisada la Resolución nro. 7280-6 del 20 de septiembre de 2017, se establece que la docente ostentó derechos de carrera y se encontraba en el grado 1A del escalafón, y que ella optó por la realización del curso de formación en los términos del artículo 2.4.1.4.12 del Decreto 1075 de 2015, siendo aprobado según lo certifica la Universidad Católica de Manizales; con ello acreditó el cumplimiento del requisito ante la entidad territorial y radicó su solicitud el 08 de agosto de 2017.

Que como la docente no aprobó o no participó en la evaluación de carácter diagnóstica formativa y para lograr su ascenso acudió a los cursos de formación reglamentados por el Ministerio de Educación, se justifica que el ente territorial hubiese reconocido los efectos fiscales del ascenso a partir del momento en que la educadora radicó los documentos con los cuales acreditó la aprobación del curso de formación; ello porque la norma aplicable en su caso es el artículo 2.4.1.4.5.12 del decreto 1757 de 2015.

De conformidad con lo anterior, sostuvo que era claro que a la docente no le asistía el derecho a que los efectos fiscales de la reubicación salarial fueran desde el 1° de enero de 2016, ya que esta fecha es aplicable únicamente los docentes que participaron y superaron satisfactoriamente la evaluación con carácter diagnóstica formativa, y que el curso de formación que la accionante realizó fue creado como un mecanismo subsidiario para obtener el ascenso o la reubicación salarial y esta diferencia era la que hacía procedente un trato diferencial con respecto a quienes si presentaron y aprobaron la mencionada evaluación.

Se plasmó en la parte resolutive:

Primero: Declárese probadas las excepciones denominadas "inexistencia de la obligación con fundamento en la ley" propuesta por el departamento de Caldas y "estricta legalidad de los actos administrativo demandados" de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Segundo: *Negar las pretensiones de la demanda, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.*

(...)

Cuarto: *Sin condena en costas a la parte demandante, conforme lo indicado en la parte motiva.*

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia mediante memorial que reposa en el archivo #14 del expediente escaneado de primera instancia.

Explicó que con el Decreto 1278 de 2002 los docentes se vinculan a la educación por medio de concurso público, pero como estaba siendo difícil la incorporación en propiedad se presentó la propuesta de crear una figura que se denominó evaluación de carácter diagnóstica, y fue así como nació el Decreto 1757 de 2015, por medio del cual se reglamentó parcial y transitoriamente el Decreto 1278 de 2002 en materia de evaluación de ascenso y reubicación salarial; norma que estipuló que aquellos docentes que habiendo participado en el concurso entre los años 2010 y 2014 y no lograron el ascenso, podían presentar evaluación de carácter diagnóstica formativa y que los efectos fiscales se dan desde la fecha en la cual se publiquen la lista de candidatos.

Que, en atención a lo decidido por el Comité de Implementación de la ECDF, se logró la expedición del Decreto 1751 de 2016, norma que determinó los efectos fiscales del ascenso a partir del 1° de enero de 2016. Por ello, es claro que los efectos fiscales a que tiene derecho un docente que cursó y aprobó el curso de evaluación diagnóstica formativa son los estipulados en el Decreto 1751 de 2016, es decir, desde el 1° de enero de 2016; y que como la norma no realizó distinción alguna entre quienes superaron la evaluación en la presentación del video o en la calificación de cursos de formación, se debe aplicar la excepción de legalidad mencionada en la Constitución Política.

Resaltó que el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015, luego de la modificación del Decreto 1751, unificó la fecha de reconocimiento de los efectos fiscales al 1° de enero de 2016 para todos los docentes que superaron la evaluación de carácter diagnóstica formativa sin distinguir la etapa en la cual fue superada.

Que, por lo anterior, no cabe duda que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento de los efectos fiscales del ascenso reconocido en la resolución demandada, desde el 1° de enero del año 2016, tal y como lo estipula el Decreto 1751 del 03 de noviembre de 2016; decreto vigente al momento de la acreditación del derecho para el ascenso en el escalafón, dejando la salvedad que lo que está en discusión no es el reconocimiento del ascenso, si no los efectos fiscales reconocidos.

Finalmente, en relación con la condena en costas solicitó se revoque, dado que, la misma fue impuesta sin ningún tipo de alusión a los motivos de esta, desconociendo así el criterio de fijación objetivo valorativo que ha sido señalado por el H. Consejo de Estado sobre este tópico, así como precedentes del Tribunal Administrativo de Caldas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Al no observar irregularidades en el trámite del proceso que den lugar a declarar alguna nulidad, se procede a decidir de fondo la *litis*.

Antes de plantear los problemas jurídicos a resolver por esta Corporación, debe advertirse que aunque la parte demandante en el recurso de apelación incluyó argumentos en contra de la sentencia de primera instancia relativos a la condena en costas, al revisar la providencia del 28 de marzo de 2022 se advierte que la *a quo* se abstuvo de imponer esta condena, al argumentar que se evidenciaba una actuación mesurada de los apoderados de las entidades demandadas y la calidad de empleada de la demandante, en concordancia con recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, en los cuales se ha señalado que, en aplicación al criterio objetivo -valorativo, se deben atender unas pautas que en este caso se concluyó no se cumplieron.

Por lo anterior, ningún problema jurídico se planteará al respecto.

Problema jurídico

1. ¿Tiene derecho la demandante a que su ascenso en el escalafón docente, obtenido conforme Decreto 1757 de 2015, tenga efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2016?

Lo probado

- La Resolución nro. 7280-6 del 20 de septiembre de 2017 ascendió a un docente regido por el Decreto 1278 de 2002 en el escalafón. En la parte resolutive se dispuso reubicar a la educadora al grado 2A, y se indicó que se surtían los efectos fiscales a partir del 8 de agosto de 2017, de acuerdo a la fecha de radicación del curso.
- A través de Resolución nro. CNSC 20172000074485 del 21 de diciembre de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil resolvió un recurso de apelación interpuesto en contra del acto administrativo que ascendió al demandante en el escalafón docente, negando la aplicación de la excepción de ilegalidad frente al artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1075 de 2015, y confirmando la Resolución 7280-6 del 20 de septiembre de 2017.

Primer problema jurídico

¿Tiene derecho la demandante a que su ascenso en el escalafón docente, obtenido conforme el Decreto 1757 de 2015, tenga efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2016?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que el ascenso en el escalafón docente de la demandante debe tener efectos fiscales a partir de la fecha en que se radicó la certificación que daba cuenta de la aprobación del curso de formación, en tanto los efectos fiscales establecidos a partir del 1° de enero de 2016 solo cubren a los docentes que superaron la evaluación de carácter diagnóstica formativa, lo cual no implica una vulneración del derecho a la igualdad.

Ascenso en el escalafón docente de conformidad con el Decreto 1278 de 2002

De conformidad con el acto administrativo que se demanda, es claro que no está en discusión que el ascenso de la demandante se rige por el Decreto 1278 de 2002, por medio del cual se expidió el estatuto de profesionalización docente.

Esta norma dispuso lo siguiente frente al tema:

***Artículo 19. Escalafón Docente.** Se entiende por Escalafón Docente el sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes estatales de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y competencias, constituyendo los distintos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad*

demostrada en su labor y permitiendo asignar el correspondiente salario profesional.

La idoneidad encierra el conjunto de conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes, rendimiento y valores que se consideran imprescindibles para el desempeño de la función docente.

Artículo 20. Estructura del Escalafón Docente. *El Escalafón Docente estará conformado por tres (3) grados. Los grados se establecen con base en formación académica. Cada grado estará compuesto por cuatro (4) niveles salariales (A-B-C-D).*

Quienes superen el período de prueba se ubicarán en el Nivel Salarial A del correspondiente grado, según el título académico que acrediten; pudiendo ser reubicados en el nivel siguiente o ascender de grado, después de tres (3) años de servicio, siempre y cuando obtengan en la respectiva evaluación de competencias el puntaje indicado para ello, según lo dispuesto en el artículo 36 del presente decreto.

(...)

Artículo 23. Inscripción y Ascenso en el Escalafón Docente. *En cada entidad territorial certificada existirá una repartición organizacional encargada de llevar el registro de inscripción y ascenso en el Escalafón de los docentes y directivos docentes estatales, con las correspondientes evaluaciones y los documentos de soporte para cada grado y nivel salarial, comunicando a la dependencia que se encargue de las novedades de nómina cada vez que se presente una modificación de los mismos.*

Los ascensos en el Escalafón y la reubicación en un nivel salarial superior procederán cuando la entidad territorial certificada convoque a evaluación de competencias y se obtenga el puntaje establecido en el artículo 36 de este decreto. Dicha convocatoria establecerá el monto de la disponibilidad presupuestal para efectos de ascenso y reubicación salarial. No podrán realizarse ascensos y reubicación que superen dicha disponibilidad.

Artículo 35. Evaluación de competencias. *La competencia es una característica subyacente en una persona causalmente relacionada con su desempeño y actuación exitosa en un puesto de trabajo.*

La evaluación de competencias será realizada cada vez que la correspondiente entidad territorial lo considere conveniente, pero sin que en ningún caso transcurra un término superior a seis (6) años entre una y otra. Se hará con carácter voluntario para los docentes y directivos docentes inscritos en el Escalafón Docente que pretendan ascender de grado en el Escalafón o cambiar de nivel en un mismo grado. Se hará por grados en el escalafón y por cargos directivos docentes. Debe permitir la valoración de por lo menos los siguientes aspectos: competencias de logro y acción; competencias de ayuda y servicio; competencias de influencia; competencias de

liderazgo y dirección; competencias cognitivas; y competencias de eficacia personal.

Parágrafo. Reglamentado por el Decreto Nacional 2715 de 2009. El Ministerio de Educación Nacional será responsable del diseño de las pruebas de evaluación de competencias y definirá los procedimientos para su aplicación, lo cual podrá hacerse a través de cualquier entidad pública o privada que considere idónea.

Artículo 36. Resultados y consecuencias de las evaluaciones de desempeño y de competencias. Las evaluaciones de desempeño y de competencias tendrán las siguientes consecuencias según sus resultados:

(...)

2. Evaluación de competencias:

Serán candidatos a ser reubicados en un nivel salarial superior, o a ascender en el escalafón docente, si reúnen los requisitos para ello, quienes obtengan más de 80% en la evaluación de competencias. Para las reubicaciones y ascensos se procederá en estricto orden de puntaje hasta el monto de las disponibilidades presupuestales anuales.

(...)

Se infiere que el ascenso en el escalafón docente está acompañado de exigencias de mayores requisitos dependiendo del grado; además de la aprobación de la evaluación de competencias que es convocada por la entidad territorial a la que se encuentra vinculado el docente, la cual es aprobada siempre y cuando se obtenga un puntaje superior al 80%. De manera posterior, se profirió el Decreto 1075 de 2015, por medio del cual se expidió el decreto único reglamentario del sector educación; norma que dispuso la evaluación de que trata el artículo 35 del Decreto 1278 de 2002 para el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial de los educadores oficiales así:

Artículo 2.4.1.4.1.1. Objeto. La presente Sección tiene por objeto reglamentar la evaluación de que tratan los artículos 35 y 36 (numeral 2) del Decreto-ley 1278 de 2002 para el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial de los educadores oficiales, regidos por el Estatuto de Profesionalización Docente previsto en dicha norma, la cual será de carácter diagnóstica formativa.

Artículo 2.4.1.4.1.2. Características y principios de la evaluación. La evaluación prevista en la presente Sección es de carácter diagnóstica formativa, por lo que valorará la práctica educativa, pedagógica, didáctica y de aula. La aprobación de esta evaluación permitirá el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial en los términos que se establecen en los artículos siguientes.

La evaluación de que trata esta Sección se regirá por los principios previstos en el artículo 29 del Decreto-ley 1278 de 2002. Para el efecto, se fundamentará en los elementos de (i) enfoque cualitativo, (ii) contexto y reflexión, (iii) integralidad y validez, (iv) actividad educativa y pedagógica en el aula, (v) transparencia, (vi) democracia (vii) respeto de la autonomía escolar, (viii) libertad de cátedra, y (ix) pluralismo pedagógico.

La misma norma, en su sección 3, a partir del artículo 2.4.1.4.3.1, reglamentó el proceso de evaluación, la convocatoria y la inscripción en el proceso; y en la sección 4, a partir del artículo 2.4.1.4.4.1, determinó la reubicación de nivel salarial y ascenso de grado, la publicación de resultados y la expedición del acto administrativo correspondiente. En relación con los efectos fiscales indicó en el artículo 2.4.1.4.4.2 que *"La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de la fecha de la publicación de los listados definitivos de candidatos"*.

Posteriormente, se profirió el Decreto 1757 de 2015, que adicionó el Decreto 1075 de 2015 y reglamentó parcial y transitoriamente el Decreto 1278 de 2002 en materia de evaluación para ascenso de grado y reubicación de nivel salarial para los educadores que participaron en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 y no lograron el ascenso o la reubicación salarial en cualquiera de los grados del Escalafón Docente.

En la parte motiva de este decreto se indicó:

Que en virtud de lo dispuesto en el Libro 2, Parte 2, Título 2, Capítulo 4 del Decreto 1072 de 2015, el 26 de febrero de 2015 la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación - FECODE presentó al Gobierno Nacional pliego de peticiones, cuyo proceso de negociación culminó el 7 de mayo de 2015 con la suscripción del Acta de Acuerdos. El punto primero de dicha acta establece el compromiso del Gobierno Nacional de expedir una reglamentación transitoria para establecer una modalidad de la evaluación de que trata el artículo 35 del Decreto Ley 1278 de 2002, que será aplicada a los educadores que entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso de grado o la reubicación en un nivel salarial superior, la cual tendrá carácter diagnóstica formativa

Que el Gobierno profirió el Decreto 1075 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación", con el objetivo de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario que rigen dicho Sector y contar con un instrumento jurídico único para el mismo.

Que la presente norma se expide con fundamento en la potestad reglamentaria del Presidente de la República, motivo por el cual debe quedar compilada en el Decreto 1075 de 2015, específicamente, en el Libro 2, Parte 4, en donde se

encuentran previstas las disposiciones relativas a la actividad laboral docente en los niveles de preescolar, básica y media.

El Decreto 1757 de 2015 pasó entonces a constituir la sección 5 del capítulo 4, título 1, parte 4, libro 2 del Decreto 1075 de 2015 así:

SECCIÓN 5

Evaluación para ascenso de grado y reubicación de nivel salarial para los educadores que no lograron el ascenso de grado o la reubicación en un nivel salarial superior entre los años 2010-2014
(Adicionado por artículo 1 Decreto 1757 de 2015)

Artículo 2.4.1.4.5.1. Objeto. *La presente Sección tiene por objeto reglamentar transitoriamente una modalidad de la evaluación de que trata el artículo 35 del Decreto-ley 1278 de 2002 que será aplicada a los educadores que entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso de grado o la reubicación en un nivel salarial superior, la cual tendrá carácter diagnóstica formativa.*

Artículo 2.4.1.4.5.2. Ámbito de aplicación. *La evaluación de que trata la presente Sección, que tendrá carácter diagnóstica formativa, será aplicada a los docentes, directivos docentes y orientadores inscritos en el Escalafón que regula el Decreto-ley 1278 de 2002, que habiendo participado en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso o la reubicación salarial en cualquiera de los grados del Escalafón Docente.*

Artículo 2.4.1.4.5.3. Características de la evaluación. *La evaluación prevista en la presente Sección es de carácter diagnóstica formativa, por lo que valorará la práctica educativa, pedagógica, didáctica y de aula. La aprobación de esta evaluación permitirá el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial en los términos que se consagran en los artículos siguientes.*

Artículo 2.4.1.4.5.4. Requisitos para participar en la evaluación. *Para participar en la evaluación de que trata el artículo anterior, el docente, directivo docente u orientador debe cumplir con los siguientes requisitos:*

- 1. Estar nombrado en propiedad e inscrito en el nivel A en uno de los grados del Escalafón Docente.*
- 2. Haber participado en una o varias de las evaluaciones de competencias entre 2010 y 2014 y no haber logrado su ascenso o reubicación en un nivel salarial superior dentro del Escalafón Docente.*

3. Para el caso de ascenso de grado, acreditar debidamente en su hoja de vida el título académico exigido para los grados 2 y 3.

(...)

Artículo 2.4.1.4.5.10. Inscripción en la convocatoria. El docente, el directivo docente y orientador que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 2.4.1.4.5.4 del presente decreto podrá inscribirse en el proceso dentro del término previsto en la convocatoria, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados en la misma.

Para inscribirse en la convocatoria, los interesados deberán adquirir un Número de Identificación Personal (NIP) destinado a sufragar los costos de la evaluación. El NIP tendrá un valor equivalente a un día y medio de salario mínimo legal vigente.

Parágrafo 1º. El registro y la participación voluntaria en la evaluación y los resultados que se obtengan en la misma no afectarán la estabilidad laboral de los docentes.

Parágrafo 2º. El término para realizar la etapa de inscripción no podrá ser inferior a diez (10) días hábiles.

Artículo 2.4.1.4.5.11. Resultados y procedimiento. La entidad territorial certificada publicará en su sitio web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto-ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.

El Ministerio de Educación Nacional contará con un término de treinta (30) días para resolver las reclamaciones presentadas.

A partir de la publicación de la lista de candidatos, la entidad territorial certificada cuenta con quince (15) días para expedir el acto administrativo de reubicación salarial dentro del mismo grado o de ascenso de grado en el Escalafón Docente, según el caso, siempre y cuando estén acreditados todos los requisitos establecidos para el efecto en la presente sección.

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1º de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.

La entidad territorial certificada en educación deberá apropiar los recursos correspondientes que amparen la ejecución y los pagos originados en los correspondientes actos administrativos que se hayan proferido. En caso de que los recursos

presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiar dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos por el presente artículo.

Artículo 2.4.1.4.5.12. Cursos de formación. *Los docentes que no hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en la presente Sección, deberán adelantar alguno de los cursos de formación que ofrezcan universidades acreditadas institucionalmente y/o que cuenten con facultades de educación de reconocida trayectoria e idoneidad, de conformidad con los parámetros establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y siempre que cuenten con la respectiva aprobación de este.*

Los aspectos generales de los cursos de formación serán definidos en la reglamentación que se expida para el efecto. Los cursos de formación se expresarán en créditos académicos que podrán ser homologados por las instituciones de educación superior, en ejercicio de su autonomía universitaria, dentro de los programas de pregrado y posgrado que estas ofrezcan.

Estos cursos tendrán como propósito fundamental solucionar las falencias detectadas en la evaluación de carácter diagnóstica formativa. Con la aprobación del respectivo curso por parte del docente, en los términos del numeral 2 del artículo 36 del Decreto-ley 1278 de 2002, la entidad territorial certificada en educación procederá al ascenso o la reubicación de nivel salarial de acuerdo con lo establecido en la presente Sección.

La reubicación salarial o el ascenso de grado en el Escalafón Docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del inciso anterior, surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para ser reubicado o ascendido según lo establecido en la presente Sección.

Las entidades territoriales certificadas en educación deberán apropiar los recursos correspondientes para el ascenso de grado y la reubicación de nivel salarial de los educadores que hubieren aprobado los cursos de formación. En caso de que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiar dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos en el presente artículo.

Parágrafo 1º. *El Ministerio de Educación y las entidades territoriales certificadas en educación, a través de sus respectivas páginas Web, informarán a los educadores sobre los cursos de formación referidos en el presente artículo.*

Parágrafo 2º. Los cursos de formación docente deberán ser cofinanciados por el Gobierno nacional, las entidades territoriales certificadas en educación y los docentes. El Gobierno nacional y las entidades territoriales certificadas en educación deberán asegurar conjuntamente la financiación de mínimo el setenta por ciento (70%) del costo de la matrícula del respectivo curso de formación para cada docente. Los aportes del Gobierno nacional para atender los gastos relacionados con la formación docente de que trata la presente Sección deberán ser priorizados dentro del Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector Educación.

Se desprende que esta norma se emitió con la finalidad de reglamentar transitoriamente una modalidad de la evaluación de que trata el artículo 35 del Decreto 1278 de 2002, esta es, la evaluación de carácter diagnóstica formativa, la cual sería aplicada a los educadores que entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso de grado o la reubicación en un nivel salarial superior; y que surtiría, una vez aprobada, efectos fiscales a partir de 1º de enero de 2016, siempre y cuando el aspirante cumpliera los demás requisitos establecidos para reubicación o ascenso.

Consagró, además, la norma, en relación con los docentes que no superaran la evaluación de carácter diagnóstica formativa, la posibilidad de adelantar algún curso de formación ofrecido por universidades acreditadas y/o que contaran con facultades de educación reconocida. Para estos educadores la reubicación salarial o el ascenso de grado surtiría efectos fiscales a partir de la fecha en que se radicara la certificación de aprobación del curso ante la autoridad nominadora, y siempre y cuando el aspirante cumpliera los demás requisitos para reubicación o ascenso establecidos.

Se concluye entonces, que este decreto determinó una diferencia en los efectos fiscales para los docentes que aprobaran la evaluación de carácter diagnóstica formativa y para aquellos que no; pues para los primeros dispuso el 1º de enero de 2016, y para los segundos la fecha quedó ligada al día en la cual se radicara la certificación de aprobación del curso.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1657 de 2016, que modificó el Decreto 1075 de 2005 en materia de evaluación para ascenso de grado y reubicación de nivel salarial de los docentes que se rigen por el Decreto Ley 1278 de 2002.

En los considerandos de esta norma se expuso:

Que en virtud de lo dispuesto en el Libro 2, Parte 2, Título 2, Capítulo 4 del Decreto 1072 de 2015, el 26 de febrero de 2015, la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación (FECODE) presentó al Gobierno nacional pliego de peticiones, cuyo proceso de negociación culminó el 7 de mayo de 2015 con la suscripción del Acta de Acuerdos.

Que en desarrollo de lo dispuesto en el punto primero del Acta de Acuerdos, el Ministerio de Educación Nacional expidió el Decreto 1757 de 2015 (...).

Que el carácter diagnóstico formativo de la evaluación para el ascenso de grado y la reubicación de nivel salarial, que se aplicó en el proceso de que trata el considerando anterior, cumplió con los objetivos y criterios de la evaluación prescritos en el artículo 35 del Decreto Ley 1278 de 2002, al enfocarse de manera preponderante en la práctica educativa y pedagógica del educador y ofrecer un diagnóstico y retroalimentación específica sobre los aspectos que debe fortalecer el educador para el mejoramiento de su práctica, lo que contribuye al propósito de avanzar en la calidad educativa.

Que considerando los resultados del proceso de evaluación de carácter diagnóstica formativa iniciada en el año 2015, se estima conveniente continuar con su aplicación en los términos del artículo 35 del Decreto Ley 1278 de 2002. Con esto, adicionalmente, se da cumplimiento a lo dispuesto en el punto segundo del Acta de Acuerdos que establece que esta evaluación deberá aplicarse a los docentes que se rigen por esta norma mientras se consensua un nuevo Estatuto Único Docente.

Que el Gobierno nacional profirió el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, con el objetivo de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario del Sector y contar con un instrumento jurídico único para el mismo.

En consecuencia, la disposición subrogó las secciones 1, 2, 3 y 4 del capítulo 4, título 1, parte 4, libro 2 del Decreto 1075 de 2015, y procedió a reglamentar la evaluación de que tratan los artículos 35 y 36 (numeral 2º) del Decreto Ley 1278 de 2002 para el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial de los educadores oficiales. Para ello, contempló las etapas, el proceso, e indicó, en relación con lo que interesa al proceso, en su artículo 2.4.1.4.4.2, que *“La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de la fecha de la publicación de los listados definitivos de candidatos”*.

Sin embargo, esta norma nada estableció respecto a quiénes habían participado en la convocatoria realizada en virtud de la sección quinta del Decreto 1075 de 2015 adicionada por artículo 1º Decreto 1757 de 2015, motivo por el cual se expidió el Decreto 1751 del 3

de noviembre de 2016 que modificó el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015, e indicó para los efectos aquí estudiados que *“La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1° de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.”*

Esta norma determinó en sus considerandos que se expedía porque:

(...) a pesar de los esfuerzos realizados para desarrollar la evaluación de carácter diagnóstica formativa dentro de la vigencia 2015, fue necesario que el Ministerio de Educación Nacional modificara el cronograma de la misma establecido en el artículo 14 de la Resolución 15711 de 2015, mediante las resoluciones 16604, 18024, 19499 de 2015, y 9486, 10986, 12476, 14909 Y 16740 de 2016, considerando entre otros hechos: i) los problemas de conectividad en varias zonas del territorio nacional, lo que condujo a que algunos educadores no pudieran cargar los instrumentos de la evaluación, como el video establecido en el artículo 7, literal a) de la Resolución 15711 de 2015; ii) educadores que tuvieron que separarse temporalmente de su cargo por incapacidad médica o licencia de maternidad, así como educadores que cambiaron de establecimiento educativo o de cargo, lo que impidió que pudieran aplicárseles en debida forma los instrumentos de la evaluación; iii) la finalización del primer semestre del calendario académico de las entidades territoriales certificadas en educación, lo que trajo consigo que los educadores no pudieran completar las encuestas que hacían parte de la evaluación; y iv) los bloqueos de las vías principales durante el paro agrario y el paro de transportadores ocurridos en el primer semestre del año 2016, que le dificultaron al ICFES practicar, dentro del cronograma previsto inicialmente, la evaluación a los educadores participantes.

Que por lo anterior, resulta necesario establecer que para los educadores que superen la evaluación indicada en esta parte considerativa, su ascenso de grado o reubicación en el nivel salarial siguiente dentro del Escalafón Docente, se tenga efectos fiscales desde el 1° de enero de 2016.

Se colige de lo anterior que, pese a que el Decreto 1657 de 2016 estableció que a partir de su entrada en vigencia los efectos fiscales del ascenso en el escalafón serían desde la fecha de publicación de resultados, el Decreto 1751 del 3 de noviembre de 2016 conservó la prerrogativa reconocida en el Decreto 1075 de 2015 a los docentes que aprobaran la evaluación de carácter diagnóstica formativa, en el entendido de que el ascenso surtiría efectos a partir del 1° de enero de 2016.

Caso concreto

El acto administrativo 7280-6 del 20 de septiembre de 2017, que ascendió a la actora de grado, indicó que el Decreto 1757 de 2015 adicionó el Decreto 1075 de 2015, y se reglamentó parcial y transitoriamente el Decreto 1278 de 2002, en materia de evaluación para ascenso de grado y reubicación del nivel salarial que se aplicaría a los educadores que participaron en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 y no lograron el ascenso o reubicación salarial en cualquiera de los grados docentes. Y que el artículo 35 del Decreto 1278 de 2002, consagra la evaluación de competencias como mecanismo para medir el desempeño y la actuación realizada por los docentes, directivos docentes y docentes orientadores oficiales, para lograr el ascenso o reubicación salarial.

Que, en atención a lo anterior, la demandante presentó petición mediante la cual solicitó el ascenso por haber realizado curso en pedagogía expedido por la Universidad Católica de Manizales.

De conformidad con lo anterior, es claro que la demandante no superó la ECDF, por lo que de conformidad con el Decreto 1757 de 2015 realizó curso de formación, el cual al ser aprobado le permitió, junto con el cumplimiento de los demás requisitos de ley, ascender al grado 2A.

La Sala debe advertir que, de acuerdo a todo el recuento normativo, no puede arribar a la misma conclusión de la parte demandante en el sentido que los docentes que cubiertos por el Decreto 1278 de 2002 que no hubieran logrado ascender en el escalafón docente, y que en virtud del Decreto 1757 de 2015 acudieran a presentar la ECDF y no aprobaran esta y realizaran curso de formación deben quedar amparados por los mismos efectos fiscales de los primeros, es decir, lo que sí aprobaron la evaluación de carácter diagnóstico formativa.

Lo anterior, porque, aunque entre estos docentes se presenta una similitud en el sentido que como se indicó son educadores que están amparados por el Decreto 1278 de 2002, y que al no lograr ascender en el escalafón el Decreto 1757 de 2015 les brindó la posibilidad de presentar la ECDF, esta paridad se rompe en el momento en que unos aprueban la evaluación y otros deben acudir a realizar curso de formación.

Para esta Sala, ese hecho justifica ese trato “diferenciado” al conceder a los del primero caso efectos fiscales desde el 1° de enero de 2016, y a los del segundo, efectos fiscales a partir de la radicación de la certificación de aprobación.

En sentencia T-667 de 2001, la Corte Constitucional explicó lo siguiente frente al derecho a la igualdad:

La Corte Constitucional, desde sus inicios, ha sentado la jurisprudencia de que el principio de igualdad se traduce en el derecho fundamental a que se dé un trato idéntico a los iguales y diferente a los desiguales, a que no se consagren excepciones o privilegios para unas personas con respecto de lo que se concede en idénticas circunstancias a otras^[1].

En jurisprudencia posterior, la Corte trajo un concepto “relacional” de la igualdad, que da cuenta de la complejidad de la aplicación de este principio y derecho, más allá de la “idea clásica” de trato igual para los iguales y desigual para los diferentes. Lo relacional hace referencia no a la dependencia del derecho a la igualdad de otros derechos fundamentales, sino a la valoración comparativa de las diferencias. En sentencia C-022/96, con ponencia de Carlos Gaviria Díaz, dijo éste Tribunal:

“El punto de partida del análisis del derecho a la igualdad es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”^[1]. Aunque en este mandato (artículo 13 C.P.) se pueden distinguir con claridad dos partes, diferenciadas por los conceptos de igualdad y desigualdad, su sola enunciación carece de utilidad para discusiones o decisiones acerca de los tratos desiguales tolerables o intolerables. En efecto, la fórmula requiere un desarrollo posterior que permita aclarar sus términos. Esto se debe a que, como lo ha afirmado Bobbio^[1], el concepto de igualdad es relativo, por lo menos en tres aspectos:

- a. Los sujetos entre los cuales se quieren repartir los bienes o gravámenes;*
- b. Los bienes o gravámenes a repartir;*
- c. El criterio para repartirlos.*

En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio?. Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc.”

Los dos primeros interrogantes pueden ser respondidos a través del estudio de los hechos materia de la controversia. El tercer interrogante, relativo al criterio utilizado para establecer un tratamiento diferenciado, implica una valoración por parte de quien pretenda responderlo, en el campo de los valores, principios y derechos constitucionales.

Que un trato diferente se ajuste o no a la Carta Política, depende de si carece o no de una justificación objetiva y razonable, es decir, si persigue o no un fin legítimo, y si carece o no de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

En tal sentido, no toda diferencia de trato constituye una vulneración del derecho a la igualdad y por consiguiente de la Constitución, pues se sigue la regla general que señala que un trato diferente solo se convierte en discriminatorio, y en esa medida en constitucionalmente prohibido, cuando no obedece a causas objetivas y razonables; mientras que el trato desigual es conforme a la Carta cuando la razón de la diferencia se fundamenta en criterios válidos constitucionalmente.

Considera la Sala que no puede predicarse una situación de paridad entre los docentes que ascienden en el escalafón por superar la ECDF y los que ascienden por curso de formación, pues aunque es claro, como se indicó, que inicialmente ambos acuden al mismo proceso para obtener esa promoción, en medio de este se ven cubiertos por supuestos fácticos diferentes para lograr el ascenso, lo que lleva a que los efectos fiscales se justifique sean disímiles, sin que ello signifique una vulneración del derecho a la igualdad.

Para este juez plural, la parte demandante concibe la evaluación de carácter diagnóstica formativa como si se tratara de un proceso que para el caso del demandante culminó por haber aprobado el curso de formación, cuando lo que se infiere, según la normativa, es que se estableció una posibilidad de ascenso que se podía lograr, o por haber superado la ECDF, o por haber realizado curso de formación por no haber aprobado en primer momento la ECDF.

Aunque en el recurso de apelación la parte accionante aduce que a la actora le es aplicable el Decreto 1751 de 2016 esta Corporación evidencia que no, pues esta norma determinó efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2016 pero frente a los docentes que superaran la evaluación de carácter diagnóstica formativa, que como se indicó, no es el caso de la demandante.

Finalmente, la parte actora hizo alusión a una excepción de ilegalidad, petición sobre la cual no emitirá pronunciamiento la Sala, en tanto el recurso de apelación no es la oportunidad procesal pertinente para plantear nuevas pretensiones, pues ello vulneraría el derecho de defensa de las entidades demandadas.

Por todo lo discurrido, se confirmará la sentencia de primera instancia en relación con la legalidad del acto administrativo demandado pues se evidencia que se ajustó a derecho, en tanto la fecha en que se establecieron por efectos fiscales del demandante se ajusta a la normativa que reguló el ascenso en el escalafón por curso de formación.

Conclusión

De conformidad con la normativa citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que los efectos fiscales de su ascenso, que fue por curso de formación, se establezcan desde el 1° de enero de 2016, y por ello la sentencia de primera instancia será confirmada en este aspecto.

Costas

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no hubo actuación de las partes ante esta Corporación.

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

FALLA

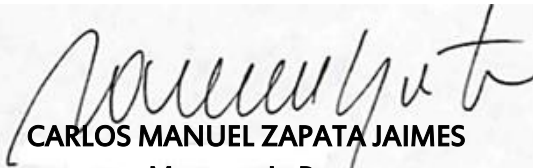
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LILIANA MARÍN RAMÍREZ** contra **EL DEPARTAMENTO DE CALDAS Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA, por lo brevemente expuesto en la parte considerativa.

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

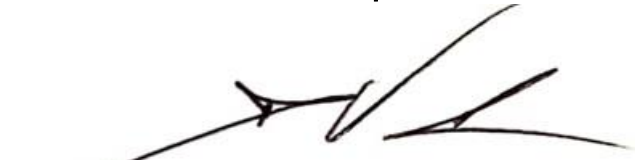
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 06 de octubre de 2022 conforme acta nro. 056 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 181 del 010 de octubre de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-39-007-2020-00234-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MELVA ROCÍO MARULANDA ROBLEDO
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el día 30 de junio de 2021.

PRETENSIONES

1. Solicita se declare la nulidad del acto ficto configurado el 19 de octubre de 2019, frente a la petición presentada el día 19 de julio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculada por primera vez a la docencia oficial en fecha posterior al 1º de enero de 1981.
2. Se declare que la demandante tiene derecho a que le reconozcan y paguen la prima de junio establecida literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia, debido a que fue vinculada a la docencia oficial después del 1º de enero de 1981.

A título de restablecimiento de derecho:

1. Se Condene a la entidad demandada a que reconozca y pague la prima de junio establecida en la Ley 91 de 1989 a partir del 03/13/2014, equivalente a una mesada

pensional, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a su fecha de vinculación.

2. Ordenar a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la ley.
3. Ordenar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado, y que el incremento del pago se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
4. Que se ordene dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.
5. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.
6. Ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.
7. Condenar en costas a la demandada, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- La demandante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1° de enero de 1981, razón por la cual en su condición de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene derecho a que Cajanal hoy UGPP le reconozca pensión gracia.
- Mediante Resolución nro. 415 del 05 de mayo de 2014 le fue reconocida una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 91 de 1989.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2 literal b.

Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019.

Explicó que el objetivo de haber establecido la mesada adicional fue compensar a los docentes que no tenían derecho a recibir la pensión gracia. Y resaltó que cuando se estableció el pago de una mesada adicional en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en la Ley 91 de 1989, la cual para el año 1993 ya tenía 4 años de vigencia.

Luego de citar jurisprudencia sobre el tema, así como el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, indicó que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 nada tiene que ver con la mesada pensional adicional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima que equivale a una mesada pensional, la cual es diferente a la prestación establecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: se opuso a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que los actos demandados se ajustan a derecho.

Adujo que la entidad se ciñe a lo establecido en la Ley 91 de 1989 para expedir los actos administrativos de reconocimiento pensional o prestacional; y en esta norma se advirtió que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen del que venían gozando; y los nacionales que se vincularan a partir del 1° de enero de 1990 se regirían por las disposiciones aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Citó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, para indicar que la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolidó con posterioridad a la entrada en vigencia del citado acto legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

Planteó como excepciones:

Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad: indicó que los actos administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho y fueron

proferidos en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentren viciado de nulidad alguna.

Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico: indicó que la pretensión de la actora encaminada a que se le reconozcan y pague la prima de mitad de año, es improcedente jurídicamente toda vez que la mesada pensional si bien no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, no fue incluida como parte de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Prescripción: esgrimió que se debe aplicar la prescripción sobre cualquier suma que se reconozca y sobre la cual haya operado, sin que esta solicitud configure una aceptación de lo solicitado por la actora.

Compensación: señaló que se debe hacer una compensación sobre cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada por la entidad.

Sostenibilidad financiera: indicó que conforme al Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obligó a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal. En tal sentido, el Acto Legislativo 01 de 2005, afirmó que los principios de sostenibilidad financiera, y sostenibilidad fiscal tenían un rango constitucional, lo cual implicó que cada ley que se expida con posterioridad a éste, deberá regirse por un marco de sostenibilidad de las disposiciones que allí se establezcan. Es decir, determinó que las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional a fin de no contrariar a la carta magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado.

Buena fe: esgrimió que Tal y como se especificó en la resolución mediante la cual se reconoció la prestación a favor de la actora, la misma se sustentó en la legislación existente en materia de pensiones, con base en el ordenamiento constitucional y procedimental aplicando a cada caso en particular la legislación vigente para así satisfacer las necesidades de todos los asegurados, salvaguardando el patrimonio público.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 30 de septiembre de 2021 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema

jurídico determinar si era procedente declarar la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de una prima de junio establecida en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

En primer momento realizó un análisis del régimen normativo aplicable a la prima de mitad de año (mesada adicional 14) para los docentes pensionados, la cual incluyó el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, la Ley 238 de 1995, el Acto Legislativo 01 de 2005, así como jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, para concluir que la mesada 14 fue derogada por el Acto Legislativo nro. 01 de 2005 que la erradicó también del régimen pensional de los docentes; norma que estableció que solo las personas que adquirieran el derecho a la pensión a partir de la vigencia de este tendrían derecho a percibirla, siempre que lo hicieran con anterioridad al 31 de julio de 2011, y si la cuantía era igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Que, de acuerdo al material probatorio, la normatividad y jurisprudencia, la demandante no adquirió el estatus pensional entre el 25 de julio de 2005 y 31 de julio de 2011, y en tal sentido no tenía derecho al reconocimiento de la mesada 14.

Así las cosas, se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS las excepciones de “LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD”, propuesta por la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo aludido en precedencia, sin que sea necesario el estudio de los demás medios exceptivos ante la prosperidad de esta.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de las demandas que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauraron LUZ MARY RESTREPO OSORIO, CARLOS ALBERTO MARÍN MONROY, BALBANERA GIRALDO GARCIA, ESPERANZA GALLEGU GIRALDO, CIELO AMIRA LOAIZA GRAJALES, MELVA ROCIO MARULANDA ROBLEDU, GRACIELA SOSA DE SÁNCHEZ, OLGA NURY SEVERINO GAVIRIA, NELSON CASAS BEDOYA, GLORIA NANCY GUZMÁN OSORIO, LUZ ALBERY VILLA VALENCIA, IRMA EUNESLI FERNANDEZ VALENCIA, ROSA MARGARITA ISAZA GALINDO y LUZ DARY PELAEZ GAVIRIA en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante en favor de la demandada, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere y ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia XXI.

QUINTO: Las presentes sentencias quedan notificadas en estrados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 del C.P.A.C.A., precisando que contra ellas procede el recurso de apelación en la forma prevista en el artículo 247 del C.P.A.C.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo PDF nro. 23 del expediente digitalizado de primera instancia.

Comenzó por explicar que la Ley 91 de 1989 hizo una distinción en atención a la fecha de vinculación del docente al servicio educativo; así las cosas, si se había vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980 o antes, y cumplía con los requisitos, tenía derecho al reconocimiento de una pensión gracia, compatible con la pensión ordinaria; y si se había vinculado a partir del 1º de enero de 1981 no tenía derecho a la pensión gracia, pero se le otorgaba un beneficio adicional de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

Posteriormente, se expidió la Ley 812 de 2003 que consagró que los docentes con vinculación en la docencia oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma (26 de junio de 2003) se regirían por lo establecido en la Ley 91 de 1989 y por el régimen general de pensiones, esto es, por la Ley 33 de 1985; mientras que los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se someterían al sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993.

Así mismo, indicó que, el Acto Legislativo nro. 01 de 2005 ha generado muchas discusiones sobre la continuidad de la aplicación de normas especiales para los docentes, pues en el párrafo 2 transitorio estableció que la vigencia de los regímenes especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en el sistema general de pensiones, expiraría el 31 de julio de 2010. No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C-143 del 5 de diciembre de 2018 concluyó que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 continuaba produciendo efectos jurídicos, pues el párrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo señaló que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio

público educativo oficial, era el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de la misma.

Así mismo, señaló que, la prima de medio año es un beneficio que se le otorga a los docentes que no tienen derecho a la pensión de gracia, incluso se considera como una compensación al no poder acceder a dicha prestación; y, a la cual tienen derecho únicamente los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, en virtud de lo preceptuado en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. En ese sentido, no puede equipararse la prima de mitad de año establecida en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 con una mesada adicional, pues su naturaleza fue expresamente establecida por el legislador como una prima, no como una mesada pensional.

De otro lado, la Ley 100 de 1993 en su artículo 142 estableció la denominada mesada adicional o 14, pero que no existen similitudes entre esta y la prima de mitad de año consagrada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en cuanto a su monto y forma de pago, pues aunque ambas equivalen a una mesada pensional que se cancela en el mes de junio de cada anualidad, lo cierto es que son diferentes en cuanto a su consagración normativa, su naturaleza y su temporalidad.

Es por lo anterior que sostiene que la demandante cumplió con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional en atención a su fecha de vinculación, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que indica que tienen derecho a la prima de mitad de año aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 1º de enero de 1981.

finalmente, y en relación con la condena en costas, explicó que la demandante acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en busca de protección judicial para sus derechos. Y añadió que de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por la Ley 2080 de 2021, para la imposición de costas no se privilegia la conducta de las partes dentro del proceso, sino que se revisa quien fue la vencida en juicio y además si las costas se causaron o no, lo cual debe aparecer demostrado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial obrante en PDF nro. 06 del expediente digital de segunda instancia las partes no se pronunciaron.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en los siguientes interrogantes:

1. ¿Tiene derecho la señora Melva Roció Marulanda Robledo a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?
2. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Lo probado

- Mediante la Resolución nro. 415 del 05 de mayo de 2014 se le reconoció la pensión a favor de la señora Marulanda Robledo, adquiriendo el status de jubilada el 13 de marzo de 2014, por valor de \$2.572.516.
- Mediante petición radicada el 19 de julio de 2019 la accionante solicitó el reconocimiento de la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹ que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley al servicio público

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

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

El Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en los párrafos transitorio 1 y 6 lo siguiente:

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

[...]

PARÁGRAFO TRANSITORIO 6o. *Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".*

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

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional

que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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

2. Pensiones: [...]

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

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y Consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007², esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

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

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y

² Consejo de Estado; Sala de Consulta y Servicio Civil; Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo; Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007; Radicación No. 1.857; 11001-03-06-000-2007-00084-00

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

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

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993²⁰, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."²¹

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

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

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes²³, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados²⁴; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

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

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexequibles las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995²⁷, y que fue propuesta y aprobada como una

"adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

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

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

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

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

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

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

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

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

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

"Artículo 1º...

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

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Parágrafo transitorio 6º. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005²⁹, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

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

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de

la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, se advierte que la mesada adicional establecida en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, respecto de la aplicación del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1º de febrero de 2018 expuso³:

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

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

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

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

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de

³ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Quinta; Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE; Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018); Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03252-00(AC)

trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

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

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.⁴⁵

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

De acuerdo a lo anterior, la mesada de mitad de año consagrada en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1985, solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo nro. 01 del 2005; o que habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como la tomada dentro del proceso con radicado 17-001-33-39-006-2020-00042 el 16 de septiembre de 2021, o en el proceso con radicado 17001-33-39-006-2020-00031 el 23 de septiembre del año anterior.

Caso concreto

En relación con la fecha de ingreso al servicio, aunque no se cuenta con un certificado de historia laboral, adujo la parte actora en la demanda que fue posterior al 1° de enero de 1981. Y mediante Resolución nro. 415 del 05 de mayo de 2014 se le reconoció la pensión a favor de la señora Marulanda Robledo por valor de \$2,572.516, y se consignó que adquirió el estatus de jubilada el 13 de marzo de 2014.

Ello significa que la demandante no adquirió su estatus pensional antes del 25 de julio de 2005 ni antes del 31 de julio de 2011, pues cumplió requisitos el 13 de marzo de 2014, por lo que no se encuentra dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo nro. 01 del 25 de julio de 2005.

Segundo problema jurídico

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso al momento de condenarse en costas se fundamentó la decisión, lo que no genera una vulneración al derecho de defensa ya que se conocen los motivos por los cuales se impusieron.

En el fallo de primera instancia con relación a las costas esgrimió:

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se evidenció la actividad de los apoderados de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO dentro de cada caso objeto de estudio⁶, atendiendo el criterio objetivo – valorativo adoptado por Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁷.

Se fijan Agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de las demandas⁸.

⁶ Fol. 44 del C. 1.

⁷ Consejo de Estado. Sala de Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

⁸ Según el Acuerdo No. PSAA-10-554 de 2016 que rige para los procesos iniciados a partir de su vigencia.

En el recurso de apelación se argumentó, en síntesis, que no procedía la condena en costas, ya que se trató de una condena automática para la parte vencida en juicio, sin que se analizara si se habían causado o no, por lo que se pasó por alto el criterio valorativo.

Respecto a este tema, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

Debe indicarse que las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, la cual corresponde por una parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

El artículo 188 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, determinó que se dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, pero ello no eliminó, en dado caso que la demanda haya incurrido en ese supuesto, de tener que aplicar el criterio adoptado para su imposición que es el objetivo valorativo, el cual impone no solo verificar la parte vencida en juicio sino además el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las mismas.

En la sentencia de primera instancia se argumentó el porqué de la condena en costas, conforme a la postura asumida por el Consejo de Estado respecto de las costas, y para esta Sala una condena así no le impide a la parte ejercer el derecho de defensa, pues se sabe por qué razón o circunstancia se determinaron, y por ende puede esgrimir argumentos en contra de la decisión.

En este orden de ideas se confirmará el fallo de primera instancia respecto de las costas.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por lo que la sentencia de primera instancia será confirmada.

También será confirmada en relación con la condena en costas, al evidenciar que la misma se ajustó al criterio objetivo valorativo.

Costas

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación alguna por la parte demandada en la segunda instancia.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **MELVA ROCÍO MARULANDA ROBLEDO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: NO SE CONDENA en costas en segunda instancia, por lo brevemente expuesto en la parte motiva.

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

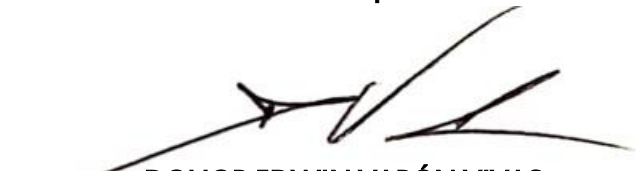
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 06 de octubre de 2022,
conforme acta nro. 056 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 181 del 010 de octubre de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17-001-33-39-007-2020-00287-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ROSA MARGARITA ISAZA GALINDO
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el día 30 de junio de 2021.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 18 de octubre de 2019, frente a la petición presentada el 18 de julio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculada por primera vez a la docencia oficial en fecha posterior al 1° de enero de 1981.
2. Que se declare que la demandante tiene derecho a que le reconozcan y paguen la prima de junio establecida literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia, debido a que fue vinculada a la docencia oficial después del 1° de enero de 1981.

A título de restablecimiento del derecho:

1. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague la prima de junio establecida en la Ley 91 de 1989 a partir del 2 de diciembre de 2018, equivalente a una

mesada pensional, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a su fecha de vinculación.

2. Ordenar a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la ley.
3. Ordenar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado, y que el incremento del pago se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
4. Ordenar dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.
5. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.
6. Ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.
7. Condenar en costas a la demandada, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- La demandante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1º de enero de 1981, razón por la cual en su condición de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene derecho a que Cajanal le reconozca pensión gracia.
- Mediante Resolución nro. 2011-6 del 2 de abril de 2019 le fue reconocida una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 91 de 1989.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989: artículo 15.

Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019.

Explicó que el objetivo de haber establecido la mesada adicional fue compensar a los docentes que no tenían derecho a recibir la pensión gracia. Y resaltó que cuando se estableció el pago de una mesada adicional en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en la Ley 91 de 1989, la cual para el año 1993 ya tenía 4 años de vigencia.

Luego de citar jurisprudencia sobre el tema, aseveró que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 nada tiene que ver con la mesada pensional adicional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima que equivale a una mesada pensional, la cual es diferente a la prestación establecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año, regulación que fue confirmada en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: se pronunció sobre los hechos indicando de unos que se atenía a lo probado, de otro que era cierto de acuerdo a los anexos de la demanda, y de otro que no era cierto.

Seguidamente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de fundamentos de derecho.

Adujo que la entidad se ciñe a lo establecido en la Ley 91 de 1989 para expedir los actos administrativos de reconocimiento pensional o prestacional; y en esta norma se advirtió que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen del que venían gozando; y los nacionales que se vincularan a partir del 1º de enero de 1990 se regirían por las disposiciones aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Citó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, para indicar que la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolidó con posterioridad a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad:** resaltó que los actos administrativo emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, y se profirieron en estricto seguimiento de las normas vigentes.
- **Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico:** explicó que la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Y añadió que, en rigor, la Ley 238 de 1995 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes, por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.
- **Prescripción:** sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la demandante, propuso esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedará cobijado por el fenómeno de la prescripción.
- **Compensación:** de cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor de la demandante y que haya sido pagada por la entidad.
- **Sostenibilidad financiera:** mencionó que conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, debido a que obligó a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.
- **Buena fe:** tal y como quedó plasmado en la resolución mediante la cual se reconoció la pensión, la entidad actúa de buena fe, cuando es respetuosa de la legislación existente en materia de pensiones, con base en el ordenamiento Constitucional y procedimental aplicando a cada caso en particular la legislación vigente para así satisfacer las necesidades de todos los asegurados, salvaguardando el patrimonio público.
- **La condena en costas no es objetiva, debe desvirtuar la buena fe de la entidad:** señaló que el despacho se aparta de la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado, al señalar una imputación de condena en costas objetiva, sin tener presente que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como lo ha señalado la Sección Segunda en casos, se debe

tener en cuenta la actuación de la parte, en la medida que siempre actuó de acuerdo con lo señalado por la Ley 91 de 1989, reconociendo los factures salariales taxativamente consagrados.

- **Genérica:** pidió declarar cualquier excepción que se encuentre probada en el proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 30 de junio de 2021, negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico principal determinar si era procedente declarar la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de la prima de junio establecida en el literal B, numeral 2, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

En primer momento, realizó un análisis del régimen normativo aplicable para la prima de mitad de año para los docentes pensionados, que incluyó la Ley 91 de 1989, los artículos 142 y 279 de la Ley 100 de 1993, la Ley 812 de 2003, el Acto Legislativo 01 de 2005 y jurisprudencia del Consejo de Estado, para concluir que la mesada 14 fue derogada por el Acto Legislativo 01 de 2005, que así mismo la erradicó del régimen pensional de los docentes, norma que estableció que las personas que adquirieran el derecho a la pensión a partir de la vigencia de esta norma, esto es, el 25 de julio de 2005, no tendrían derecho a percibir la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, siempre que adquirieran ese derecho con anterioridad al 31 de julio de 2011, en cuantía igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Que, de acuerdo al material probatorio, la demandante adquirió el estatus jurídico el 2 de diciembre de 2018, por lo que afirmó que no tenía derecho al reconocimiento de la mesada adicional, toda vez que la pensión fue reconocida con posterioridad al 31 de julio de 2011, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo nro. 01 de 2005.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS las excepciones de "LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD", propuesta por la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo aludido en precedencia, sin que sea necesario el estudio de los demás medios exceptivos ante la prosperidad de esta.

SEGUNDO: *NEGAR las pretensiones de las demandas que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauraron LUZ MARY RESTREPO OSORIO, CARLOS ALBERTO MARÍN MONROY, BALBANERA GIRALDO GARCIA, ESPERANZA GALLEGO GIRALDO, CIELO AMIRA LOAIZA GRAJALES, MELVA ROCIO MARULANDA ROBLED, GRACIELA SOSA DE SÁNCHEZ, OLGA NURY SEVERINO GAVIRIA, NELSON CASAS BEDOYA, GLORIA NANCY GUZMÁN OSORIO, LUZ ALBERY VILLA VALENCIA, IRMA EUNESLI FERNANDEZ VALENCIA, ROSA MARGARITA ISAZA GALINDO y LUZ DARY PELAEZ GAVIRIA en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO: *SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante en favor de la demandada, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #23 del expediente de primera instancia.

Comenzó por explicar que la Ley 91 de 1989 hizo una distinción en atención a la fecha de vinculación del docente al servicio educativo; así las cosas, si se había vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980 o antes, y cumplía con los requisitos, tenía derecho al reconocimiento de una pensión gracia, compatible con la pensión ordinaria; y si se había vinculado a partir del 1º de enero de 1981 no tenía derecho a la pensión gracia, pero se le otorgaba un beneficio adicional de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

Que de manera posterior se expidió la Ley 812 de 2003 que consagró que los docentes con vinculación en la docencia oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma (26 de junio de 2003) se regirían por lo establecido en la Ley 91 de 1989 y por el régimen general de pensiones, esto es, por la Ley 33 de 1985; mientras que los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se someterían al sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993.

Que el Acto Legislativo nro. 01 de 2005 ha generado muchas discusiones sobre la continuidad de la aplicación de normas especiales para los docentes, pues en el párrafo 2 transitorio estableció que la vigencia de los regímenes especiales, los exceptuados, así

como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en el sistema general de pensiones expiraría el 31 de julio de 2010. No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C-143 del 5 de diciembre de 2018 concluyó que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 continuaba produciendo efectos jurídicos, pues el parágrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo señaló que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, era el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de la misma.

Que, de acuerdo a lo anterior, la prima de medio año es un beneficio que se le otorga a los docentes que no tienen derecho a la pensión de gracia, incluso se considera como una compensación al no poder acceder a dicha prestación; y a la cual tienen derecho únicamente los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, en virtud de lo preceptuado en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

En ese sentido, aseguró que no puede equipararse la prima de mitad de año establecida en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 con una mesada adicional, pues su naturaleza fue expresamente establecida por el legislador como una prima, no como una mesada pensional.

Que la Ley 100 de 1993 en su artículo 142 estableció la denominada mesada adicional o 14, pero que no existen similitudes entre esta y la prima de mitad de año consagrada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en cuanto a su monto y forma de pago, pues, aunque ambas equivalen a una mesada pensional que se cancela en el mes de junio de cada anualidad, lo cierto es que son diferentes en cuanto a su consagración normativa, su naturaleza y su temporalidad.

De acuerdo a lo anterior, la demandante cumplió con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, ya que se vinculó al magisterio el 22 de mayo de 1992, tal como se desprende de la Resolución nro. 2011-6 del 2 de abril de 2019, por lo que cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que indica que tienen derecho a la prima de mitad de año aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 1º de enero de 1981.

Por otro lado, y en relación con la condena en costas, explicó que la demandante acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en busca de protección judicial para sus

derechos. Y añadió que de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por la Ley 2080 de 2021, para la imposición de costas no se privilegia la conducta de las partes dentro del proceso, sino que se revisa quien fue la vencida en juicio y además si las costas se causaron o no, lo cual debe aparecer demostrado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos

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

1. ¿Tiene derecho la señora Rosa Margarita Isaza Galindo a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?
2. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Lo probado

➤ Mediante Resolución nro. 2011-6 del 2 de abril de 2019 se reconoció y se ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la señora Rosa Margarita Isaza Galindo por haber adquirido el estatus de pensionada el 2 de diciembre de 2018, en cuantía de \$2.918.834, a partir del 3 de diciembre de 2018.

➤ El 18 de julio de 2019, la accionante presentó reclamación para que le fuera reconocida la prima de junio establecida en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Primer problema jurídico

¿Tiene derecho la señora Rosa Margarita Isaza Galindo a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que la demandante no tiene derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, ya que no adquirió el estatus pensional ni antes del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo nro. 01 del 2005; ni antes del 31 de julio de 2011, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹ que reguló dos eventos:

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

El Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en los parágrafos transitorio 1 y 6 lo siguiente:

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

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

[...]

PARÁGRAFO TRANSITORIO 6O. *Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".*

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

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

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

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

2. Pensiones: [...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos

pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, se trae a relación nuevamente el concepto del 22 de noviembre de 2007 del Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y Consulta², que esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

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

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

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

² Consejo de Estado; Sala de Consulta y Servicio Civil; Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo; Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007; Radicación No. 1.857; 11001-03-06-000-2007-00084-00

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993²⁰, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."²¹

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

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

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes²³, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados²⁴; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

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

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

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

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

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto

aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

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

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

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

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

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

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

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

"Artículo 1º...

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

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005²⁹, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

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

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, se advierte que la mesada adicional establecida en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, respecto de la aplicación del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1º de febrero de 2018 expuso³:

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

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

³ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Quinta; Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE; Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018); Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03252-00(AC)

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

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

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

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

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

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del

Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales".⁴⁵

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

De acuerdo a lo anterior, la mesada de mitad de año consagrada en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes de 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo nro. 01 del 2005; o que habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como las tomadas dentro de los procesos con radicado 17-001-33-39-006-2020-00250 y 17-001-33-39-006-2020-00258 el 21 de abril de 2022.

Caso concreto

En relación con la fecha de ingreso al servicio, aunque no se cuenta con un certificado de historia laboral, adujo la parte actora en la demanda que fue posterior al 1º de enero de 1981, y al revisar los considerandos del acto administrativo de reconocimiento de la pensión se consignó un tiempo laborado entre el 22 de mayo de 1992 al 2 de diciembre de 2018. Y mediante Resolución nro. 2011-6 del 2 de abril de 2019 le fue reconocida una pensión de jubilación en cuantía de \$2.918.834, por haber adquirido el estatus de pensionada el 2 de diciembre de 2018.

Ello significa que la demandante no adquirió su estatus pensional antes del 25 de julio de 2005 ni antes del 31 de julio de 2011, pues cumplió requisitos el 2 de diciembre de 2018, por lo que no se encuentra dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el literal b) numeral

2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo nro. 01 del 25 de julio de 2005.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada.

Segundo problema jurídico

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso al momento de condenarse en costas se fundamentó la decisión acorde al criterio objetivo - valorativo.

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se adujo que con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harían conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto evidenció la actividad de los apoderados de la Nación -Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dentro de cada caso objeto de estudio, atendiendo el criterio objetivo – valorativo adoptado por Consejo de Estado. Y se fijaron agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de las demandas para cada uno de los casos analizados. Finalmente, se indicó que la liquidación de las costas se efectuaría por la Secretaría del despacho en los términos señalados en el artículo 366 del C.G.P.

En el recurso de apelación se argumentó, en síntesis, que no procedía la condena en costas, ya que se trató de una condena automática para la parte vencida en juicio, sin que se analizara si se habían causado o no, por lo que se pasó por alto el criterio valorativo.

Respecto a este tema, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

Debe indicarse que las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, la cual corresponde por una parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

El artículo 188 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, determinó que se dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, pero ello no eliminó, en dado caso que la demanda haya incurrido en ese supuesto, de tener que aplicar el criterio adoptado para su imposición que es el objetivo valorativo, el cual impone no solo verificar la parte vencida en juicio sino además el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las mismas.

En la sentencia de primera instancia se argumentó que en atención al criterio objetivo valorativo procedía la condena en costas para la parte demandante, que era la vencida en juicio; y que además evidenció actuación por parte del apoderado de la demandada; así mismo, se fijó el porcentaje que correspondía por las agencias en derecho.

Esto conlleva a que la sentencia de primera instancia deba ser confirmada en este punto.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por lo que la sentencia de primera instancia será confirmada en este aspecto.

Y también será confirmado el punto de la condena en costas, por evidenciar que se ajustó al criterio objetivo valorativo.

Costas de segunda instancia

No hay lugar a imposición en costas en esta instancia, en razón a que no hubo actuación de las partes ante este Tribunal.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **ROSA MARGARITA ISAZA GALINDO** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NO SE CONDENA en costas en segunda instancia, por lo brevemente expuesto en la parte motiva.

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

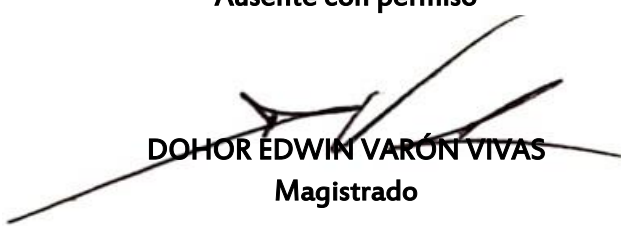
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 06 de octubre de 2022, conforme acta nro. 056 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 181 del 010 de
octubre de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO No.	17001-33-39-008-2017-00132-02
CLASE	REPARACIÓN DIRECTA
ACCIONANTE	ERIK DAMIAN RESTREPO TORO Y OTROS
ACCIONADO	LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a proferir sentencia de segunda instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada – Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia que accedió a las pretensiones, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 03 de julio de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Peticionó la parte actora se hagan los siguientes pronunciamientos:

“Iro) Declárese patrimonialmente responsable a la NACIÓN -RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por la privación injusta de la libertad de la cual fue víctima el señor ERICK DAMIAN RESTREPO TORO desde el 21 de julio de 2014 hasta el 24 de marzo de 2015. IIdo) Que se declare que el señor ERICK DAMIAN RESTREPO TORO era persona (sic) para el momento de los hechos - 21 de julio de 2014- era una persona sana, activa y con capacidad productiva, quien por la privación injusta de la libertad de la cual fue víctima no pudo seguir devengando remuneración alguna para su congrua subsistencia ni para la de sus familiares, asimismo él y su familia sufrieron daños síquicos (o psicológico) y patológicos.

En consecuencia, de la anterior declaración, condénese a la NACIÓN -RAMA JUDICIAL DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar la totalidad de los daños antijurídicos y perjuicios provocados e infringidos a los demandantes en la siguiente manera y proporciones:

a.- PERJUICIOS MORALES:

Condénese a la NACIÓN -RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar a las siguientes personas o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo, la totalidad de los daños y perjuicios morales ocasionados a los actores por la privación injusta de la libertad de la cual fue víctima el señor ERICK DAMIAN RESTREPO TORO, los cuales se encuentran discriminados así:

-GRUPO FAMILIAR

ERICK DAMIÁN RESTREPO TORO (víctima directa), setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes

MARÍA EUGENIA VELANCIA OSPINA (compañera permanente, actualmente esposa de la víctima directa), setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes

MARTHA LIGIA TORO (madre), setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes

MARLON JULIÁN RESTREPO BENITEZ (hijo) setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes

PAOLA RESTREPO TORO (hermana) treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes, correspondiente al cincuenta por ciento (50%) del porcentaje de la víctima directa

MARÍA SILVIA RESTREPO TORO (hermana) treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes, correspondiente al cincuenta por ciento (50%) del porcentaje de la víctima directa

DIANA CONSTANZA MEJÍA TORO (hermana) treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes, correspondiente al cincuenta por ciento (50%) del porcentaje de la víctima directa

JULIÁN ANDRÉS MEJÍA TORO (hermano) treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes, correspondiente al cincuenta por ciento (50%) del porcentaje de la víctima directa

b.- DAÑO A LA SALUD

Condénese a la NACIÓN -RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar a las siguientes personas o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo, la totalidad de los daños y perjuicios por concepto de daño a la salud- en su modalidad de daño psíquico (o psicológico) y patológico- ocasionados al señor ERICK DAMIÁN RESTREPO TORO (víctima directa) y a su hijo menor edad MARLON JULIÁN RESTREPO BENITEZ, debido a la privación injusta de la libertad de la cual fue víctima el señor ERICK DAMIAN RESTREPO TORO, los cuales se encuentran discriminados así:

Para ERICK DAMIAN RESTREPO TORO (víctima directa), cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes

Para MARLON JULIÁN RESTREPO BENITEZ (hijo menor de edad) cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes

De conformidad con lo estipulado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y en consecuencia con los planteamientos de la última sentencia de unificación, se solicita para cada uno de los convocantes, el porcentaje estipulado en dicha providencia, al precio que se encuentre para la fecha de la ejecutoria del auto aprobatorio.

Lo anterior, tiene como ya se dijo su fundamento en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 la que ordena valorar los perjuicios atendiendo los principios de REPARACIÓN INTEGRAL Y EQUIDAD, y observando los criterios técnicos y actuariales.

b- POR PERJUICIOS MATERIALES

Condénese a la NACIÓN -RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar al señor ERICK DAMIÁN RESTREPO TORO, la indemnización a título de PERJUICIOS MATERIALES en la modalidad de LUCRO CESANTE, la suma correspondiente a los ingresos dejados de percibir durante la privación injusta de la libertad (esto es, desde el 21 de julio de 2014 hasta el 24 de marzo de 2015) y durante el tiempo en que no había podido reubicarse laboralmente, teniendo en cuenta para el efecto sus actividades económicas, los cuales eran equivalentes para dicho periodo a un (1) millón de pesos M/cte, previo incremento del veinticinco por ciento (25%) por concepto del correspondiente factor prestacional, además, deberá tenerse en cuenta el lapso que, según las estadísticas, una persona requiere en Colombia para conseguir trabajo luego de haber obtenido su libertad, o acondicionarse en una actividad laboral. Los cuales se encuentran discriminados así:

-Para el señor ERICK DAMIÁN RESTREPO TORO (víctima directa):
Ocho (8) millones de pesos M/cte

Ocho punto setenta y cinco (8.75) meses por el lapso en que no puso conseguir trabajo.

Veinticinco por ciento (25%) por concepto del valor prestacional dejado de percibir, es decir dos (2) millones de pesos M/cte

A la liquidación respectiva, se le deberá aplicar la siguiente fórmula:

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

1

De donde:

Ra Renta mensual actualizada según formula anterior 1 interés puro o técnico del 6% anual o 0,04867 mensual; como se trabaja con uno y no con 100, en una fórmula ese interés se representa como

0,004867 N Periodo o mensualidad que comprende la indemnización, desde la ocurrencia del hecho hasta la fecha probable de la ejecutoria del auto que apruebe la liquidación o la sentencia de segunda instancia, si en ella se hiciere.

c.- INTERESES e INDEXACIÓN:

Condénese a la NACIÓN -RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar a la totalidad de los demandantes o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo, los intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ejecutoria de la sentencia, hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento, según lo establece el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1653 del C.C. todo pago se imputará primero a intereses.

HECHOS

Como supuestos fácticos expusieron los siguientes:

El 17 de julio de 2014 el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Manizales accede a la solicitud de la Fiscalía General de la Nación, expidiendo orden de captura en contra de Erick Damián Restrepo Toro, por el presunto delito de hurto calificado agravado.

El 21 de julio de 2014 el señor Restrepo Toro es capturado por la Policía Judicial.

El 22 de julio de 2014 la Fiscalía General de la Nación – Fiscal Veinte Seccional de Manizales – ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Manizales le imputó al señor Restrepo Toro los punibles de hurto calificado y agravado. Así mismo se legalizó la captura y se le impuso la medida de aseguramiento en centro de reclusión.

El 21 de agosto de 2014, presentó recurso de apelación en contra de la medida de aseguramiento, decisión que fue confirmada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Manizales.

El 20 de octubre de 2014 la Fiscalía General de la Nación, radicó escrito de acusación en contra del señor Restrepo Toro.

El 15 de enero de 2015 se desarrolló audiencia preparatoria contra el señor Restrepo Toro.

El juicio oral contra el señor Restrepo Toro se desarrolló los días 16, 19 y 20 de febrero de 2015 y finalizó el 24 de marzo de 2015, con sentido del fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Manizales, el cual fue absolutorio, dejándolo ese mismo día en libertad.

El 30 de abril de 2015 el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales dio lectura del fallo mediante el cual absolvió al señor Restrepo Toro.

El señor Restrepo Toro estuvo privado de la libertad desde el 21 de julio de 2014 hasta el 24 de marzo de 2015.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL: sobre los hechos, manifestó que unos son ciertos y otros no; respecto de las pretensiones señaló que se opone a todas y cada una de ellas.

Como excepciones propuso las que denominó:

Falta de configuración de los elementos que estructuran responsabilidad extracontractual del estado: sostiene que, en el presente caso, hay falta el daño antijurídico, un delito o culpa generada por la conducta de un agente judicial y el nexo causal.

Falta de legitimación en la causa por pasiva de la nación-rama judicial- dirección ejecutiva seccional de administración judicial de Manizales: asegura que fue la Fiscalía General de la Nación la que ordenó la captura y aportó los elementos probatorios que llevaron al juez de control de garantías al convencimiento de su participación en el punible, el cual, posteriormente no reunió los requisitos para convertirse en plena prueba y ser el soporte de una decisión condenatoria.

Culpa exclusiva de un tercero: basado en lo establecido por el Tribunal cuando revoca la decisión, anotando que, la causa eficiente del hecho dañoso obedeció a la culpa exclusiva y determinante de un tercero, esto es, la señora Marta Lilia Soto, pues fue con ocasión de su denuncia y sus dichos falaces que se inició la investigación penal y arribó finalmente en la privación de la libertad del accionante.

Existencia de una excepción frente a la responsabilidad objetiva del estado en cabeza de la nación-rama judicial: manifiesta que la detención preventiva era una carga que los

demandantes se encontraban en el deber jurídico de soportar, y que la falencia en el despliegue probatorio por parte del ente investigador exonera de responsabilidad a la Nación-Rama Judicial.

Excepción genérica: solicita se conceda la excepción genérica, que señala que, si el Juez encuentra probados los hechos que configuren una excepción deberá reconocerla oficiosamente.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de los demandantes.

Como excepciones propuso las que denominó:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: manifiesta que de acuerdo con la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, pero no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, pues es el Juez de Control de Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer, por lo tanto no hay cabida a que se declare administrativamente responsable a la Fiscalía por la detención preventiva del señor Erick Restrepo.

Acudió a pronunciamientos del Consejo de Estado del 14 de julio de 2016, 26 de mayo de 2016, 18 de abril de 2016, 30 de junio de 2016, 14 de julio de 2016 y 21 de julio de 2016 en los cuales se exoneró de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, en procesos donde se alega la detención injusta y que se han tramitado bajo el imperio de la Ley 906 de 2004.

Inexistencia de nexo causal: afirma que en el *sub examine* no se configura la relación de causalidad entre la actuación de la fiscalía y el presunto e improbable daño o perjuicio aducido por la parte actora en la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 03 de julio de 2020, accedió a las pretensiones tras plantearse como problema jurídico, si en el presente caso reunían los elementos necesarios para determinar la responsabilidad patrimonial imputada a la Nación – Fiscalía General de la Nación y a la Nación – Rama

Judicial por la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Erick Damián Restrepo Toro.

Luego de hacer un recuento del material probatorio obrante en el cartulario señaló que, el demandante Erick Damián Restrepo Toro fue privado de la libertad el 21 de julio de 2014, con ocasión de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión, impuesta por el Juzgado Octavo Penal Municipal, a solicitud de la fiscalía, y que en el proceso penal adelantado en su contra, bajo el marco normativo de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía como órgano de persecución penal, no logró desvirtuar la presunción de inocencia que cobija a todo ciudadano que sea sometido a un juicio de carácter penal, y no lo hizo, porque los elementos de juicio tendientes a verificar la autoría del acusado no refieren el grado de certeza que el mismo haya afectado el bien jurídico del patrimonio económico, por lo que fue absuelto de los cargos que le fueron formulados, tal como quedó consignado en la sentencia absolutoria, dictada por el Juez Séptimo Penal del Circuito de Manizales el 24 de marzo de 2015.

Como corolario de lo anterior, señaló, no queda duda que en este caso el Estado debe responder por el daño antijurídico causado, consistente en la privación injusta de la libertad del señor Erick Damián Restrepo Toro, el cual constituye un daño especial que no tenía la obligación de soportar, aunque el mismo se derive, dentro del proceso penal respectivo, de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado.

Respecto a la entidad que debe responder por los perjuicios causados a la parte actora señala que, al momento de la celebración de la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, la Fiscalía solicitó al Juez Octavo Penal Municipal, en función de control de garantías, medida de aseguramiento privativa de la libertad, de detención preventiva en establecimiento de reclusión de Erick Damián Restrepo Toro, a lo que accedió dicho Juzgado, con base en los elementos probatorios allegados por el ente acusador, los cuales conducían a establecer razonablemente que el citado señor podía ser coautor de la conducta punible de hurto calificado y agravado, razón por la cual puede afirmarse que no fue equivocado el proceder del administrador de justicia, más aún, si se tiene en cuenta que lo hizo amparado en lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

Con fundamento en lo expuesto, concluyó que la responsabilidad imputada al Estado se encuentra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, quien deberá pagar a la parte demandante los perjuicios materiales e inmateriales que se encuentren demostrados.

Es por lo anterior que accedió a las pretensiones de los actores, consignando en la parte resolutive del fallo:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de ***"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, e "INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL"***, propuestas por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

SEGUNDO.- DECLARAR PROBADA la excepción de ***"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"***, propuesta por la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL; en consecuencia, se **ABSUELVE** en el presente caso.

TERCERO.- DECLARAR administrativamente y patrimonialmente responsable a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** por los perjuicios ocasionados a los demandantes de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar las siguientes sumas de dinero:

-Por concepto de perjuicios morales, así:

□ **70 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (S.M.L.M.V.) para cada uno de los demandantes:** ERICK DAMIÁN RESTREPO TORO (víctima directa del daño), MARÍA EUGENÍA VALENCIA OSPINA (cónyuge), MARTHA LIGIA TORO (madre) y MARLON JULIÁN RESTREPO BENITEZ (hijo).

□ **35 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (S.M.L.M.V.) para cada uno de los demandantes:** PAOLA RESTREPO TORO, MARÍA SILVIA RESTREPO TORO, DIANA CONSTANZA MEJÍA TORO y JULIÁN ANDRÉS MEJÍA TORO (hermanos).

-Por concepto de perjuicios materiales:

□ **LUCRO CESANTE: \$7.937.108**

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la parte accionante, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO.- Dar cumplimiento a la sentencia, en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 188 del CPACA se condena en costas a la parte vencida **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso (artículo 366). Se fijan agencias en derecho por valor de \$\$940.000 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

OCTAVO.- NOTIFICAR esta sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA.

NOVENO.- En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el aplicativo "Justicia Siglo XXI". Desde ahora se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del Código General del Proceso. La Secretaría liquidará los gastos del proceso; si quedaren remanentes efectúese su devolución.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, Fiscalía General de la Nación, apeló la sentencia de primera instancia mediante memorial que reposa en PDF nro. 29 del expediente digitalizado de primera instancia.

En su escrito señala que, el régimen de responsabilidad del Estado por **daño especial**, requiere que se acredite que el daño sufrido por el demandante supere los límites de molestias y perjuicios que los administrados deben soportar por el hecho de estar sometidos a las actuaciones del Estado, lo que en este caso no ocurrió, motivo por el cual no era dable aplicar un régimen de responsabilidad objetivo como lo hizo el juzgado de primera instancia.

Procedió a exponer los requisitos que ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la aplicación del régimen de responsabilidad objetivo por "daño especial", para después señalar, que en el caso concreto no puede encuadrarse dentro de este régimen de responsabilidad de la administración.

Expone que, la detención privativa de la libertad fue razonable e idónea y proporcional, teniendo en cuenta las pruebas con las que contaba la fiscalía al momento de solicitar el decreto de la medida preventiva de privación de la libertad y formular escrito de acusación, y si bien la absolución del demandante se dio porque que la Fiscalía General de la Nación, no pudo desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al señor Restrepo, toda vez que el señor Nicolas Ramírez, en la audiencia de juicio oral, cambió la versión dada a los

investigadores de policía judicial, al indicar que sí había hecho préstamo de una escalera al señor Restrepo, un día viernes, pero que este la había devuelto un día sábado, además por cuanto no fue posible hacer comparecer a dicha audiencia al “testigo estrella” de la Fiscalía, el señor Juan Carlos González Gallón, procediendo el despacho judicial a su absolución en aplicación al principio *In Dubio Pro Reo*.

Sobre este punto señaló que, en la sentencia SU-072 de 2018, la Corte Constitucional precisó que, en los eventos en los que la absolución tiene como fundamento la aplicación del principio *in dubio pro reo*, o que el investigado no cometió la conducta, no se puede proceder a una condena automática del Estado. Lo anterior, con fundamento en que, en esos casos, se requieren mayores esfuerzos investigativos y probatorios por parte del fiscal y del juez penal de conocimiento para vincular al presunto responsable con la conducta punible investigada bajo la calidad de autor o partícipe.

Al respecto, señala que, el máximo Tribunal Constitucional sostiene que, en el esquema penal acusatorio actual, la inmediación probatoria queda reservada al juez penal de conocimiento en la etapa de juicio oral. En otras palabras, la contradicción y la valoración de la prueba, se llevan a cabo en dicha audiencia. En ese sentido, precisa que resulta desproporcionado exigirle a los fiscales y a los jueces en función de control de garantías que realicen valoraciones que corresponden a fases procesales posteriores para efectos de determinar – en etapas tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria- la imposibilidad de que el procesado cometiera la conducta punible investigada.

Es por ello que solicita se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: se ratificó en los argumentos expuestos en la demanda, haciendo hincapié en que en el caso *sub examine*, la acusación de la Fiscalía General de la Nación fue desacertada y su teoría del caso deleznable, pues carecía de respaldo serio, sobre todo cuando las pruebas evidenciaban la carencia de unas conductas punibles por parte del señor Erick Damián Restrepo Toro quien nunca actuó como autor o coautor del punible endilgado, tanto es así que no conocía el lugar de los hechos, esto es el Palacio Arzobispal de Manizales, ni siquiera había realizados trabajos u obras en dicho sitio o en lugares cercanos al recinto donde se realizó el hurto de aproximadamente \$104.000.000,00 para el día 12 de mayo de 2014. Es decir, que su mandante no cometió conducta disvaliosa

alguna, ni efectuó colaboración con algún autor, participe o determinador del delito, esto significa que las entidades inculparon a una persona completamente inocente.

Señala que, si la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial hubieran analizado las pruebas en estricto rigor jurídico, sin prejuicios y de forma imparcial, habría concluido como lo hizo el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales el día 30 de abril de 2015, que el señor Erick Damián Restrepo Toro no era responsable de los delitos por los cuales era acusado.

Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial: luego de hacer un recuento de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la responsabilidad del Estado respecto de la privación injusta de la libertad señaló que, en el *sub judice* no se configuró un daño antijurídico que deba ser objeto de reparación, al menos no por parte de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, puesto que la actuación de los jueces que resolvieron el proceso penal seguido en contra de Erick Damián Restrepo Toro se desarrolló con plena garantía de sus derechos fundamentales, siendo que las decisiones fueron motivadas de manera congruente con la realidad procesal, sin que se observe yerro alguno susceptible de reproche.

Fiscalía General de la Nación: señaló que en el presente asunto se debe aplicar la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado por ser esta de aplicación inmediata. De otro lado, que en el caso bajo examen quedó probado que, pese a la sentencia absolutoria, se contaba con material probatorio que justificaba no solo la solicitud de la medida preventiva si no su decreto, es por ello que se solicita se revoque el fallo de primera instancia mediante el cual se accedieron a las pretensiones de la parte actora y se condenó a la entidad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Conforme a la constancia secretarial obrante en el PDF nro. 08 del expediente digital de segunda instancia el Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

1. ¿Conforme a la unificación de jurisprudencia para casos de privación injusta de la libertad, estaba el señor Erick Restrepo Toro obligado a soportar la carga de esta restricción a la libertad?

Si la respuesta anterior es negativa, deberá la Sala resolver:

2. ¿Qué entidad debe responder por las pretensiones de la demanda, la Nación – Rama Judicial o la Nación – Fiscalía General de la Nación?

Lo probado

➤ Se allegaron copia de los registros civiles de nacimiento de los demandantes, para probar las relaciones de parentesco entre éstos y la víctima directa.

➤ Se allegó copia del proceso penal adelantado contra el señor Restrepo Toro, en el cual obran:

- Orden de captura contra el señor Erick Damián Restrepo Toro expedida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías de Manizales el 17 de julio de 2014 (PDF que contiene el cuaderno 1 del expediente de primera instancia digitalizado)
- Acta de derechos del capturado de fecha 21 de julio de 2014 (ibidem)
- Boleta de detención N° 048 de fecha 22 de julio de 2014 contra el señor Erick Damián Restrepo Toro.
- En Audiencia Preliminar de Legalización de Captura, Formulación de Imputación e Imposición de Medida de Aseguramiento realizada el 22 de julio de 2014 por el Juzgado Octavo Penal Municipal con función de Control de Garantías, se legalizó la captura del señor Erick Damián Restrepo Toro, se realiza la formulación de imputación por parte de la Fiscalía, la cual se declara legalmente formulada; de igual forma la Fiscalía solicita medida de aseguramiento privativa de la libertad, detención preventiva en establecimiento de reclusión, la cual se impone por el Juez de Control de Garantías, la cual fue apelada por la defensa.
- Formato de registro de medidas de aseguramiento donde consta la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en Establecimiento Penitenciario al señor Erick Damián Restrepo Toro
- Decisión de segunda instancia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Manizales el día 21 de agosto de 2014, mediante la cual confirma la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Control de garantías, por la cual impuso medida de detención intramural al señor Erick Restrepo Toro.

- Sentencia del 30 de abril de 2015, proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales, en la que se lee:

***CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y VALORACION
PROBATORIA***

[...]

Ahora en cuanto al segundo elemento fundamental para establecer una sentencia de tipo condenatorio, que es la responsabilidad del acusado, debemos decir que no hay un pleno convencimiento más allá de toda duda como lo exigen las normas de procedimiento (arts. 7° Inciso final, 372 y 381) sobre la participación del imputado, a pesar de que el ente acusador, solicitó condena con fundamento en la prueba aportada al proceso.

Con gran esfuerzo el ente fiscal trató de probar su teoría del caso, lo cual quedó solo en un intento porque con la abundante prueba incorporada dentro del juicio, no pudo establecer la participación del señor Erick Damián como coautor del hecho del cual fue acusado.

Debemos decir que entre los testigos traídos a juicio por el ente acusador, trece, no existe una prueba directa que lo comprometa como autor o partícipe de ese hecho criminal, unos hacen referencia a los hechos y otros a situaciones circunstanciales, pero no dan un dato exacto con referencia a que el acusado tiene esa calidad de ese hecho criminal presuntamente cometido en las horas de la noche del once de mayo de 2014, porque tampoco, se sabe a qué horas fue cometido, se presume que fue en horas de la noche y luego del percance eléctrico ocasionado por dos sujetos que se apostaron en la entrada del edificio por la calle 19 entre carreras 23 y 24 de esta ciudad quienes tenían una escalera y ocasionaron un apagón temporal en la zona aledaña a esa puerta mencionada.

En sus alegatos de conclusión la distinguida Fiscal hace alusión a que tiene como pruebas en contra del encartado, la entrevista la cual pretendió entrar como prueba de referencia y prueba indirecta, llamada por ella como indiciaria, lo cual no compartimos porque con esa pretendida prueba no se puede llegar al convencimiento más allá de toda duda de que el encartado es responsable del hecho cometido.

Ahora supongamos que esa entrevista se puede tomar como prueba de referencia para fundamentar un fallo condenatorio, la cual no serviría de nada ante la ausencia de otros medios probatorios que permitan llevar al Juez al convencimiento más allá de toda duda de que el procesado

es autor del hecho delictual, tal como lo señala la norma de procedimiento.

[...]

Y es que no existen otros medios probatorios que nos lleven al convencimiento que el señor Restrepo Toro fue autor o partícipe del hecho del cual fue acusado, a pesar de que la fiscalía ha señalado en sus argumentaciones jurídicas de que existen indicios que comprometen la responsabilidad de este en ese hecho criminal, el despacho no los llamara de esa manera, sino prueba indirecta.

[...]

Consideramos que fue apresurada la posición del ente acusador y hasta aventurada al lanzarse a una acusación de esa envergadura, sin tener los EMP y EF útiles para apostar a demostrar la autoría o participación de Erick Damián dentro de ese hecho criminal y mucho más grave aún, dentro de un juicio sin tener los medios probatorios para hacerlo, como ha sucedido en el caso de marras.

Tenemos pues una investigación huérfana en cuanto a cómo establecer la responsabilidad del señor Restrepo Toro, en calidad de autor o partícipe del latrocinio cometido en el palacio Arzobispal el día 11 de mayo de 2014, no existe un testigo directo, ni prueba indirecta que así lo señale, y los investigadores que trajo la fiscalía, no les consta en forma directa en absoluto, no existe una investigación seria de estos, trajeron al juicio una entrevista de un testigo presuntamente desaparecido, que a pesar de todo, no es directo, es de oídas, porque él nunca estuvo en la escena del crimen, pero señala al hoy procesado como presunto partícipe de ese hecho, elementos probatorios que no sirven de basamento de una responsabilidad atribuida por la Fiscalía al hoy acusado.

Como de la prueba arrojada por el ente acusador se deriva una total falta de convencimiento más allá de toda duda de la participación del señor Erick Damián, como lo ordenan los cánones procesales -arts. 7º inciso final, 372 y 381 CPP debemos darle aplicación a ese principio de carácter universal como lo es el *in dubio pro reo*.

[...]

Como se ha venido sosteniendo a lo largo de este proveído no existe prueba que nos permita señalar al acusado como responsable en calidad de autor o partícipe del hecho investigado, lo que se pudo observar, es la existencia de serias dudas sobre ese tópico que a estas alturas del proceso penal son insalvables por ello debemos aplicar ese apotegma jurídico consagrado en el artículo 7º del CPP que

señala que toda duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES, CALDAS, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: ABSOLVER al señor Eric Damián Restrepo Toro de las condiciones civiles y personales conocidas dentro de esta causa, de los cargos por el delito de Hurto Calificado y Agravado -arts. 239, 240 núm..1º, 241 nums. 10 y 11 y 267 núm. 1º CP- en calidad de autor o participe le formulara la Fiscalía General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

- Acta de lectura de sentencia No. 38 del 30 de abril de 2015, en la que se deja constancia de su notificación en estrados y que en contra de la sentencia no se interpuso recurso
- Copia del Oficio N° 601-EPMSCMAN-AJUR-DIR-8766 del 31 de octubre de 2016, suscrito por la Directora del Establecimiento Penitenciario y Carcelario, en el que informa que el señor Erick Damián Restrepo Toro estuvo recluido en dicho Establecimiento Carcelario desde el 21 de julio de 2014 hasta el día 24 de marzo de 2015, en calidad de sindicado por el punible de “HURTO CALIFICADO AGRAVADO” , dentro del proceso radicado bajo el número 2014-00469

Marco legal y jurisprudencial

Ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo que consagra el medio de control de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tienen los interesados de demandar la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del estado.

En el *sub lite*, la demanda tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado por la privación de la libertad de la que fue objeto la señora Patiño Cañas, la cual tiene apoyo en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 que dispuso:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Por su parte la Ley 270 de 1996, en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por el actuar de los agentes judiciales estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.*

*En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.
[...]*

ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. *Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios” (subrayado Sala de Decisión).*

Frente al régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación proferida el 15 de agosto de 2018¹, unificó el tema y aunque fuera anulada posteriormente mediante decisión de tutela², el 15 de noviembre de 2019 *pero solo en cuanto respecta a la decisión del caso concreto correspondiente a la misma, y no frente al carácter y alcance unificador de la jurisprudencia que tal providencia contiene*, se tiene que conserva su valor doctrinario, ya que antes y después de esa unificación, la postura de la Sección Tercera ha permanecido incólume.

“PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de

¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera Sala Plena; Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA; Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018); Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Martín Bermúdez Muñoz. Sentencia del 15 de noviembre de 2019. Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00169-01.

ello, y **UNIFÍCANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3)Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto” (Negrillas del texto).

Ahora bien, en casos de privación injusta de la libertad el Consejo de Estado de acuerdo a la jurisprudencia de unificación, fijó la postura para analizar estos casos mediante sentencia del 3 de diciembre de 2018, en los siguientes términos³:

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso bajo estudio se constata que la decisión de absolución se dio por que la conducta era “atípica”⁴, por lo que de conformidad con reciente sentencia de unificación en materia de privación injusta de la libertad⁵, el título de imputación se estudiará de acuerdo al caso en concreto, aclarando que siempre debe analizarse la actuación de la víctima.

Sobre esto último, es pertinente señalar que en la referida providencia no se acogió un título de imputación único para estudiar el régimen de privación injusta, sino que se dejó el análisis del mismo al funcionario judicial, quien debe resolverlo bajo los criterios que considere más adecuados dependiendo de cada caso concreto, al señalar que:

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá

³ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera - Subsección “B”; Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá D.C., tres (03) de diciembre de dos mil dieciocho (2018); Proceso número: 15001233100020030261101 (44520)

⁴ El Juzgado señaló que la absolución se daba porque “la conducta desarrollada por Vacca Gámez como funcionario público, no es típica”.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de unificación de jurisprudencia del 15 de agosto de 2018, Exp. No. 46.947, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.

Ahora bien, de lo anterior se tiene que la sentencia no definió un régimen específico en materia de privación injusta; sin embargo, esta Sala atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencia SU-072 de 2018⁶ estima que el método adecuado para abordar el estudio de responsabilidad en estos casos debe hacerse de la siguiente manera:

1. Lo primero que debe analizarse es si con la medida restrictiva de la libertad se incurrió en una falla en el servicio, régimen que por antonomasia es el aplicable para efectos de endilgarle responsabilidad a los entes estatales.

Este análisis debe incluir en primera medida lo afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, ya citada en precedencia, esto es, debe estudiarse si la medida de privación de la libertad correspondió a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.

Así mismo, debe estudiarse si la medida fue ilegal, si existieron irregularidades en el proceso penal, si la medida se sujetó a los requisitos formales y establecidos en la ley penal, si su imposición está motivada con claridad y suficiencia y, si se ajusta a los valores y derechos que consagra la Carta Política, así como a los parámetros fijados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en todo caso, se debe tener en consideración la gravedad del delito, la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, los antecedentes del sindicado, las circunstancias de haber sido aprehendido en flagrancia, el desacato a decisiones judiciales previas o a la asunción de una conducta reprochable con posterioridad a la ejecución del hecho punible⁷.

2. Si superado ese primer estudio se observa que aunque no existe reproche alguno a la actuación de la entidad en los términos señalados, el análisis de la responsabilidad se observará bajo los parámetros del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, pero que causa daño antijurídico a las personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo, tal y como sería cuando se evidencie que la persona no estaba llamada a soportar la privación, por haber sido exonerada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, o la conducta no constituía un hecho punible.

3. Finalmente, en todos los casos sin excepción debe estudiarse la culpa exclusiva de la víctima como exonerante de responsabilidad, en otras palabras, cuando se advierta que el sindicado estaba en el deber jurídico de soportar la detención porque incurrió en una

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-078 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

actuación dolosa o gravemente culposa desde el punto de vista civil⁸, hay lugar a declarar la culpa de la víctima, tal y como quedó consignado en la sentencia de unificación en cita, así 9:

Procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito¹⁰ o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

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

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

En efecto, se consideró que la valoración de la conducta pre procesal es competencia exclusiva del juez penal, por lo que el juez de la responsabilidad estatal no puede concluir que la detención fue generada por la propia conducta de la víctima, pues con ello invadiría competencias de otras jurisdicciones y desconocería la decisión penal absolutoria.

De otro lado el Consejo de Estado ha determinado que, lo más acertado es acudir en primer momento a revisar si se presentó una falla del servicio, y en caso de descartar esta, revisar si se pudo configurar un daño especial. De esta manera se advirtió en sentencia del 25 de

⁸ Sobre la culpa de la víctima, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, Exp. No. 41820, M.P Ramiro Pazos Guerrero.

⁹ El anterior análisis de conformidad con la sentencia de unificación de jurisprudencia de esta sección del 15 de agosto de 2018, Exp. 46947, M.P Carlos Alberto Zambrano.

¹⁰ Cabe indicar que en la sentencia SU-072 de 2018, la Corte Constitucional dio a entender que las causales objetivas solo se dan cuando se encontró que el hecho no existió o la conducta investigada no constituyó un hecho punible.

febrero de 2022 emitida por la Sección Tercera – Subsección B en el proceso con radicado 19001-23-31-000-2012-00351-01:

En atención a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: i) en primer lugar se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad de la que en este caso se derivan los perjuicios reclamados por los actores; ii) en segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad desde una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; iii) en tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla del servicio, la responsabilidad se analiza por un régimen objetivo (daño especial); iv) en cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay sustento para declarar la responsabilidad estatal, ya fuere en un régimen de falla o uno objetivo, se procederá a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; v) aparte de lo anterior, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; vi) finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

Primer problema jurídico

Teniendo en cuenta el recurso de apelación encuentra la Sala que el problema jurídico a dilucidar en el presente asunto es:

¿Conforme a la unificación de jurisprudencia para casos de privación injusta de la libertad, estaba el señor Restrepo Toro obligado a soportar la carga de esta restricción a la libertad?

Tesis: la Sala defenderá la tesis de que que la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor Restrepo Toro por el periodo comprendido entre el 21 de julio de 2014 hasta el día 24 de marzo de 2015, por el delito de “Hurto Calificado Agravado”, es que, a pesar de que la sentencia proferida en primera instancia hubiera sido favorable al actor, lo cierto es que, al momento procesal de definir la situación del investigado, estaban dadas las condiciones señaladas en la ley para decretar la privación de la libertad, esto es, que no se advierte una falla del servicio.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo probado entrará la Sala a analizar cada uno de los puntos señalados por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

1. Lo primero que debe analizarse es si con la medida restrictiva de la libertad se incurrió en una falla en el servicio, régimen que por antonomasia es el aplicable para efectos de endilgarle responsabilidad a los entes estatales.

Se encuentra probado en el expediente respecto de la detención del señor Restrepo Toro que, el proceso penal adelantado contra éste tuvo origen en el desarrollo de la labor investigativa adelantada por la Fiscalía Novena Seccional de Manizales de los hechos ocurridos el día domingo 11 de mayo de 2014, cuando en horas de la noche ingresaron al Palacio Arzobispal de la ciudad de Manizales unas personas que realizaron un hurto de 104 millones de pesos y un valor bastante apreciable en título valores, para lo cual se dañaron las puertas de acceso a la tesorería y a la caja fuerte, además de otras averías de la edificación. En las pesquisas realizadas por la fiscalía se recaudaron los siguientes elementos probatorios:

- Denuncia instaurada por el sacerdote Luis Horacio Gómez, en la cual refiere que se enteró de un hurto que se había sucedido el 11 de mayo de 2014 en el Palacio Arzobispal, específicamente en la Tesorería de dicho lugar.

- Entrevista rendida por el señor Nicolás Ramírez, propietario de un taller, en la que manifestó que 20 días antes había prestado la escalera a un conocido, a quien conoce con el nombre de Silverio y que trabajaba en un taller cerca, fue a prestarle una escalera.

- Reconocimiento fotográfico hecho por el señor Nicolás Ramírez, quien reconoce a Erick Damian Restrepo como la persona a la que le prestó la escalera.

- Entrevista rendida por el señor Otalvaro, quien refirió que administra un hospedaje cerca del sector donde sucedieron los hechos, en la cual indicó que el día de los hechos, esto es el 11 de mayo de 2014, a eso de las 8 más o menos de la noche, escuchó una explosión que ocasionó un bajón de energía; que observó a dos hombres en la entrada al Palacio Arzobispal los cuales tenían una escalera de guadua, uno estaba manipulando la caja de la energía eléctrica, y cuando este bajó ambos hombre se desplazaron hacia la carrera 24 con calle 20; dio características de los dos hombre y de uno de ellos dijo que era joven y de contextura delgado.

- Obra el Informe de investigador de campo del 19 de mayo de 2014, que contiene fotografías de imágenes de videos del sector con fecha 11 de mayo de 2014, donde se observan dos personas que llevan una escalera de guadua.

- Entrevista rendida ante servidores de Policía Judicial de la SIJIN, del señor Juan Carlos González Gallón, que dijo que más o menos en Semana Santa estaba en alrededores del parque Caldas y se encontró con un amigo que se llama Erick Damian, quién le dijo que había un trabajo para hacer, que era simplemente pararse en una esquina a poner cuidado de la salida de ellos, que no les fuera a pasar a nada, que no los fueran a coger. Relata el testigo que le manifestó a Erick que si le interesaba el trabajo y que le contara como era; indicó que Damian andaba con otro muchacho y que le dijo que él y otro amigo que se llama John iban a entrar al Palacio Arzobispal de la carrea 23 con calles 19 y 20, con uniformes de una empresa de UNE o de la CHEC, e iban a utilizar una escalera de guadua, que el trabajo lo tenían que hacer de noche; que la llegada iba a hacer por la carrea 24 porque habían cámaras y que él debía llevar la escalera como si fueran trabajadores y colocarla en la pared, que por allí se subían y entraban por el techo; que tenían planos del palacio en un librito, en donde se mostraba la ubicación de los pasillos del palacio que tenían sensores, por donde no podían pasar; refirió que Damian le había dicho que en la bóveda había como \$300.000.000.00, que sabía el monto porque Jhon a quien le dicen el pastuso, había trabajado allá haciendo trabajos de pintura y remodelación y que había otra persona adentro del palacio que tenía mucho poder y que se hacía lo que el dijera y que como que también sabía “de la vuelta”; que John tenía fotos del palacio en el celular y conocía todo el interior. Indicó que al otro día fue con Erick Damian a hacer vigilancia al palacio y a mirar por donde iba a ser la entrada y a “mirar las movidas del celador”, y que se quedaron como desde las 4:30 de la tarde hasta las 7 de la noche; que tenían el lugar bien analizado; que la vuelta la iban a hacer ese fin de semana, pero a él le dio miedo y se perdió y no volvió a hablar con ellos; que posteriormente se dio cuenta del hurto y que lo habían realizado tal como lo había planeado.

Señaló de igual forma que Erick Damián Restrepo Toro antes se llamaba Silverio Restrepo Toro, que se había cambiado el nombre porque tuvo unos problemas en Barranquilla. También refirió que Erick y Jhon le manifestaron la ubicación de la caja fuerte en el palacio arzobispal, que sabían que había como dos o tres cajas de seguridad, que Jhon, como había trabajado allá alguna vez, vio la caja fuerte abierta, observando varios paquetes de dinero; dijo que posterior a los hechos habló con Erick Damián y con Jhon y que estaban extraños con él porque les había quedado mal.

En vista de la información recaudada en la etapa investigativa, la Fiscalía Novena a quien correspondió el caso, solicitó al Juez de Control de Garantías, librar orden de captura en contra de Erick Damián Restrepo Toro, la cual se hizo efectiva el 21 de julio de 2014. Posteriormente, el 20 de octubre del mismo año, formuló acusación en contra el referido ciudadano, en calidad autor del delito de hurto calificado y agravado, consagrado en los numerales 1, de los artículos 239 y 240, numerales 1 y 11 del artículo 241, y numeral 1 del artículo 267 del Código Penal.

Posteriormente y en el desarrollo del juicio oral, el Juez de conocimiento emitió el sentido de fallo absolutorio al considerar que las falencias probatorias de la parte acusadora producían cierta incertidumbre y dio aplicación al principio del in dubio pro reo. La lectura del fallo se efectuó el 30 de abril de 2015.

De igual forma y de acuerdo a las pruebas arrojadas al cartulario, no evidencia este Juez Colegiado que en el procedimiento llevada a cabo en la detención preventiva de la libertad del que fuera objeto el señor Restrepo Toro se hubiera incurrido en algún error de procedimiento, o con violación al debido proceso o derecho de defensa, o que la identificación en este primer momento se hubiera llevado a cabo de tal forma que existiera duda de que los testigos la hubiera confundido con otra persona de similares características.

En este punto debe tenerse en cuenta el artículo 308 del C.P.P , el cual respecto de la medida de aseguramiento dispone:

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

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

Conforme a la normativa en cita es claro que en esta etapa previa del proceso penal **no se exige certeza** ni de la autoría o participación en el delito ni del delito investigado, pues eso será objeto de verificación en el proceso penal, solo se exige una “inferencia razonable” de que “puede ser”.

En este orden de ideas, encuentra esta Sala, en un primer momento, que la detención preventiva de la libertad de la cual fue objeto el señor Restrepo Toro correspondió a las pruebas legalmente aportadas por la Fiscalía las cuales en un principio lo señalaban como posible autor del delito de hurto calificado y agravado.

Debe destacarse, que si bien en el desarrollo del proceso penal los testimonios de los testigos no tuvieron contundencia para determinar la responsabilidad del acusado, porque de un lado cambiaron la versión relatada ante los investigadores, y de otra porque el testigo central del caso de la Fiscalía el señor Juan Carlos González Gallón no pudo ser localizado para que rindiera su testimonio dentro del juicio oral, en un principio cuando se toma la decisión de privar de la libertad al señor Restrepo Toro de manera preventiva las pruebas allegadas ante el Juez de Garantías permitía inferir razonablemente que el imputado podía ser el autor de delito de hurto calificado y agravado, puesto que la identificación realizada por varios testigos, en ese momento no resultaban dudosos o con vacíos.

2. Analizar la responsabilidad bajo los parámetros d del daño especial.

Estudio del daño especial

Cómo se expuso en líneas anteriores mediante la Sentencia de unificación de 5 de julio de 2018¹¹, la Corte Constitucional precisó que los artículos 90 de la Constitución Política de Colombia y 68 de la Ley 270 de 1996 no establecen un título específico de imputación, sino que, por el contrario, prevén la posibilidad de que el juez adecúe la situación específica al título pertinente. Además, recordó que la falla en el servicio es el título de imputación preferente y que los títulos de responsabilidad objetiva son residuales, reservados para aquellos casos en que el régimen subjetivo es insuficiente para resolver la situación determinada¹².

¹¹ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018.

¹² En la providencia se afirmó: “Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*¹², aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante”.

La Corte Constitucional también señaló que, *“la posibilidad que tienen los administrados de ser resarcidos cuando el Estado les ocasione un daño que no estaban en el deber de soportar en el marco de la privación injusta de la libertad es un derecho que se deriva de la efectividad de los derechos, la igualdad y la libertad, al paso de estar previsto en el artículo 90 de la Constitución y, en tal virtud, el criterio de sostenibilidad fiscal no se erige en una barrera para ofrecer la protección efectiva de tales derechos”*.

Sobre el daño especial, el Consejo de Estado¹³ en sentencia del 22 de noviembre de 2021 precisó que, este ocurre:

“en eventos en los cuales el sindicado sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado, como cuando logra establecerse que el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió o la conducta era objetivamente atípica, eventos en donde el daño antijurídico resulta acreditado sin mayor arrojo.

Otra circunstancia sucede cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicado no cometió la conducta o que fue absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo, por cuanto, en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal del investigado, lo que implica el deber de auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio¹⁴.

En consecuencia, bajo este título de imputación denominada por la jurisprudencia como *“daño especial”*, debe considerarse que es a partir de la gravedad y anormalidad del daño que debe establecerse el derecho a la indemnización.

En efecto, es posible que el Estado, con su actuar legítimo, inflija daños a particulares, lo que conlleva, por razones de igualdad -frente a las cargas públicas- y de equidad, que la

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P: Nicolás Yepes Corrales. sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad. 50001-23-31-000-2011-00436-01(58457)

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018. FJ. 105 a 107 y 120 a 127.

persona no deba soportarlo, como en este caso se predica respecto del demandante principal. Este análisis, como se mencionó, resulta acorde con el mandato del artículo 90 de la Constitución Política y lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-072 de 2018.

Al analizar la providencia de primera instancia por medio de la cual se absolvió a Erik Damián Restrepo de los delitos por los cuales fue acusado y privado de su libertad, evidencia este Juez Plural de Decisión, que se hicieron las siguientes valoraciones:

- Luego de hacer un recuento de lo manifestado por los testigos aportados por parte de la Fiscalía, señaló que ninguno de ellos afirma por conocimiento o percepción directa, que el señor Erick Restrepo Toro hubiera sido el que realizó la conducta que se le reprocha, esto es hurto calificado y agravado, lo cual trae como consecuencia el que dichos testimonios no puedan tenerse como fundamento para acceder a las pretensiones del ente acusador, dado que el soporte probatorio no ofrece tal grado de certeza que permita emitir un fallo condenatorio, al ser testigos de referencia y no directos.

- Así mismo señala que, no existen otros elementos probatorios que lleven al convencimiento que el señor Restrepo Toro fuera autor o partícipe del hecho del cual fue acusado, a pesar de que la fiscalía señaló en sus argumentaciones jurídicas de que existen indicios que comprometen la responsabilidad de este hecho señor, puesto que para el fallador de conocimiento no es posible endilgar responsabilidad con indicios o pruebas indirectas, siendo necesaria una prueba directa del hecho delictivo que indique como responsable al acusado.

En este punto cabe resaltar que, pese a que el Juez consideró que las pruebas aportadas por la fiscalía no tenían la contundencia para determinar la responsabilidad del actor del delito por el cual fue acusado, ello no desdibuja que para el momento en que se tomó la decisión de la privación de la libertad de manera preventiva, la misma no se hubiera realizado atendiendo todos y cada uno de los requerimientos legales para la toma de esa decisión, además la identificación positiva de los testigos del señor Erick Damian Restrepo Toro como autor del delito de hurto calificado y agravado, en su momento no ofrecían dudas de la participación del actor en el delito por el cual fue acusado, cosa distinta es que en el transcurso del proceso penal uno de los testigos cambiara su versión, y el testigo que tenía conocimiento directo de la comisión del delito no se presentara en el juicio oral para ratificar su declaración, lo que condujo a una sentencia absolutoria en esta instancia.

En este orden de ideas, evidencia con suficiencia esta Sala, que la medida de aseguramiento de la que fue objeto el señor Restrepo Toro, obedeció a una actuación legítima del Estado, con observancia de las normas y protección de los derechos y garantías del investigado, siendo soportada la misma en evidencia que en un principio daba lugar a presumir la responsabilidad del actor en el hecho punible investigado, el cual por su gravedad resulta proporcionada con la medida preventiva solicitada por parte de la Fiscalía y decretada por el Juez de garantías, decisión que fuera ratificada en sede de apelación, por lo que no existió falla del servicio.

Por otro lado, tampoco se observa que conforme a las pruebas allegadas, se haya causado un desequilibrio en las cargas públicas en contra del ahora actor, pues no se descarta de plano la inferencia del acusado en los hechos, sino que, el Juez le resta valor probatorio a las pruebas indirectas, inferencia además que se demuestra de lo dicho inicialmente por un testigo que lo acusó directamente, pero que no se tuvo en cuenta al no poder recepcionar o corroborarse su testimonio.

En consecuencia, se deberá revocar el fallo de primera instancia.

Conclusiones

Conforme a lo expuesto, encuentra esta Sala de decisión que la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor Erick Damián Restrepo Toro por el periodo comprendido entre el 21 de julio de 2014 hasta el día 24 de marzo de 2015, no se advierte en la misma una falla del servicio, ni se torna antijurídica desde la óptica del daño especial, por lo que se deberá revocar la decisión del *a quo*.

COSTAS

Conforme lo establece el artículo 180 del CPACA en concordancia con el artículo 565 del C.G del P.,y como en este caso tan solo se revoca una parte de la sentencia, no hay lugar a condena en costas.

Es por lo expuesto que **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral Primero de la sentencia proferida el 03 de julio de 2020 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso que por el medio de control de reparación directa instauraron **ERICK DAMIÁN RESTREPO TORO**

Y OTROS contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** y la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

En el sentido de tener probada la excepción de Inexistencia de Nexo Causal propuesto por la Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales TERCERO Y CUARTO de la misma sentencia.

En su lugar.

Denegar las suplicas de la demanda, frente a la responsabilidad administrativa de la Fiscalía General de la Nación.

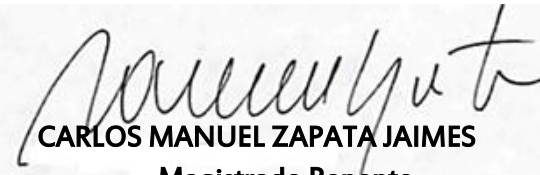
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 03 de julio de 2020 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso que por el medio de control de **reparación directa** instauraron **ERICK DAMIÁN RESTREPO TORO Y OTROS** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** y la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen para lo pertinente. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

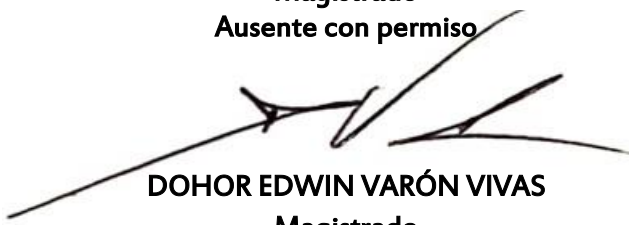
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 06 de octubre de 2022, conforme acta nro. 056 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 181 del 010 de octubre de 2022

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES**

José Norman Salazar González
Conjuez Ponente

Manizales, siete (7) de octubre de dos mil veintidós (2022).

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de pasar a despacho para proferir sentencia el pasado 27 de mayo de 2021, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en el que es demandante **DIOSA YINETH PEREA BEJARANO** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dra. YORLY XIOMARA GAMBOA CASTAÑO** y **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

3.1. DECLARACIONES.

Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. Resolución DESAJMZR16-149-2 de 5 de febrero de 2016.
2. Acto administrativo ficto presunto negativo.

3.2. CONDENAS.

Consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, lo siguiente;

4. **RECONOCER y PAGAR** a la señora **DIOSA YINETH PEREA BEJARANO** la “bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 de 6 de enero de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación -1 enero de 2013-, con la incidencia en la prima de servicios, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicio prestado y demás emolumentos prestacionales que por Constitución y Ley corresponden a los servidores públicos de la Rama Judicial, por tal motivo, deberá incluirse en nomina y reliquidarse tendiendo en cuenta como base de liquidación la “bonificación judicial” a pagar mensualmente y la bonificación por servicio prestado, por ende, se deberá tener como base la totalidad del salario sin ningún tipo de deducción desde el momento de su origen.
5. **ACCEDER** al reconocimiento de la “bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 de 6 de enero de 2013 como factor salarial y prestacional, deberá reliquidarse la bonificación por servicio prestado, teniendo en cuenta que esta constituye el 35% del sueldo básico mensual, y teniendo en cuenta que el hecho generador del precepto jurídico citado es la nivelación salarial constituyéndose en un mismo factor salarial, es decir, un solo valor conjunta de la asignación básica mensual.
6. **SEGUIR LIQUIDANDO** a la demandante la “bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 de 6 de enero de 2013 teniendo como base el 100% de la remuneración básica mensual de cada año y como también todos los demás factores salariales y prestacionales, sin deducir o descontar dicha remuneración.
7. **PAGAR** la indexación monetaria de la mayor diferencia de los anteriores valores prestacionales y salariales reliquidados y dejados de percibir.
8. **INCLUIR** en nomina y seguir pagando la “bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 de 6 de enero de 2013 como factor salarial y prestacional dejado de percibir por el demandante en conjunto con la asignación básica, el cual tendrá efectos directos y consustanciales en las vacaciones, prestaciones sociales (prima de vacaciones, prima de productividad, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales que recibe un servidor publico de la rama judicial.
9. **PAGAR** la indemnización moratoria por la no consignación total de las cesantías al fondo correspondiente seleccionado por el servidor público de la rama judicial.

10. AJUSTAR dichas sumas de conformidad con las normas adjetivas y sustanciales del CPACA y demás preceptos jurídicos que tratan la materia.

4. HECHOS

La señora **DIOSA YINERTH PEREA BEJARANO** se ha laborado a orden de la Rama Judicial, en los cargos de Secretaria de Circuito, Escribiente de Circuito y Oficial Mayor de Circuito, desde el 6 de agosto de 2009 y aun a la presentación de esta demanda.

5. FALLO PRIMARIO

El 27 de mayo de 202021, a través de fallo n° 021 el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, para asuntos de competencia de los Conjuces, accedió parcialmente a las pretensiones.

En resumen, dijo que “...De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que se relaciona con el caso concreto, en criterio de esta dependencia judicial, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la bonificación creada por el decreto 383 de 2013, ostenta la naturaleza de una verdadera prestación constitutiva de salario, motivo por el cual se puede interpretar como un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para calcular las prestaciones sociales que perciba en servidor judicial, con sujeción al tipo de cargo que haya desempeñado o desempeñe en el futuro. Sin embargo, en cuanto a la pretensión ligada a la bonificación por servicios prestados, se negará, entre otras razones, debido a que el Gobierno Nacional en ese específico caso tiene una mayor discrecionalidad en la regulación por tratarse de una prestación ocasional. La tesis que se pretende desatar, se afina en la naturaleza de un ordenamiento jurídico cuyo vértice normativo o norma fundamental es la Constitución de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización. No se puede pasar por alto que, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Colombiana no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad. Adicionalmente, para sustentar esta providencia se tuvo en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, han expuesto los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca y algunos Jueces Administrativos del país, acogiendo así el precedente vertical¹ y horizontal²”, en consecuencia, accedió a la inaplicación de la expresión “únicamente” del artículo 1° del Decreto 383 de 2013, a la declaración de los actos acusados, al reconocimiento de la bonificación reclamada como factor salarial para las prestaciones sociales devengadas por la demandante (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses) y su consecuente reliquidación, y negó las pretensiones relacionadas con el

reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación por servicios prestados como factor salarial y el pago de la sanción moratoria en lo que a cesantías, se refiere.

6. RECURSO DE ALZADA

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada, mediante escrito que presentó el 4 de junio de 2021. En esta ocasión, la demandada resalto que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f) la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

8. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjuces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a este Conjuce le correspondió por sorteo de conjuces celebrado el pasado 7 de julio de 2022.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjuces, realiza en este momento un sondeo sobre las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia se circunscribe única y exclusivamente a los puntos materia de apelación, según tesis dispuesta en el artículo 328 del CGP y apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹:

“(…). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Conjuce Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Bogotá DC, 6 de abril de 2022, radicado 76001233300020180041401(0470-2020), Demandante María Elide Acosta Henao, Demandada la Nación-Fiscalía General de la Nación.

aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que 'las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: -tantum devolutum quantum appellatum-. La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados."

c. CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

- a) Auto 0815 de 20 de junio de 2016 por medio del cual se admite una solicitud de conciliación. (fl. 14).
- b) Resolución n° 0815-16 de 16 de junio de 2016 "por medio de la cual se celebró y se declaró fallida una conciliación (fl. 15-16).
- c) Derecho de petición (fl. 17-21).
- d) Resolución n° DESAJMZR16-149-2 de 5 de febrero de 2016 "por medio del cual se resuelve un derecho de petición" y su constancia de notificación (fl. 23-24 C.1).
- e) Constancia laboral n° 0117 de 27 de enero de 2016 -de tiempos de servicio y emolumentos devengados y cancelados a la Dra. Perea Bejarano- (fl. 25-27).
- f) Recurso de apelación (fl. 28-31).
- g) Resolución n° DESAJMZR16-350 de 4 de marzo de 2016 "por medio de la cual se concede un recurso de apelación" (fl. 32 y vto C.1).
- h) Actos de nombramiento y actas de posesión (fl. 33-36 C.1).

d. PROBLEMA JURIDICO.

Visto el recurso de apelación interpuesto contra la decisión primaria, su discusión se fincó en la petición principal de la demanda, en lo que a la calidad de factor salarial se refiere, por ende; considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del decreto 383 de 2013, es factor salarial para todas las prestaciones sociales devengadas por la demandante o solo para algunas.

e. ANALISIS

DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“Artículo 1°: *Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).*

Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5°: *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”*

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“Artículo 1. *El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:*

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

Artículo 2. *Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:*

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“Artículo 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas*

laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

*“**Artículo 1.** Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:*

- 1) Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

Parágrafo: *La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.*

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

Artículo 2. *Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.*

Artículo 3. *Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.*

Artículo 4. *El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.*

Artículo 5. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2013.”*
(Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL.

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.”

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 - aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: "los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental."

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel

constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un *"bloque de constitucionalidad"*, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(…)”

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT

números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: **1).** Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; **2).** que contribuyan al fomento de la justicia social; **3).** que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y **4).** que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo².

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”*.³

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal

² Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

³ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁴

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como “...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁵.”

⁴ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

⁵ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

“...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos.” (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53).”

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y

objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas

interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁶:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

Finalmente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

⁶ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁷, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁸.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que, por concepto de

⁷ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,⁹ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquellas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹⁰.

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

14. CONCLUSIÓN

Para la Sala de Conjuces, es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando a la demandante **DIOSA YINET PEREA BEJARANO** mes a mes, ininterrumpidamente, desde la misma fecha en que el decreto 383 de 2013, inicio su vigencia¹¹, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Acorde con lo anterior, no es aceptable la disposición establecida por el Decreto 383 de 2013 en su artículo 2, al ordenar que dicha bonificación es “únicamente” factor salarial para efectos de las cotizaciones a salud y pensión, pues dicha distinción no tiene respaldo en las normas nacionales, tampoco en las internacionales y menos, en la jurisprudencia nacional, no puede entonces coartarse la amplitud de un derecho, que cumple con los requisitos legales para ser factor salarial sobre todas las prestaciones sociales, solo a algunas de estas, pues es requisito dado que el requisito como tal se analiza desde la bonificación judicial, frente a las demás prestaciones sociales y no al contrario.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, sobre todas las prestaciones sociales que devenga la demandante, incluida la bonificación por servicio prestado, en adelante y mientras la **Sra. PEREA BEJARANO**, desarrolle alguno de los cargos que ha venido ocupando u otro incluido por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

Además de ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho la demandante **DIOSA YINET PEREA BEJARANO** desde la fecha misma en que entró en vigencia el decreto 383 de 2013 (1 de enero de 2013) y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no este incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas.

Así las cosas, fijada la posición de esta Sala de Conjuces, procederá a modificar el fallo primario.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

15. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia n° 021 de 28 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, que dio fin a la primera instancia de este proceso, en el sentido de **RECONOCER** como

¹¹ 6 de enero de 2013.

factor salarial la bonificación judicial, creada por el Decreto 383 de 2013 **TAMBIEN** para la bonificación por servicios prestados, por lo que debe incluirse en las reliquidaciones ordenadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás *la sentencia n° 021 de 28 de mayo de 2021*, proferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, que dio fin a la primera instancia de este proceso.

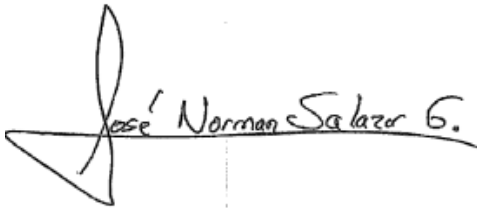
TERCERO: ORDENAR a la Secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

CUARTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

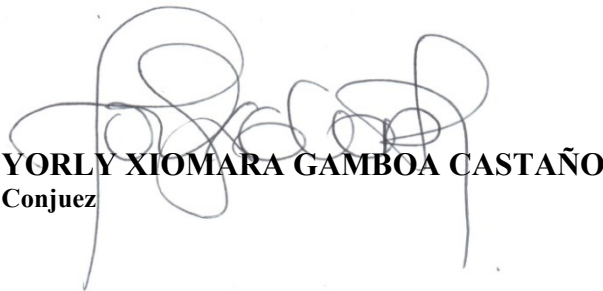
NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 7 de octubre de 2022.

Los Conjueces:



JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Ponente



YORLY XIOMARA GAMBOA CASTAÑO
Conjuez



JOSE MAURICIO BAIDION ALZATE
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Secretaria

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el estado electrónico n°. 181 de 10 de octubre de 2022.



VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria