

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 228

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-39-005-2017-0294-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Adíela María Cardona González
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y Departamento de Caldas.

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

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7147-6 de 12 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 3869 de 24 de julio de 2012 emitidas por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, petición negada a través de la Resolución 7147-6 de 12 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03,

art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas: *‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO’*, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’* ya que los descuentos realizados se basan en las Leyes 914/89 y 1250/08; *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; *‘BUENA FE’* afirmando que actuó con estricto apego a la ley; y *‘GENÉRICA’*, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

El departamento de Caldas - Secretaria de Educación, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas *‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* mencionando que el FNPSM fue creado para encargarse de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los docentes y directivos a nivel nacional y *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con los Decretos 3135/68 y 1848/69.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones de: *‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* propuesta por el departamento de Caldas y la de: *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’* propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales y negó las súplicas de la parte demandante.

Como fundamento de la decisión refirió que, la demandante es beneficiaria del régimen especial docente pues se vinculó al servicio del magisterio antes de entrada en vigencia la Ley 812 de 2003 y que por ello está excluida del régimen de prima media, de tal suerte que le es aplicable el descuento del 12% sobre las mesadas adicionales como aportes para el servicio de salud en acatamiento a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1988.

Que en virtud del principio de solidaridad, los docentes ya pensionados están en el deber de contribuir en el sostenimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud con los aportes a los que se ha hecho referencia.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Reitero los argumentos expuestos en la demanda y adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política; que se desconoce el principio de inescindibilidad de la norma y el principio de legalidad.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

2. Descuentos con destino al sistema de salud

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional² expresó:

“Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución...”. (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: “A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

² Sentencia T-835 de 2014.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

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

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

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

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: *“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.* Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” (Se resalta).

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.* La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán

trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)
(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 4, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...). (Se subraya)

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados-* el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)
⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 *–régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM–* sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

"(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo." (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidiscente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

3. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución 3869 de 24 de julio de 2012 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante.
- La demandante solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y se ordene el cese de tales descuentos.
- A través de la Resolución 7147-6 de 12 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora.

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto, disponen realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

4. 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 ni a la devolución, ni al cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

5. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, que negó las pretensiones formuladas por Adíela María Cardona González dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y Departamento de Caldas.

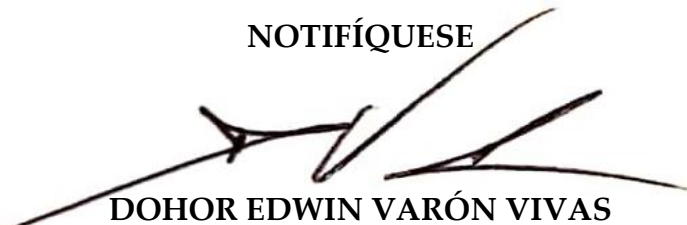
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

NOTIFÍQUESE


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN**

**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 229**

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-39-005-2017-0303-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Gloria Elsy Ramírez de Sabogal
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y Departamento de Caldas.

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

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7288-6 de 13 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 2479 de 15 de mayo de 2012 emitidas por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, petición negada a través de la Resolución 7288-6 de 13 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03,

art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas: *‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO’*, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’* ya que los descuentos realizados se basan en las Leyes 914/89 y 1250/08; *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; *‘BUENA FE’* afirmando que actuó con estricto apego a la ley; y *‘GENÉRICA’*, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

El departamento de Caldas - Secretaría de Educación, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas *‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* mencionando que el FNPSM fue creado para encargarse de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los docentes y directivos a nivel nacional y *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con los Decretos 3135/68 y 1848/69.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones de: *‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* propuesta por el departamento de Caldas y la de: *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’* propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales y negó las súplicas de la parte demandante.

Como fundamento de la decisión refirió que, la demandante es beneficiaria del régimen especial docente pues se vinculó al servicio del magisterio antes de entrada en vigencia la Ley 812 de 2003 y que por ello está excluida del régimen de prima media, de tal suerte que le es aplicable el descuento del 12% sobre las mesadas adicionales como aportes para el servicio de salud en acatamiento a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1988.

Que en virtud del principio de solidaridad, los docentes ya pensionados están en el deber de contribuir en el sostenimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud con los aportes a los que se ha hecho referencia.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Reitero los argumentos expuestos en la demanda y adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política; que se desconoce el principio de inescindibilidad de la norma y el principio de legalidad.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

2. Descuentos con destino al sistema de salud

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional² expresó:

“Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución...”. (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: “A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

² Sentencia T-835 de 2014.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

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

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

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

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: *“(...) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.* Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” (Se resalta).

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.* La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán

trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)
(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 4, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...). (Se subraya)

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados-* el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)
⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 *–régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM–* sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

"(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo." (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidiscente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

3. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución 2479 de 15 de mayo de 2012 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante.
- La demandante solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y se ordene el cese de tales descuentos.
- A través de la Resolución 7288-6 de 13 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora.

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto, disponen realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

4. 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 ni a la devolución, ni al cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

5. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, que negó las pretensiones formuladas por Gloria Elsy Ramírez de Sabogal dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y Departamento de Caldas.

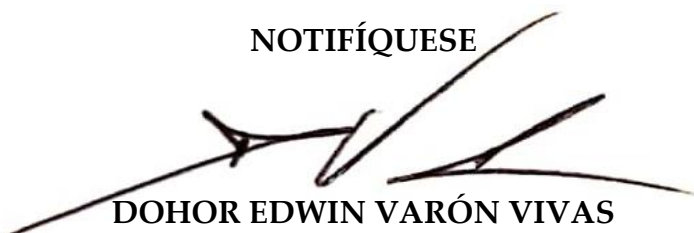
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN**

**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 230**

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-39-005-2017-0322-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Jesús López Ocampo
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM.

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

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 4750-6 de 14 de junio de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 3617 de 8 de septiembre de 2008 emitidas por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, petición negada a través de la Resolución 4750-6 de 14 de junio de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03, art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03;

Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Nación – Ministerio de Educación – FNPSM**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas: *‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO’*, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’* ya que los descuentos realizados se basan en las Leyes 914/89 y 1250/08; *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; *‘BUENA FE’* afirmando que actuó con estricto apego a la ley; y *‘GENÉRICA’*, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

El **departamento de Caldas - Secretaria de Educación**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas *‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* mencionando que el FNPSM fue creado para encargarse de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los docentes y directivos a nivel nacional y *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con los Decretos 3135/68 y 1848/69.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones de: *‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* propuesta por el departamento de Caldas y la de: *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’* propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales y negó las súplicas de la parte demandante.

Como fundamento de la decisión refirió que, la demandante es beneficiaria del régimen especial docente pues se vinculó al servicio del magisterio antes de entrada en vigencia la Ley 812 de 2003 y que por ello está excluida del régimen de prima media, de tal suerte que le es aplicable el descuento del 12% sobre las mesadas adicionales como aportes para el servicio de salud en acatamiento a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1988.

Que en virtud del principio de solidaridad, los docentes ya pensionados están en el deber de contribuir en el sostenimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud con los aportes a los que se ha hecho referencia.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Reitero los argumentos expuestos en la demanda y adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política; que se desconoce el principio de inescindibilidad de la norma y el principio de legalidad.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

2. Descuentos con destino al sistema de salud

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional² expresó:

“Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en mataría de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución...”. (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: “A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones

² Sentencia T-835 de 2014.

Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

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

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

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

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: *“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.* Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” (Se resalta).

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.* La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán

trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)
(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...). (Se subraya)

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)
⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 *–régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM–* sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

"(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo." (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidiscente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

3. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución 3617 de 8 de septiembre de 2008 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante.
- La demandante solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y se ordene el cese de tales descuentos.
- A través de la Resolución 4750-6 de 14 de junio de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora.

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto disponen realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

4. 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 la devolución y cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales adicionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

5. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, que negó las pretensiones formuladas por María Jesús López Ocampo dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio de Educación-FNPSM.

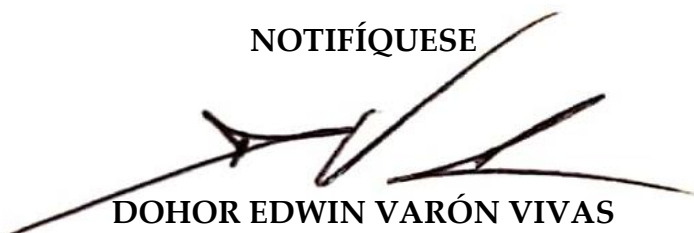
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No.: 231

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-39-006-2018-00410-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Ada Zoraida Mateus de Calderón
Accionado	Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

El Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 8255-6 de 30 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se ordene a las demandadas: aplicar el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; reintegrar el monto los porcentajes descontados en exceso y reajustar las mesadas anuales con base en el artículo 1º de la ley 71 de 1988, es decir en porcentaje igual al aumento del salario mínimo legal mensual y de manera retroactiva al año en que se consolidó el derecho; se ordene la indexación de los valores a reintegrar, al pago de los intereses y costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó se ordene el reintegro de los valores descontados de las mesadas de junio y diciembre correspondientes al 12% de la mesada pensional de manera retroactiva, indexada y con intereses y se ordene cesar los descuentos de las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año); que además se consagró que la pensión sería reajustada anualmente conforme al artículo 1º de la ley 71 de 1988, no obstante la mesa se ha venido incrementando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

Que solicitó al FNPSM la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso, así como el reajuste conforme a la ley 71 de 1988, petición negada a través de la Resolución demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas entre otras, la Ley 71/78; Ley 91/89; Ley 100/93; Ley 812/03; Ley 797/03; Ley 1151/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, se aplica indebidamente el artículo 81 de la Ley 812 de 2013 en lo referente a la tasa de cotización para servicios de salud, pues debe ser del 5% conforme el artículo 8 de la ley 91 de 1989 que es norma especial. En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, no se pueden aplicar concomitantemente dos regímenes y por ello se equivoca la demandada a la aplicar a los docentes la ley 100 del 93

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, no contestó la demanda

El **departamento de Caldas - Secretaria de Educación**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas '*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*' mencionando que el FNPSM fue creado para encargarse de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los docentes y directivos a nivel nacional; '*INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS DESCUENTOS EN SALUD DEL RÉGIMEN DOCENTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO*'; por cuanto el Fondo tiene como objetivo garantizar la prestación de los servicios médicos asistenciales cuya financiación se efectúa con los aportes que se realiza de todas las mesadas pensionales que se paga a los docentes incluidas las adicionales; '*BUENA FE*' por cuanto siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumplimiento de los términos en la expedición de los actos administrativos; '*PRESCRIPCIÓN*', de conformidad con los Decretos 3135/68 y 1848/69.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *Falta de legitimación en la causa* propuesta por el Departamento de Caldas; *negó* las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas. Como fundamento de la decisión refirió que, la remisión al régimen prestacional docente a las normas de la Ley 100 de 1993 se concreta al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud, incluyendo dichos descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Igualmente, a la demandante le es aplicable para efectos del incremento de su pensión lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la Ley 238 de 1995 que adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispuso que la aplicación de los artículos 14 y 142 de la mencionada norma también lo eran para los sector exceptuados del régimen general de pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 quedaron sin

efecto las disposiciones contrarias, esto es el artículo primero de la Ley 71 de 1988; además, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no conlleva la vulneración del principio de favorabilidad.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; precisó inicialmente sobre la *indebida aplicación del precedente jurisprudencial*, por parte del *a quo*, toda vez que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones en relación con el convocado; por tanto la providencia carece de los presupuestos procesales previstos en los artículos 162, 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que “... *el objeto real del litigio fue determinar la fórmula aplicable para el incremento del debate corresponde al incremento de la pensión de jubilación de los docentes dentro del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995... sino determinar la fórmula de incremento más favorable dentro del régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgadas por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995*”.

Se refirió a los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; toda vez, que la disposición busca recuperar el poder adquisitivo de la pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó, que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso, de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

Afirmó que por disposición normativa contenida en el acto legislativo 01 de 2005, los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 33 de 1985; y conservando los beneficios del exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Solicitó que al no encontrarse los beneficios otorgados en el régimen general de pensiones, resulta ilegal para las pensiones otorgadas dentro del régimen exceptuado docente, la aplicación de la fórmula del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; por tanto, se debe declarar la nulidad del acto demandado otorgando un incremento pensional conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, mismo que no figura dentro de las derogatorias expresas del artículo 289.

Respecto de los aportes en salud citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales en caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluida las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentra en pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si:

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?

1. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

1.1. Lo probado

- Mediante Resolución 6520 de 28 de diciembre de 2009 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante; reliquidada mediante Resolución 6523 de 8 de julio de 2015. (Fol. 41-44 C.1)
- La demandante mediante escrito radicado el 5 de octubre de 2017 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –FNPSM, solicitó la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso, así como el reajuste conforme a la Ley 71 de 1988. (Fol. 34-38 C.1)
- A través de la Resolución 8255-6 de 30 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM denegó lo solicitado. (Fol. 44-45 C.1)

1.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.*

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

1.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976¹, determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988² precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación,*

¹ Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*

² Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*

invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente: *“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.*

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”.*

O sea, que al derogarse el parágrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículos 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a

partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

(...)

PARÁGRAFO 4o. 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." (Se resalta)

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

"ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994³, en la que señaló:

"Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

...

"Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan

³ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

“Año	Inflación	Salario mínimo
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensiones que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

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

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁴, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»

*En esas condiciones, **no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.***

*Conclusión: **Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.***

⁴ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir, que en cuento al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como

claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio **margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.**”

1.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es,

conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

2. Segundo problema jurídico *¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?*

Tesis del Tribunal: A la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso, toda vez que, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general. Además, los descuentos sobre mesadas adicionales se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria.

2.1.Descuentos con destino al sistema de salud

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, núm. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional⁵ expresó:

“(…) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley

⁵ Sentencia T-835 de 2014.

ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución...”. (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: “A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por ‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

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

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

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y

trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” (Subraya el Tribunal).

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: “(...) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” (Se resalta).

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

- (i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.
- (ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁶, que en reciente oportunidad puntualizó:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)
(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989	5%

⁶ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

artículo 8-5	
Ley 812 de 2003, Artículo 7, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...).” (Se subraya)

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – entre ellos los pensionados- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por ‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁸ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.
⁸ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo." (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

2.2. Análisis del caso concreto

Mediante Resolución 1323 de 5 de marzo de 2014 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante, efectiva a partir del 17 de noviembre de 2013 (Fol. 40-41 C.1). La demandante solicitó la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso (Fol. 32-36 C.1). A través de la Resolución 7856-6 de 13 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM denegó lo solicitado.

De acuerdo con lo expuesto, el acto administrativo demandado se ajusta a la legalidad, en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas pensionales, incluidas las adicionales, de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

2.3. 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 se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso y en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

3. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 20 de agosto de 2019 emanada del Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Ada Zoraida Mateus de Calderón dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM.

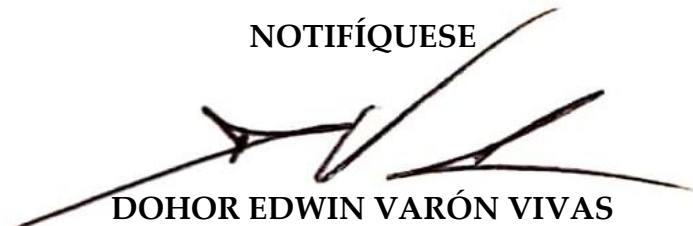
SEGUNDO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

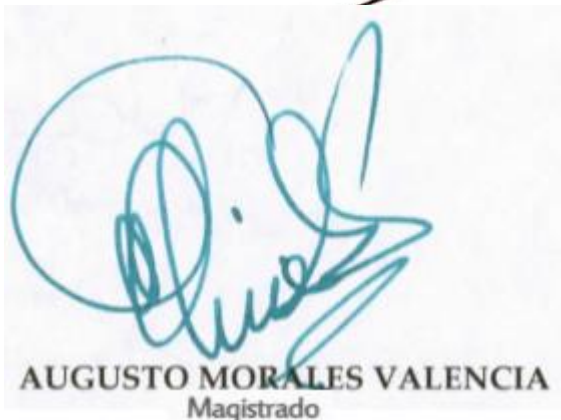
Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

NOTIFÍQUESE

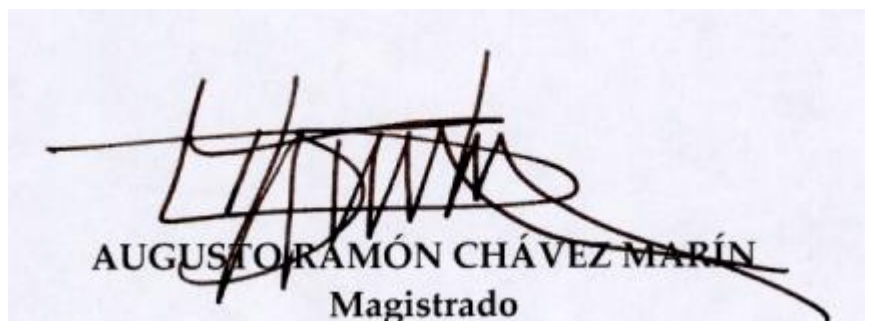


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 232

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso No.	17-001-33-39-006-2018-00411-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Carlina Aristizabal Chavarro
Accionado	Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

El Tribunal Administrativo de Caldas, decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 8305 de 30 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se ordene a las demandadas: aplicar el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; reintegrar el monto los porcentajes descontados en exceso y reajustar las mesadas anuales con base en el artículo 1º de la ley 71 de 1988, es decir en porcentaje igual al aumento del salario mínimo legal mensual y de manera retroactiva al año en que se consolidó el derecho; se ordene la indexación de los valores a reintegrar, al pago de los intereses y costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó se ordene el reintegro de los valores descontados de las mesadas de junio y diciembre correspondientes al 12% de la mesada pensional de manera retroactiva, indexada y con intereses y se ordene cesar los descuentos de las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año); que además se consagró que la pensión sería reajustada anualmente conforme al artículo 1º de la ley 71 de 1988, no obstante la mesa se ha venido incrementando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

Que solicitó al FNPSM la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso, así como el reajuste conforme a la ley 71 de 1988, petición negada a través de la Resolución demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas entre otras, la Ley 71/78; Ley 91/89; Ley 100/93; Ley 812/03; Ley 797/03; Ley 1151/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, se aplica indebidamente el artículo 81 de la Ley 812 de 2013 en lo referente a la tasa de cotización para servicios de salud, pues debe ser del 5% conforme el artículo 8 de la ley 91 de 1989 que es norma especial. En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, no se pueden aplicar concomitantemente dos regímenes y por ello se equivoca la demandada a la aplicar a los docentes la ley 100 del 93

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, no contestó la demanda

El **departamento de Caldas - Secretaria de Educación**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas '*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*' mencionando que el FNPSM fue creado para encargarse de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones de los docentes y directivos a nivel nacional y '*PRESCRIPCIÓN*', de conformidad con los Decretos 3135/68 y 1848/69.

3. Sentencia de primera instancia

El a quo declaró probada la excepción de *Falta de legitimación en la causa* propuesta por el Departamento de Caldas; *negó* las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas. Como fundamento de la decisión refirió que, la remisión al régimen prestacional docente a las normas de la Ley 100 de 1993 se concreta al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud, incluyendo dichos descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Igualmente, a la demandante le es aplicable para efectos del incremento de su pensión lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la Ley 238 de 1995 que adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispuso que la aplicación de los artículos 14 y 142 de la mencionada norma también lo eran para los sector exceptuados del régimen general de pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 quedaron sin efecto las disposiciones contrarias, esto es el artículo primero de la Ley 71 de 1988; además, el artículo 14 de la Ley 100 del 93 no conlleva la vulneración del principio de favorabilidad.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; precisó inicialmente sobre la *indebida aplicación del precedente jurisprudencial*, por parte del *a quo*, toda vez que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones en relación con el convocado; por tanto la providencia carece de los presupuestos procesales previstos en los artículos 162, 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que “... *el objeto real del litigio fue determinar la fórmula aplicable para el incremento del debate corresponde al incremento de la pensión de jubilación de los docentes dentro del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995... sino determinar la fórmula de incremento más favorable dentro del régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgadas por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995*”.

Se refirió a los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; toda vez, que la disposición busca recuperar el poder adquisitivo de la pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó, que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso, de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

Afirmó que por disposición normativa contenida en el acto legislativo 01 de 2005, los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 33 de 1985; y conservando los beneficios del exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Solicitó que al no encontrarse los beneficios otorgados en el régimen general de pensiones, resulta ilegal para las pensiones otorgadas dentro del régimen exceptuado docente, la aplicación de la fórmula del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; por tanto, se debe declarar la nulidad del acto demandado otorgando un incremento pensional conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, mismo que no figura dentro de las derogatorias expresas del artículo 289.

Respecto de los aportes en salud citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales en caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluida las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentra en pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si:

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?

1. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

1.1. Lo probado

- Mediante Resolución 489 de 18 de febrero de 2008 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante,. (Fol. 41-42 C.1)
- La demandante mediante escrito radicado el 4 de octubre de 2017 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –FNPSM, solicitó la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso, así como el reajuste conforme a la Ley 71 de 1988. (Fol. 33-38 C.1)
- A través de la Resolución 7852-6 de 13 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM denegó lo solicitado. (Fol. 43-44 C.1)

1.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

1.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976¹, determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988² precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.*

¹ Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”

² Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1 lo siguiente: *“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”*.

Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el parágrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

O sea, que al derogarse el parágrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este parágrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículos 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

***Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.** Este Fondo será*

responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

(...)

PARÁGRAFO 4o. 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. (Se resalta)

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994³, en la que señaló:

*“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. **En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.***

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

³ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

"Año	Inflación	Salario mínimo
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%"

"Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada".

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensiones que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

"ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

"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".

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio,

posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁴, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”

⁴ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir, que en cuento al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementaran en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso

conservar su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”[94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

(...)

*Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio **margen de configuración para fijar las fórmulas** específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.”*

1.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

2. Segundo problema jurídico *¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el*

descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?

Tesis del Tribunal: A la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso, toda vez que, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general. Además, los descuentos sobre mesadas adicionales se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria.

2.1.Descuentos con destino al sistema de salud

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, núm. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional⁵ expresó:

“(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

⁵ Sentencia T-835 de 2014.

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución...". (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: “A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por ‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

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

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

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

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: *“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”* (Se resalta).

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

- (i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.*
- (ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁶, que en reciente oportunidad puntualizó:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)
(…)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%

⁶ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

<i>Ley 812 de 2003, Artículo 7, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)". (Se subraya)

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁸ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.
⁸ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo." (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

2.2. Análisis del caso concreto

Mediante Resolución 1323 de 5 de marzo de 2014 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante, efectiva a partir del 17 de noviembre de 2013 (Fol. 40-41 C.1). La demandante solicitó la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso (Fol. 32-36 C.1). A través de la Resolución 7856-6 de 13 de octubre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM denegó lo solicitado.

De acuerdo con lo expuesto, el acto administrativo demandado se ajusta a la legalidad, en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas pensionales, incluidas las adicionales, de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

2.3. 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 se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso y en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

3. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 18 de octubre de 2019 emanada del Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Carlina Aristizabal Chavarro dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM.

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

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

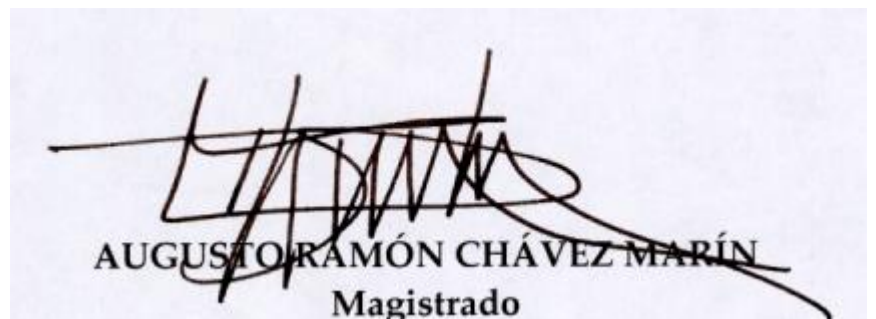
CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

NOTIFÍQUESE


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN**

**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 233**

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-39-008-2017-00325-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Isabel Vélez Bolívar
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y Departamento de Caldas.

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

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7300-6 de 13 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 7085 de 16 de diciembre de 2011 emitidas por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, petición negada a través de la Resolución 7300-6 de 13 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03,

art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas: *‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO’*, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’* ya que los descuentos realizados se basan en las Leyes 914/89 y 1250/08; *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; *‘BUENA FE’* afirmando que actuó con estricto apego a la ley; y *‘GENÉRICA’*, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

El departamento de Caldas - Secretaría de Educación, se opuso a las pretensiones de la parte demandante; adujo que la solicitud realizada por el demandante carece de todo fundamento legal habida cuenta que, es docente afiliada al FNPSM, por lo tanto le es aplicable la Ley 812 de 2003; y que de lo señalado en la Ley 100 de 1993 y la Ley 1150 de 2008 se concluye que para el legislador el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12%.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones de: *‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* propuesta por el departamento de Caldas y la de: *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’* propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales; negó las súplicas de la parte demandante y al condenó en costas.

Analizó el régimen jurídico aplicable a las prestaciones de los docentes, en concreto a la tasa de cotizaciones por concepto de salud, incluyendo los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre conforme a los previsiones establecidas en la Leyes 42 de 1982, 91 de 1989, 100 de 1993, 812 de 2003, 1122 de 2007. Hizo referencia a las posturas jurisprudenciales de la Sección Cuarta del Consejo de Estado y este Tribunal, concernientes a la procedencia de los descuentos de aportes en salud en

mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Una vez analizadas las pruebas allegadas determinó que, los descuentos por conceptos de salud aplicada a las mesadas pensionales, adicionales de junio y diciembre, se hicieron conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, sin alterar el régimen prestacional de los docentes vinculados al servicio público establecido en la Ley 91 de 1989; además si bien el descuento del 12.5% fue aplicado a todos los docentes hasta el mes de febrero de 2009, conforme a la Circular Conjunta del 8 de enero de 2009, se ordenó realizar los ajustes pertinentes.

En consecuencia, adujo que la parte actora no le asiste razón de solicitar ser exonerada de los descuentos de salud en las mesadas ordinarias, ni adicionales de junio y diciembre, ordenando denegar las pretensiones de la demanda.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Reitero los argumentos expuestos en la demanda y adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política; que se desconoce el principio de inescindibilidad de la norma y el principio de legalidad.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

2. Descuentos con destino al sistema de salud

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional² expresó:

“Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del

² Sentencia T-835 de 2014.

principio de solidaridad consagrado en la Constitución...". (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: *"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión"*.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

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

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

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

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: *"(...) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y*

una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” (Se resalta).

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

- (i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.
- (ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)
(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)
⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...). (Se subraya)

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” (Se subraya).

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidiscente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

3. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

Mediante la Resolución 7085 de 16 de diciembre de 2011 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante.

- La demandante solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y se ordene el cese de tales descuentos.
- A través de la Resolución 7300-6 de 13 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora.

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto, disponen realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

4. 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 ni a la devolución, ni al cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales y, en tal sentido, se confirmará la

sentencia dictada en primera instancia.

5. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, que negó las pretensiones formuladas por Isabel Vélez Bolívar dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y Departamento de Caldas.

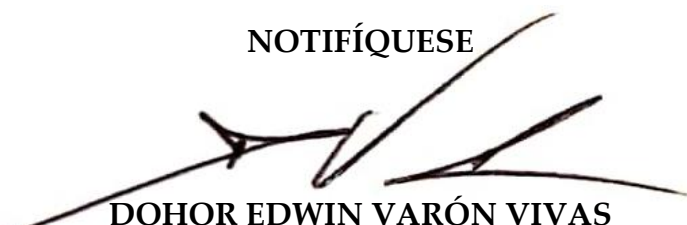
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

NOTIFÍQUESE


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 234

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-39-008-2017-00328-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Graciela Restrepo
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y Departamento de Caldas.

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

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 6969-6 de 7 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 5683 de 22 de noviembre de 2011 emitidas por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, petición negada a través de la Resolución 6969-6 de 7 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03, art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas

en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas: *‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO’*, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’* ya que los descuentos realizados se basan en las Leyes 914/89 y 1250/08; *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; *‘BUENA FE’* afirmando que actuó con estricto apego a la ley; y *‘GENÉRICA’*, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

El departamento de Caldas - Secretaría de Educación, se opuso a las pretensiones de la parte demandante; adujo que la solicitud realizada por el demandante carece de todo fundamento legal habida cuenta que, es docente afiliada al FNPSM, por lo tanto le es aplicable la Ley 812 de 2003; y que de lo señalado en la Ley 100 de 1993 y la Ley 1150 de 2008 se concluye que para el legislador el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12%.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones de: *‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* propuesta por el departamento de Caldas y la de: *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’* propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales; negó las súplicas de la parte demandante y al condenó en costas.

Analizó el régimen jurídico aplicable a las prestaciones de los docentes, en concreto a la tasa de cotizaciones por concepto de salud, incluyendo los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre conforme a los previsiones establecidas en la Leyes 42 de 1982, 91 de 1989, 100 de 1993, 812 de 2003, 1122 de 2007. Hizo referencia a las posturas jurisprudenciales de la Sección Cuarta del Consejo de Estado y este Tribunal, concernientes a la procedencia de los descuentos de aportes en salud en mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Una vez analizadas las pruebas allegadas determinó que, los descuentos por conceptos de salud aplicada a las mesadas pensionales, adicionales de junio y diciembre, se hicieron conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, sin alterar el régimen prestacional de los docentes vinculados al servicio público establecido en la Ley 91 de 1989; además si bien el

descuento del 12.5% fue aplicado a todos los docentes hasta el mes de febrero de 2009, conforme a la Circular Conjunta del 8 de enero de 2009, se ordenó realizar los ajustes pertinentes.

En consecuencia, adujo que la parte actora no le asiste razón de solicitar ser exonerada de los descuentos de salud en las mesadas ordinarias, ni adicionales de junio y diciembre, ordenando denegar las pretensiones de la demanda.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Reitero los argumentos expuestos en la demanda y adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política; que se desconoce el principio de inescindibilidad de la norma y el principio de legalidad.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La **Nación – Ministerio de Educación – FNPSM** reitero los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a la parte actora a que no se le realicen*

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?

2. Descuentos con destino al sistema de salud

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional² expresó:

“Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución...”. (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: “A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

² Sentencia T-835 de 2014.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

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

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

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

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: *“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”* (Se resalta).

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’*.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)
(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)”. (Se subraya)

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por ‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)
⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

aporte de los pensionados’, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidisciente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

allí fueron materia de estudio.

3. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución 5683 de 22 de noviembre de 2011 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante.
- La demandante solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y se ordene el cese de tales descuentos.
- A través de la Resolución 6969-6 de 7 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora.
- De conformidad con los extractos de pago expedidos por la Fiduprevisora S.A. sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos por concepto de salud. (fls. 17-18 C.1)

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto, disponen realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

4. 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 ni a la devolución, ni al cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

5. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, que negó las pretensiones formuladas por María Graciela Restrepo dentro del

contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y Departamento de Caldas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

NOTIFÍQUESE


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 235

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-39-008-2017-00338-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Octavio de Jesús Becerra Largo
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y Departamento de Caldas.

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

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 6959-6 de 7 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 3960 de 19 de septiembre de 2007 emitidas por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, petición negada a través de la Resolución 6959-6 de 7 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03, art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03;

Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Nación – Ministerio de Educación – FNPSM**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas: *‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO’*, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’* ya que los descuentos realizados se basan en las Leyes 914/89 y 1250/08; *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; *‘BUENA FE’* afirmando que actuó con estricto apego a la ley; y *‘GENÉRICA’*, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

El **departamento de Caldas - Secretaria de Educación**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante; adujo que la solicitud realizada por el demandante carece de todo fundamento legal habida cuenta que, es docente afiliada al FNPSM, por lo tanto le es aplicable la Ley 812 de 2003; y que de lo señalado en la Ley 100 de 1993 y la Ley 1150 de 2008 se concluye que para el legislador el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12%.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones de: *‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* propuesta por el departamento de Caldas y la de: *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’* propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales; negó las súplicas de la parte demandante y al condenó en costas.

Analizó el régimen jurídico aplicable a las prestaciones de los docentes, en concreto a la tasa de cotizaciones por concepto de salud, incluyendo los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre conforme a los previsiones establecidas en la Leyes 42 de 1982, 91 de 1989, 100 de 1993, 812 de 2003, 1122 de 2007. Hizo referencia a las posturas jurisprudenciales de la Sección Cuarta del Consejo de Estado y este Tribunal, concernientes a la procedencia de los descuentos de aportes en salud en mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Una vez analizadas las pruebas allegadas determinó que, los descuentos por conceptos de salud aplicada a las mesadas pensionales, adicionales de junio y diciembre, se hicieron conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, sin alterar el régimen prestacional de los docentes vinculados al servicio público establecido en la Ley 91 de 1989; además si bien el descuento del 12.5% fue aplicado a todos los docentes hasta el mes de febrero de 2009, conforme a la Circular Conjunta del 8 de enero de 2009, se ordenó realizar los ajustes pertinentes.

En consecuencia, adujo que la parte actora no le asiste razón de solicitar ser exonerada de los descuentos de salud en las mesadas ordinarias, ni adicionales de junio y diciembre, ordenando denegar las pretensiones de la demanda.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Reitero los argumentos expuestos en la demanda y adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política; que se desconoce el principio de inescindibilidad de la norma y el principio de legalidad.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM y el departamento de Caldas - Secretaria de Educación, reiteraron los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

Le demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

2. Descuentos con destino al sistema de salud

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional² expresó:

“Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia

² Sentencia T-835 de 2014.

médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución...". (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: "A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por 'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

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

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

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

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: "(...) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y

una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” (Se resalta).

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

- (i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.
- (ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)
(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)
⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)". (Se subraya)

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

"(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo." (Se subraya).

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidiscente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que allí fueron materia de estudio.

3. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución 3960 de 19 de septiembre de 2007 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor del demandante.
- El demandante solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y se ordene el cese de tales descuentos.
- A través de la Resolución 6959-6 de 7 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por el actor.

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto, disponen realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

4. 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 ni a la devolución, ni al cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

5. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, que negó las pretensiones formuladas por Octavio de Jesús Becerra Largo dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y Departamento de Caldas.

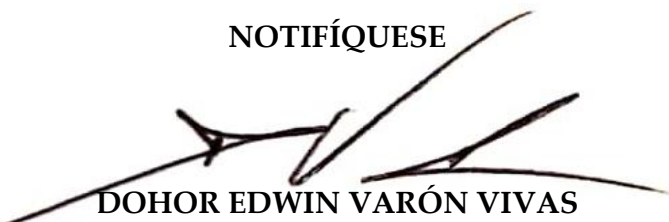
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

NOTIFÍQUESE


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN**

**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 236**

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-39-008-2017-00339-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Olga Montoya de Zapata
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y Departamento de Caldas.

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

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad de la Resolución 7193-6 de 13 de septiembre de 2016 y la nulidad parcial de la Resolución 006 de 17 de enero de 2000 emitidas por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM. En consecuencia se condene a las demandadas por los perjuicios a raíz de los descuentos con destino al sistema de salud, efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como cualquier otro porcentaje cobrado de manera ilegal; y que se indexen las sumas reconocidas y se condene en costas a las accionadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12% los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año). Que solicitó al FNPSM el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales, petición negada a través de la Resolución 7193-6 de 13 de septiembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas Ley 91/89; Ley 100/93, arts. 50, 142 y 279; Ley 812/03, art. 81; Decreto 3752 de 2003, arts. 1, 4 y 5; Ley 42/82; Ley 43/84, art. 5; Ley 797/03; Decreto 1073/02 y Ley 1250/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas

en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, el único cobro que se debe hacer por este concepto equivale al 12% y cualquier valor que lo exceda vulnera el ordenamiento jurídico, así mismo, itera que dicho cobro solo es procedente sobre las mesadas ordinarias y no sobre las adicionales.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Nación – Ministerio de Educación – FNPSM**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante y propuso las excepciones denominadas: *‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* mencionando que son las entidades territoriales las encargadas de administrar las plantas de personal, por ser los nominadores de los docentes; *‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO’*, aduciendo que no existe relación de causalidad entre la prestación reclamada y la entidad accionada; *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’* ya que los descuentos realizados se basan en las Leyes 914/89 y 1250/08; *‘PRESCRIPCIÓN’*, de conformidad con el artículo 488 del CST y los Decretos 3135/68 y 1848/69; *‘BUENA FE’* afirmando que actuó con estricto apego a la ley; y *‘GENÉRICA’*, solicitando que se declaren las excepciones que resulten demostradas en el proceso.

El **departamento de Caldas - Secretaría de Educación**, se opuso a las pretensiones de la parte demandante; adujo que la solicitud realizada por el demandante carece de todo fundamento legal habida cuenta que, es docente afiliada al FNPSM, por lo tanto le es aplicable la Ley 812 de 2003; y que de lo señalado en la Ley 100 de 1993 y la Ley 1150 de 2008 se concluye que para el legislador el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12%.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones de: *‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’* propuesta por el departamento de Caldas y la de: *‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’* propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales; negó las súplicas de la parte demandante y al condenó en costas.

Analizó el régimen jurídico aplicable a las prestaciones de los docentes, en concreto a la tasa de cotizaciones por concepto de salud, incluyendo los descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre conforme a los previsiones establecidas en la Leyes 42 de 1982, 91 de 1989, 100 de 1993, 812 de 2003, 1122 de 2007. Hizo referencia a las posturas jurisprudenciales de la Sección Cuarta del Consejo de Estado y este Tribunal, concernientes a la procedencia de los descuentos de aportes en salud en mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Una vez analizadas las pruebas allegadas determinó que, los descuentos por conceptos de salud aplicada a las mesadas pensionales, adicionales de junio y diciembre, se hicieron conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, sin alterar el régimen prestacional de los docentes vinculados al servicio público establecido en la Ley 91 de 1989; además si bien el

descuento del 12.5% fue aplicado a todos los docentes hasta el mes de febrero de 2009, conforme a la Circular Conjunta del 8 de enero de 2009, se ordenó realizar los ajustes pertinentes.

En consecuencia, adujo que la parte actora no le asiste razón de solicitar ser exonerada de los descuentos de salud en las mesadas ordinarias, ni adicionales de junio y diciembre, ordenando denegar las pretensiones de la demanda.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; adujo que, el fallo desconoce que la Ley 91 de 1989 trae incorporada en su artículo 15 una excepción, que implica que a los docentes nacionales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 se les aplica el régimen prestacional del que venían gozando en los entes territoriales, mientras que quienes ingresaron al servicio educativo a partir del 1º de enero de 1990 son sujetos de las normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional. En este sentido, plantea que ninguna de esas normas contiene una autorización para realizar descuentos sobre mesadas adicionales a los docentes, y en algunos casos, incluso prohíben tales cobros.

Con base en providencia del Consejo de Estado¹ referida a la prima de servicios que devengaban algunos docentes nacionalizados señaló que, a partir de los métodos de interpretación gramatical y sistemático, debe aplicarse este fallo por analogía a los descuentos en salud, y en tal sentido, insiste en que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no contemplan los descuentos con destino al sistema de salud para las mesadas adicionales.

Que su postura ha sido avalada por diversos tribunales del país, que han entendido que la Ley 100 de 1993 se aplica a los docentes en cuanto atañe al régimen de cotización con destino al sistema de salud en virtud del principio de inescindibilidad normativa, con lo que ha de entenderse derogada tácitamente la regulación que sobre el particular trae la Ley 91 de 1989, de tal forma que se encuentra prohibido realizar descuentos en salud con base en las mesadas de junio y diciembre.

Reitero los argumentos expuestos en la demanda y adujo que, la decisión apelada vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política; que se desconoce el principio de inescindibilidad de la norma y el principio de legalidad.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

El **departamento de Caldas** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si *¿Le asiste derecho a la parte actora a que no se le realicen*

¹ 14 de abril de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 3828-14.

los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?

2. Descuentos con destino al sistema de salud

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional² expresó:

“Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución...”. (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: “A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

² Sentencia T-835 de 2014.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por ‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

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

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

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

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: “(...) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” (Se resalta).

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado³, que en reciente oportunidad puntualizó:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)
(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 4, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)”. (Se subraya)

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por ‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)
⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

aporte de los pensionados', disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁵ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, pretende la parte actora que se le apliquen los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78 bajo el razonamiento de que a los docentes vinculados a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 ha de mantenerseles el régimen prestacional del que eran sujetos (art. 15), no obstante, esta intelección no está llamada a prosperar, en atención a que la situación pensional de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se halla regulada, según la data de vinculación, por las Leyes 812 de 2003 o 91 de 1989.

En análogo sentido, el análisis de esta controversia tampoco puede realizarse bajo la égida de la providencia citada en el escrito de alzada, pues como lo reconoce la parte nulidiscente, el caso que allí se plantea se relaciona con otro tipo de prestación (prima de servicios), que si bien se refiere al caso de un docente, mal haría en extenderse una regla jurisprudencial a un caso cuyos patrones fácticos distan en grado sumo de aquellos que

⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

allí fueron materia de estudio.

3. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución 0006 de 17 de enero de 2000 el FNPSM reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante.
- La demandante solicitó la corrección de la resolución que reconoció la pensión y se ordene la devolución de los dineros descontados con destino al sistema de salud de las mesadas adicionales, y se ordene el cese de tales descuentos.
- A través de la Resolución 7193-6 de 13 de septiembre de 2016 la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas negó lo solicitado por la actora.
- De conformidad con los extractos de pago expedidos por la Fiduprevisora S.A. sobre las mesadas adicionales recibidas por la parte actora, le fueron efectuados descuentos por concepto de salud. (fls. 19-23 C.1)

De acuerdo con lo expuesto, los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad en tanto, disponen realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

4. 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 ni a la devolución, ni al cese de aportes a salud descontados sobre sus mesadas pensionales y, en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

5. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia emanada del Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, que negó las pretensiones formuladas por Olga Montoya de Zapata dentro del

contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio de Educación-FNPSM y Departamento de Caldas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la accionada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

NOTIFÍQUESE


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO NO.	17-001-33-33-001-2014-00227-02
CLASE	REPARACIÓN DIRECTA
ACCIONANTE	JOSÉ DANILO OCAMPO, ANA DE JESÚS LONDOÑO ALZATE, LUS STELLA OCAMPO LONDOÑO, JOSÉ DANILO OCAMPO LONDOÑO, RONAL OCAMPO VANEGAS, MARÍA CAMILA OCAMPO VANEGAS, Y MARIANA OCAMPO VANEGAS
ACCIONADO	CAPRECOM EPS'S
VINCULADO	HOSPITAL SAN JOSÉ DE NEIRA - CALDAS

Procede la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 27 de marzo de 2018, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Se Condene a Caprecom EPS a pagar a favor de los demandantes los perjuicios materiales e inmateriales causados en razón del daño padecido por el señor José Danilo Ocampo, que se relacionan a continuación:

Perjuicios materiales

Lucro cesante: se reconozca a favor del señor Danilo Ocampo la suma de \$9.599.496.00, y por lucro futuro la suma de \$42.240.000.00

Daño emergente: se reconozca a favor de la señora Luz Stella Ocampo Londoño la suma de 1.800.000.00 por los pagos de transporte del señor Danilo Ocampo para que le sean realizadas las terapias de fisioterapia, y pueda asistir a las citas con el médico especialista vascular y fisiatría. De igual forma se reconozca el valor de 105.000.00 por concepto de pago de sesiones de fisioterapia del señor Danilo Ocampo.

Que se cancela la suma de \$250.000.00 por el pago de la calificación integral de pérdida de la capacidad laboral .

Que se cancele la suma de \$300.000.00 por pago de valoración psicológica de toda la familia Ocampo Londoño realizada por la Psicóloga Ángela Patricia Velásquez Gonzáles.

Perjuicios inmateriales

Morales: pagar al señor Danilo Ocampo el valor correspondiente a 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Reconocer a favor de la señora Ana de Jesús Londoño Álzate la suma de 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cancelar a la señora Luz Stella Ocampo Londoño la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Pagar al señor José Danilo Ocampo Londoño el valor de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Reconocer a favor de Ronal, María Camila y Mariana Ocampo Vanegas la suma de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Alteración a las condiciones de existencia

Reconocer a favor del señor Danilo Ocampo la suma de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Reconocer a favor de la señora Ana de Jesús Londoño Álzate la suma de 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

HECHOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

El señor José Danilo Ocampo el 23 de marzo de 1974 contrajo matrimonio católico con la señora Ana de Jesús Londoño Alzate y tuvieron dos hijos, José Danilo y Luz Stella Ocampo

Londoño. Su primer hijo tiene tres hijos, Ronal Damihan, María Camila y mariana Ocampo Vanegas.

El señor José Danilo Ocampo realizó un contrato verbal con los señores Reinaldo y Belisa Londoño para explotar económicamente la finca denominada la Siria ubicada en la vereda el Corozo del municipio de Neira; en virtud de contrato el señor Danilo Ocampo se comprometía a entregar a los señores Londoño \$500.000.00 y el dinero restante de las ventas de los frutos de la finca eran para subsistencia del señor Ocampo y su familia.

El señor José Danilo Ocampo se encuentra afiliado al sistema general de salud en el régimen subsidiado y la EPS que le presta sus servicios es Caprecom. El 7 de marzo de 2012 debido a un fuerte dolor en la cintura que le compromete los miembros inferiores y lo deja inmovilizado se traslada de urgencia al Hospital San José de Neira – Caldas, pese al fuerte dolor que tenía la atención dada fue precaria y el tratamiento que le enviaron solo calmó de manera transitoria el dolor que presentaba en su pierna derecha, teniendo que regresar a urgencia el 1 de abril de 2012 por el fuerte dolor que tenía en su pierna derecha, sin embargo el médico de turno nuevamente desestimó la situación del señor Danilo Ocampo.

Ante la persistencia del dolor intenso un médico del centro hospitalario lo revisó, y diagnóstico un problema de circulación y sin dar mayor información le aplicaron unos medicamentos para tratar el dolor.

En la noche cuando hubo cambio de turno, y ante la no mejoría del señor Danilo Ocampo se le solicitó al médico de turno que lo examinara nuevamente; este galeno al darse cuenta de la gravedad de la situación, puesto que la pierna estaba helada y morada, y el dolor no disminuía, intentó remitirlo a un hospital donde pudieran realizarle un examen especializado, pero no fue posible puesto que ningún hospital quiso recibirlo por ser afiliado de Caprecom EPS.

Ante la situación de urgencia del señor Danilo Ocampo el médico de turno le aconseja a la familia llevarlo de inmediata al Hospital de Caldas de Manizales, pues necesitaba un examen Dúplex para determinar cuál era la gravedad del problema de circulación que presentaba.

Ya, en el Hospital de Caldas el señor Danilo Ocampo se deja en observación por el especialista vascular a pesar de que Caprecom no tiene convenio con la entidad prestadora de salud, pues, ven que ya no tiene flujo sanguíneo en su pierna derecha, le inician un tratamiento para tratar el síndrome arterial obstructivo severo de miembro inferior derecho que presenta.

El especialista al revisarlo consideró que la única alternativa de tratamiento era la amputación de su pierna derecha, ya que, debido a lo avanzado del síndrome isquémico agudo, presentaba una infección severa, gangrena, que cada día avanzaba más, siendo esta la única alternativa para salvar su vida.

Ante este panorama, la familia toma la decisión de optar por la cirugía, y es por ello que el 8 de abril de 2012 le fue amputado al señor Danilo Ocampo su miembro inferior derecho.

Posterior a la cirugía Caprecom no le ha brindado atención adecuada al señor Danilo Ocampo, teniendo en cuenta que es una persona de la tercera edad y minusválida, expresa que nunca le han dado una silla de ruedas, unas muletas o un caminador y dada la lejanía en la que vive el señor Ocampo, nunca han puesto a su disposición un medio de transporte para que sea trasladado a la ciudad de Manizales, para ser valorado cada vez que es citado por el médico vascular o de fisioterapia en el Hospital Santa Sofía, debiendo su hija asumir todos los gastos de los servicios antes relacionados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Empresa Social del Estado Hospital Departamental del San José de Neira: refiere que en la consulta del 7 de marzo de 2012 el paciente no destacó antecedentes de dolor en la pierna derecha, consultando por una lumbalgia. El 1 de abril de 2012 el paciente en la consulta refiere dolor en la pierna derecha, aunado a ello manifiesta que de conformidad con la historia clínica, el médico le realizó la impresión diagnóstica de trombosis venosa profunda interrogada, hospitaliza e inicia manejo con analgésicos, líquidos endovenosos y heparina, solicitando paraclínicos e iniciando trámites para la remisión ante Caprecom, a un nivel superior de complejidad. Refiere que la acudiente del paciente lo retira del Hospital abandonando al tratamiento el 2 de abril, sin que se hubiera recibido la orden de remisión por parte de Caprecom, para ello firma el acta de retiro voluntario..

Señala que el paciente al ser atendido en el SES de Caldas, inició trámite similar al que se le dio en el Hospital de Neira, tal como se desprende de las anotaciones hechas en la historia clínica. El 8 de abril es amputado el miembro inferior derecho.

Anota que según lo consignado en la historia clínica, el paciente siempre estuvo atendido con medicamentos y una vez sospechada la patología se dispuso la remisión a un hospital de un nivel superior de complejidad, quedando evidencia de la solicitud de remisión realizada ante Caprecom EPS.

De igual forma indica que, pese a que el Hospital de Caldas es de mayor complejidad, en un principio y con la sintomatología del paciente no le fue diagnosticada con precisión la patología, pues inicialmente se diagnóstica una enfermedad vascular periférica no especificada, siendo que después de realizados los exámenes se le diagnosticó la obstrucción arterial aguda, y que el manejo dado en el Hospital de Caldas, fue el mismo que recibió en el Hospital de Neira.

Por lo anterior señala que, el caso en estudio no se presenta un error en el diagnóstico, puesto que desde que ingresó a la entidad hospitalaria fue atendido y en la medida de las ayudas con que cuenta el hospital se pudo sospechar de una trombosis venosa profunda, y frente a la no evolución del paciente pese al tratamiento dado se decidió la remisión a un hospital de mayor complejidad.

Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom: sobre los hechos indicó que se atenía a lo que resultara probado, sin embargo como razones de defensa hace precisión en algunos hechos.

Indica que el señor José Danilo Ocampo consultó el 1 de abril de 2012 en el Hospital San José de Neira por cuadro de dolor de dos horas de evolución consistente en dolor profundo en la pierna derecha, sospechándose trombosis venosa profunda, por lo cual se hospitaliza para manejo iniciándose trámite para traslado, pero al día siguiente de su ingreso 2 de abril, el paciente firma alta voluntaria y sale de la institución, haciéndose responsable de la evolución de su patología, pues no continúa recibiendo atención médica por parte del hospital y a cargo de Caprecom.

Señala que según la historia clínica del paciente, el señor Ocampo acude al SES Hospital de Caldas el 3 de abril de 2012 sic (de acuerdo a la historia clínica es el 2) y señala que, si bien es cierto la falta de convenio entre Caprecom y la entidad hospitalaria, Caprecom tenía contrato con la IPS Clínica de Manizales para la atención requerida por el paciente, como era la especialidad de cirugía vascular.

Así mismo pone de presente que, cuando un paciente es trasladado de urgencias a una institución prestadora de salud no hay necesidad de que medie contrato o convenio, pues las atenciones brindadas son cargadas a la EPS para su pago, a la que el paciente esté afiliado, lo que ocurrió en el caso bajo estudio. De igual forma señala que los servicios que ha requerido el actor con posterioridad a la cirugía han sido autorizados y programados,

señalando que el transporte para asistir a las consultas es un servicio POSS por lo que no es responsabilidad de la EPS suministrar el mismo.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia dictada el 27 de marzo de 2018 negó pretensiones.

Acudió para resolver el caso bajo el título de imputación de falla en el servicio por pérdida de oportunidad, frente al cual encontró acreditado el primer elemento de la responsabilidad relativo al daño antijurídico, ya que se había demostrado la afectación a la integridad física del señor José Danilo Ocampo con la amputación de su pierna derecha.

En relación con la imputabilidad del daño a la entidad demandada relaciona que, conforme al material probatorio obrante en el expediente, no existen elementos que conlleven a determinar con absoluta certeza que la responsabilidad en el daño sufrido por el señor José Danilo Ocampo por la amputación de su pierna derecha, recaiga sobre la EPS Caprecom, o sobre el Hospital San José de Neira como vinculada. Tampoco abre paso la pretensión relacionada con la falla del servicio por el no suministro de atenciones posoperatorias al paciente José Danilo Ocampo, puesto que los servicios posteriores a la cirugía han sido autorizados y prestados.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, tal como consta en el memorial que reposa de folio 587 a 601 del cuaderno 1.

Adujo que conforme al material obrante en el expediente es claro que, en el presente asunto se configuró una falla del servicio en salud, que el análisis efectuado en primera instancia no es acorde con el material probatorio.

Señala que las pruebas son claras en demostrar que, la atención brindada al actor no fue eficiente ni acorde con los síntomas que el señor Ocampo tenía, por lo que la demora en su atención derivó en el daño que padeció el mismo por la amputación de su pierna.

Realiza un análisis de las pruebas en las cuales se basó el juez para determinar la no responsabilidad de la demandada y la vinculada en el daño sufrido por la parte

demandante, para concluir que por el contrario está demostrada la responsabilidad de las mismas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: reiteró lo expuesto en el recurso de apelación.

CAPRECOM EPS: pidió confirmar la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que de acuerdo a las pruebas aportadas la parte demandante no acreditó la responsabilidad de la entidad en el daño alegado, toda vez que, las pruebas dan cuenta que el servicio prestado al señor José Danilo Ocampo fue oportuna y adecuada, y que el desenlace de la amputación de su pierna derecha es el resultado de condiciones inherentes al estado de salud de éste y a los factores de riesgo de su patología.

MINISTERIO PÚBLICO.

No presentó concepto de fondo.

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.

De acuerdo a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se centrarán en determinar:

1. ¿Se probaron los elementos que la ley y la jurisprudencia han estructurado, para declarar válidamente que el Hopsital San José de Neira y Caprecom EPS incurrieron en un falla del servicio que derivó en la amputación de la pierna derecha del señor José Danilo Ocampo (QED)?

En caso de que la respuesta anterior sea positiva se deberá analizar:

2. ¿Tienen derecho las demandantes a que se reconozcan los perjuicios materiales y morales que reclaman, derivados de la amputación de la pierna derecho del señor José Danilo Ocampo (QED)?

Lo probado

- Según registro civil de nacimiento el señor José Danilo Ocampo nació el 1 de febrero de 1933 (fol. 35-36, C.1)
- Que según registro civil de nacimiento la señora Ana de Jesús Londoño Alzate nació el 31 de octubre de 1946 (fol. 37-38, C.1)
- Que el señor José Danilo Ocampo y la señora Ana de Jesús Londoño Alzate contrajeron matrimonio católico el 23 de marzo de 1974 (fol. 39, Ibidem)
- Que, según registros de nacimientos allegados, de la unión matrimonial entre los señores Ocampo y Londoño Alzate nacieron dos hijos, José Danilo y Luz Stella Ocampo Londoño (fol. 40-41, ibidem)
- Que de acuerdo a los registros civiles de nacimiento el señor José Danilo Ocampo Londoño tiene tres hijos, Ronal Damihan, María Camila y Mariana Ocampo Vanegas (fol. 44-46, ibidem)
- De acuerdo a la declaración extrajuicio el señor José Danilo Ocampo tiene un contrato de arrendamiento con los señores Reinaldo y Belisa Londoño de la finca denominada “La Siria” debiendo el señor Ocampo cancelar la suma de \$500.000.00, al cual cancela con café proveniente del usufructo de lo que se cultiva en la finca (fol. 47, ibidem)
- Conforme a la fotocopia del carnet de afiliación, el señor José Danilo Ocampo se encuentra afiliado al régimen subsidiado a través de la EPS Caprecom (fol.48, ibidem)
- Obran diferentes recibos de pago por concepto de transporte y fisioterapias (fol. 49 a 59, ibidem)
- De acuerdo a la historia clínica de la ESE Hospital San José de Neira el señor José Danilo Ocampo ingresa por urgencias por un fuerte dolor lumbar, se le realiza unos rayos x de la columna resultando normales; por lo que se le da tratamiento de manejo de dolor en casa (fol. 148-151, ibidem)
- Posteriormente se registra que, el señor José Danilo Ocampo ingresa por urgencias el 1 de abril de 2012 por un fuerte dolor en la pierna derecha, se ingresa al servicio de

hospitalización por sospecha de "Trombosis Venosa Profunda - TVP". Se da manejo al paciente y ante la no mejoría se tramita traslado a un hospital de mayor complejidad. Estando en el proceso de traslado la hija tramita con su firma retiro voluntario a fin de trasladarlo a Manizales (fol. 213-214, ibidem)

• Conforme a la historia clínica del SES Hospital de Caldas, el señor José Danilo Ocampo ingresó a la entidad hospitalaria el 2 de abril de 2012 siendo diagnosticado inicialmente con síndrome arterial obstructivo severo de miembro inferior derecho, por lo que se le inicia tratamiento con medicamentos, Heparina de bajo peso molecular, Sodio Cloruro al 0.9 bolsa de 500ml solución inyectable, y analgésicos Morfina 10mg ampolla, Dipirona 1g/2ml ampolla y Omeprazol capsula 20 mg. De igual forma en la historia clínica se relata: *"PACIENTE QUIEN INGRESÓ CON SÍNDROME ISQUEMICO AGUDO EN MIEMBRO INFERIOR DERECHO, DESDE EL MISMO DÍA DE SU INGRESO SE MANIFESTÓ AL PACIENTE Y A LA FAMILIA EL MAL PRONÓSTICO DE SU EXTREMIDAD YA QUE SE TRATABA DE UNA OBSTRUCCIÓN ARTERIAL AGUDA CON OPORTUNIDAD DE SER CORREGIDA Y QUE POR LO TANTO NECESITARÍA AMPUTACIÓN SUPRACONDÍLEA. LO ANTERIOR SE HA EXPLICADO DIARIAMENTE, PERO HASTA LA FECHA NO HA HABIDO AUTORIZACIÓN PARA PRACTICAR EL PROCEDIMIENTO MENCIONADO"*. Finalmente en la evolución del paciente en tratamientos realizados se relata *"PACIENTE CON ENFERMEDAD ARTERIAL OCLUSIVA SEVERA MIEMBRO INFERIOR DERECHO POR LO QUE SE REALIZÓ AMPUTACIÓN SUPRACONDÍLEA DE MIEMBRO INFERIOR DERECHO"*. (fol. 60 a 147, ibidem)

• Se allegan tres peritajes anticipados, frente a los cuales se surte el procedimiento establecido en el artículo 220 del CPACA en audiencia de pruebas realizada por parte del Juzgado de primera instancia el 7 de febrero de 2017. En el dictamen pericial rendido por la perito médica Gloria Stella Sánchez Quintero, apoyada en las historias clínicas, se llega a las siguientes conclusiones:

"1) El paciente presentó una enfermedad vascular periférica oclusiva arterial de tipo venoso agudo.

2) Esta patología es una urgencia médica de primer orden, que debe ser manejada por cirugía vascular, la cual en el Hospital San José de Neira no se encuentra; por lo cual se considera que la atención no fue idónea.

3) Un paciente de edad avanzada, exfumador, con dolor intenso y frialdad en MID, con pulso pedio débil o ausente, debe hacer pensar al médico en una patología vascular y de tipo arterial, (Más aún por la frialdad y el dolor intenso, además por los antecedentes: ex fumador, y

ya había consultado inclusive antes, al aparecer por cuadro muy semejante)

4) El nivel del centro médico hospitalario ESE Hospital San José de Neira es de primer nivel de atención.

5) La tromboflebitis profunda de miembros inferiores tiene como característica: una extremidad además de dolorosa, roja, hinchada, caliente, no hay alteración en el llenado capilar ni en pulsos pedios. En ambos casos el paciente deberá ser valorado en tercer nivel para realizar exámenes adecuados, establecer un diagnóstico y así poder dar el tratamiento mejor. En este caso del señor José Danilo Ocampo, al no hacer un adecuado diagnóstico, se perdió tiempo importante que mejorara su pronóstico.

6) sobre la sintomatología: 6.1 como vemos en la historia clínica del paciente hubo un error en el diagnóstico del paciente.

6.2 No fueron suficientes los paraclínicos, pues requería pruebas de tercer nivel ejemplo: Doppler arterial, sin embargo de manera sencilla es el índice de tobillo-brazo que solo necesita un tensiómetro.

6.3 No sabemos si hubo un adecuado manejo, primero con un diagnóstico inadecuado, y segundo en la historia clínica no aparecen las órdenes médicas,

6.4 En la primera atención el paciente debió haber sido remitido de forma urgente a un hospital de tercer nivel, dada la gravedad de su cuadro".

En audiencia de pruebas al interrogar a la perito se pudo evidenciar que:

De acuerdo a las historias clínicas del Hospital San José de Neira, el señor acude por primera vez el 7 de marzo de 2012 por una lumbalgia sin que en esta ocasión relata dolor o molestia en su pierna derecha. Siendo solo hasta la atención del 1 de abril de 2012 que el señor José Danilo Ocampo acude al centro médico por dolor en su pierna derecha. De igual forma se evidencia que en esta ocasión, debido a los signos que presentaba se sospechó que el paciente presenta una trombosis venosa, sin embargo, a la falta de evolución del mismo pese al tratamiento que se le dio, se decide remitir al paciente a un Hospital de mayor complejidad en donde puedan hacerle exámenes especializados para determinar con precisión su patología, pero estando en este trámite la hija del paciente decide retirar al mismo de la entidad hospitalaria.

El 2 de abril de 2012 el señor José Danilo Ocampo ingresa al SES hospital de Caldas, en donde de acuerdo a la historia clínica se le diagnostica inicialmente un síndrome isquémico agudo en miembro inferior derecho, dándole manejo de analgésicos y anticoagulantes.

Posteriormente y al haberse realizado una valoración por el especialista vascular el diagnóstico final del paciente *es* enfermedad arterial oclusiva severa miembro inferior derecho determinándose por el especialista que el tratamiento a seguir era la amputación de ese miembro. (CD obrante a folio 532 cuaderno 1.1)

El médico Especialista en Salud Ocupacional Oscar Alberto Barreto León en su dictamen pericial califica al señor José Danilo Ocampo con una pérdida de la capacidad laboral del 73.24%, debido a su estado de minusválido con ocasión a la amputación de su miembro inferior derecho. El dictamen no tuvo una contradicción por parte de las entidades accionadas (CD obrante a folio 532 cuaderno 1.1)

La psicóloga Angélica Patricia Velásquez González en su dictamen después de evaluar al señor José Danilo Ocampo llega a la conclusión que, aunque presenta buenas condiciones físicas teniendo en cuenta su estado y no presentar desorientación, en su estado anímico se nota triste y pensativo, se siente una carga para su familia debido a que no puede trabajar más en el campo que era su labor. La psicóloga relata las fases de duelo que se presentan cuando hay una amputación de un miembro del cuerpo, y recomienda manejo psicológico para el señor José Danilo Ocampo para que reciba ayuda en su proceso de duelo (CD obrante a folio 532 cuaderno 1.1)

- De los testimonios rendidos en audiencia de pruebas celebrada el 7 de febrero de 2017 por los señores Reinaldo Londoño, José Leonel Ocampo, Carlos Octavio Cardona, Martha Murillo Tabares y Yair Felipe Jiménez Morales, se puede extraer que al señor José Danilo Ocampo le realizaron una amputación de su pierna derecha, situación que generó que no pudiera seguir trabajando en la finca de donde obtenía su sustento. De igual forma los testigos relatan que dicha amputación le generó muchos traumatismos al señor José Danilo Ocampo, su temperamento cambió, estando todo el tiempo de malgenio, y su estado anímico paso a estar bajo todo el tiempo, esto ha afectado a la familia no solo a nivel anímico si no también económico.

- Conforme a la certificación allegada por parte de la EPS Caprecom no se encuentran registros de solicitud de insumos médicos como sillas de ruedas o prótesis a nombre del señor José Danilo Ocampo, en cambio si se encuentra que del 2010 al 2015, al actor se le han autorizado diversos servicios médicos, encontrándose especialmente que le han sido autorizados desde el 2012 hasta el 2015 diferentes servicios médicos, como hospitalización, citas con especialistas, suministro de medicamentos, suministro mensual

de oxígeno, ecocardiogramas, radiografías de tórax, rodilla izquierda, exámenes de curva de flujo volumen pre y post bronco dilatadores, entre otros (fol.432 a 450, C. 1.1)

- De acuerdo al registro civil de defunción el señor José Danilo Ocampo falleció el 6 de mayo de 2015 a las 6:30 am en el municipio de Neira – Caldas (fol. 462, C.1.1)

Primer problema jurídico

1. ¿Se probaron los elementos que la ley y la jurisprudencia han estructurado, para declarar válidamente que el Hospital San José de Neira y Caprecom EPS incurrieron en una falla del servicio que derivó en la amputación de la pierna derecha del señor José Danilo Ocampo?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que la parte actora no demostró que los servicios médicos brindados por parte de las accionadas para tratar la patología del señor José Danilo Ocampo, esto es *"ENFERMEDAD ARTERIAL OCLUSIVA SEVERA MIEMBRO INFERIOR DERECHO"* hayan contrariado a la *lex artis*, ni que el servicio hubiera sido la causa de la amputación de la pierna y sus repercusiones económicas y de su vida de relación.

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.

Respecto de los asuntos en los que se discute la existencia de un daño antijurídico por una falla en el servicio médico el Consejo de Estado en providencia del 20 de febrero de 2020¹ del esgrimió:

1.8.- Del régimen de imputación aplicable

¹ CE, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de febrero de 2020, radicado 2011-00578-01, CP Marta Nubia Velásquez Rico

La Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de 19 de abril 2012², unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Por lo expuesto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable, de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria³.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición de la Corporación en esta época se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva. (La negrilla es de la sala)

En el *sub lite* se pretende el reconocimiento de unos perjuicios morales y materiales derivados de una supuesta indebida prestación de los servicios médicos por parte del Hospital San José de Neira y Caprecom EPS al señor José Danilo Ocampo, la sentencia de primera instancia se expuso, en síntesis, que la parte actora no logró acreditar los elementos que configuraban la responsabilidad del Estado, encontró demostrado que el servicio dado por parte de las entidades accionadas no fue negligente ni presentó demoras que ocasionaran la amputación de la pierna derecha del señor José Danilo Ocampo.

La imputación es la razón jurídica por la cual el Estado debe reparar el daño antijurídico que se endilga, por haber incurrido en una acción u omisión, a través de la comprobación

² Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037), C.P. Hernán Andrade Rincón.

de la existencia de un título, la Sección Tercera – Subsección B en providencia del 11 de marzo de 2019, radicado 05001-23-31-000-2007-02647-01(44580) explicó:

En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la *“atribución de la respectiva lesión”*⁴; en consecuencia, *“la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”*⁵.

Al respecto, esta Sección ha reiterado que:

*“la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”*⁶ (subrayado Sala de Decisión).

La imputación, como segundo elemento de la responsabilidad que debe analizarse después de la comprobación del daño, supone establecer la relación de causalidad entre el daño y el hecho dañino, así como entre el hecho dañino y el autor. En particular, tratándose de un juicio de responsabilidad estatal que se adelanta frente a una entidad pública, la carga que ostenta la parte demandante es la de demostrar que el daño provino directamente de la acción u omisión de la administración.

Como en este caso el apoderado de la parte demandante adujo que hubo una deficiente prestación del servicio reflejada en la indebida atención y la negligencia médica que supuestamente desencadenaron en la posterior amputación de la pierna derecha del señor José Danilo Ocampo, de acuerdo al título de imputación de falla probada del servicio, era

⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 30 de agosto de 2007; Exp. 15932.

⁵ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 12 de julio de 1993; Exp. 7622.

⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569.

deber de la parte actora acreditar las afirmaciones que planteó en torno a esa mala atención en salud por parte del Hospital San José de Neira y de Caprecom EPS.

Recordemos, que, frente a la carga de la prueba, en casos de responsabilidad médica, conforme a la jurisprudencia antes referida, el Consejo de Estado señaló:

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición de la Corporación en esta época se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva.

Sobre el tema de la carga de la prueba el Máximo Tribunal Administrativo, Sección Tercera – Subsección B, en providencia del 31 de agosto de 2015, dentro del proceso de radicación número 23001-23-31-000-1998-11014-01(36419) precisó:

“4.4 Bajo este contexto es importante resaltar, que la carga de la prueba es “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”. Sobre este punto se ha referido la Sala Plena en los siguientes términos⁸:

“La noción de carga ha sido definida como “una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia

⁷ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: “Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: “De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.” Ídem. pág. 406

⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 110010315000200601308 00.

para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto". La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir—incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta—la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

"Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba—verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—."

A partir de esta noción, las partes del proceso conocen desde el principio el comportamiento a seguir, en punto al ejercicio probatorio que requieren desplegar, con el fin de lograr la aplicación de los supuestos normativos que invocan y lograr una decisión favorable a sus intereses. De igual forma aceptan las consecuencias positivas como negativas que finalmente se desprendan, por cuanto, es el producto del debate probatorio que ellos propician y en el que participan en igualdad de condiciones, el que finalmente le permite al funcionario judicial decidir.

Al retomar el material probatorio que reposa en el expediente, se observa con claridad, que quedó probado que el señor José Danilo Ocampo Consultó por primera vez con respecto a la patología que desencadenó la pérdida de su miembro inferior derecho, el 1 de abril de 2012, en esa ocasión llegó al Hospital San José de Neira manifestando un dolor intenso en su pierna derecha y tenía una coloración pálida, por lo que los galenos sospecharon de una Trombosis Venosa Profunda iniciándose el tratamiento con analgésicos y anticoagulantes siendo las 10:00 am; siendo las 19:00 horas (fol.402, C.1.1) al no ver evolución en el paciente y teniendo en cuenta el grado de complejidad de la entidad hospitalaria se inició el trámite para la remisión del paciente a un centro hospitalario de tercer nivel en el que se pudieran realizarse exámenes especializados a fin de determinar la gravedad de su situación.

También quedó consignado en la historia clínica del Hospital San José de Neira, que la hija del paciente firmó una alta voluntaria, el 2 de abril de 2012 a las 4:45 am (fol. 402, C1.1). Una vez lo anterior, es llevado por su familia a la ESE Hospital de Caldas de Manizales, conforme se consiga en la historia clínica de la entidad. Una vez ingresado los galenos de este centro hospitalario sospechan de un síndrome isquémico de miembro inferior derecho debido a la sintomatología que presenta, esto es: dolor intenso, color pálido de su extremidad, frialdad al tacto y pérdida del pulso de la misma, por lo que se inicia tratamiento de analgésicos y anticoagulantes, y se ordenan exámenes y valoración por la especialidad de cirugía vascular.

Respecto a la primera atención, la parte actora manifestó que la misma fue demorada, puesto que alega que acudió al centro hospitalario de Neira Caldas con los mismos síntomas, esto es dolor intenso en la pierna derecha y falta de movilidad el 7 de marzo de 2012 sin que le prestaran atención, dándole de alta con analgésicos, teniendo que regresar el 1 de abril de 2012 por la no mejoría y mayores síntomas que los presentados inicialmente.

Respecto de esta aseveración, observa la Sala que no se ajusta a las pruebas allegadas, pues según la historia clínica del Hospital San José de Neira que fuera transcrita y que obra de folios 398 a 402 del cuaderno 1.1, el señor José Danilo Ocampo asiste al centro asistencial el 7 de marzo de 2012 por un dolor de espalda baja, que le limita la marcha, por lo que le realizan unos rayos X de columna toracolumbar; los exámenes no evidencian la existencia de algún problema por lo que es tratado por lumbalgia con limitación funcional para la marcha y es dado de alta con el tratamiento que se ordena para estos casos.

Posteriormente el 1 de abril de 2012 consulta nuevamente el señor José Danilo Ocampo relatando una sintomatología diferente a la de marzo, esta vez relata un dolor intenso en su pierna derecha, al revisarlo se observa que la extremidad inferior derecha esta fría al tacto y presenta cianosis distal, por lo que se sospecha de una Trombosis Venosa Profunda -TVP-, iniciando tratamiento con analgésicos para el dolor y anticoagulantes . Ante la no evolución del paciente se inicia trámite ante Caprecom para la remisión del paciente a un hospital de mayor complejidad, para que fuera evaluado por la especialidad vascular. De igual forma queda consignada en la historia clínica que ante la no mejoría del dolor la hija del señor José Danilo Ocampo, quien es su acompañante, firma la declaración de retiro voluntario para llevárselo a otra institución hospitalaria (fol. 402, C. 1.1)

Respecto de la atención recibida en el Hospital San José de Neira la parte actora aportó un dictamen pericial en cual se asevera que, el actor no tuvo una atención oportuna por parte de la entidad hospitalaria, puesto que no fue evaluado de manera diligente el 7 de marzo de 2012 cuando asistió a urgencias por primera vez, por molestias en su pierna derecha, lo que desencadenó el grave estado cuando vuelve a urgencias el 1 de abril de 2012, donde a su juicio, se repite la negligencia médica por no ser diagnosticado de manera acertada y remitido de manera oportuna a un centro hospitalario de mayor complejidad; respecto de este dictamen encuentra la Sala que en el contradictorio se pudo esclarecer que la consulta del 7 de marzo de 2012 fue por una razón distinta a la del 1 de abril de 2012, y que cuando asiste en esta segunda fecha, se diagnóstica al paciente con una sospecha de Trombosis Venosa Profunda por lo que se procede a dar el tratamiento que se suministra en estos casos, y ante la no mejoría del mismo y por la falta de recursos del hospital dada su baja complejidad se procede a solicitar la remisión del señor José Danilo Ocampo a un centro hospitalario de mayor complejidad a fin de poder ser evaluado por la especialidad vascular. Es así como las conclusiones del peritaje respecto de la demora en la atención del señor José Danilo Ocampo por el dolor intenso de su pierna derecha quedan desvirtuados, puesto que de acuerdo a lo consignado en la historia clínica del señor Danilo Ocampo, éste sólo consulta por dolor en su pierna derecha el 1 de abril de 2012, siendo retirado del centro hospitalario antes de que se terminara el proceso de traslado del paciente; siendo atendido por la ESE Hospital de Caldas, centro hospitalario del tercer nivel el 2 de abril de 2012 por ser llevado directamente por su hija, la señora Luz Stella Ocampo Londoño (C obrante a folio 532, C.1.1).

Respecto de la valoración dada por el Hospital San José de Neira no puede esta Sala desconocer que se trata de una entidad hospitalaria del primer nivel de complejidad que no cuenta con los medios tecnológicos ni las herramientas con las que cuenta un hospital de tercer nivel de complejidad, como lo es la ESE Hospital de Caldas, para realizar los diagnósticos, por lo que el diagnóstico realizado el 1 de abril de 2012 por parte de los galenos del Hospital San José correspondió a la diligencia y experticia que tienen los mismos, pues se debe tener en consideración que no son especialistas vasculares, por lo que su evaluación tiene limitantes en este sentido, y el tratamiento dado fue el mismo que en un principio recibió en el Hospital de Caldas antes de ser evaluado por la especialidad vascular, puesto que se sospecha de un problema circulatorio. En este punto debe resaltar la Sala que los galenos del primer centro hospitalario ante la no evolución del paciente deciden tramitar su traslado a un centro hospitalario el mismo 1 de abril de 2012, siendo retirado por su hija el 2 de abril de 2012, por lo que no puede hablarse de una dilatación en la atención del señor José Danilo Ocampo, puesto que al no haber evolución ante el

suministro del tratamiento que correspondía al diagnóstico que se sospechaba, se decide su remisión de manera oportuna a afectos de poder ser evaluado por la especialidad correspondiente, pues se insiste al ser el Hospital de Neira de baja complejidad, carecía en ese momento de la especialidad que requería el señor José Danilo Ocampo, esto es valoración por un médico vascular.

No se puede pasar por alto además, que el paciente fue retirado de este centro hospitalario por decisión de su propia hija.

Así pues, la Sala observa que el dictamen es contraevidente con lo señalado en la historia clínica, de la cual se evidencia que la atención brindada al señor José Danilo Ocampo fue oportuna y de acuerdo a los recursos con que se contaba en el Hospital San José de Neira, que se recuerda es de primer nivel de complejidad, no evidenciándose en los tiempos de atención una demora o dilatación injustificada, pues como ha quedado plasmado a lo largo del análisis probatorio el señor José Danilo Ocampo llega el 1 de abril de 2012 con las molestias en su pie al hospital de Neira, siendo atendido por la especialidad vascular en el hospital de Caldas el 2 de abril de 2012; de igual forma debe señalarse que dentro del plenario no obra prueba de la que se pueda inferir que en caso de haber sido trasladado antes, es decir el mismo 1 de abril de 2012, el resultado hubiera sido diferente (no amputación de su pierna derecha).

Conforme a la jurisprudencia relativa a la carga de la prueba, permite inferir que la parte a quien competía demostrar la falla del servicio era precisamente la parte actora, más las aportadas no logran llevar el convencimiento del Juez sobre la falla del servicio, no contradijo conforme a la *lex artis*, cuáles debían ser los tiempos de remisión o el tratamiento que inicialmente debió recibir el señor José Danilo Ocampo dada la sintomatología que presentaba, para de esta manera la Sala cotejar su dicho con la historia clínica, y así inferir la omisión en que incurrieron las demandadas en la atención en salud del señor José Danilo Ocampo.

Es claro que la parte demandante no fue más allá de realizar aseveraciones y conjeturas respecto del daño sufrido por el señor José Danilo Ocampo, pues lo cierto es que no hay ni el más mínimo asomo de prueba respecto de la relación de causalidad entre su atención y la amputación de su pierna derecha, pues como ya dejó plasmado las conclusiones dadas en este sentido en el dictamen pericial aportado quedaron refutadas cuando se realizó su contradictorio en audiencia pública, no pudiendo la perito mantener incólumes sus conclusiones iniciales.

En cambio, sí está demostrado que al señor José Danilo Ocampo se le brindaron los servicios que requería de acuerdo a su sintomatología y a los recursos con que contaba el Hospital San José de Neira, sin que se evidencia de las pruebas aportadas, como bien ya se mencionó una dilatación o demora en su atención injustificada o desproporcionada, no encontrando respaldo probatorio fehaciente los dichos de la parte actora, en cuanto a la prestación de un servicio deficiente y tardío.

El Consejo de Estado en providencia de la Sección Tercera – Subsección A, del 8 de mayo de 2019, radicado 05001-23-31-000-2006-03681-01(40950), en un caso de responsabilidad médica adujo:

*Para esto último, debe tenerse en cuenta que, según la posición jurisprudencial reiterada de la Corporación, “la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva a entender que el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que, por regla general, conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance, conforme a la *lex artis*, para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho”⁹.*

Es importante recordar que la imputación fáctica del daño y la falla del servicio no pueden ser analizadas desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta del funcionamiento del servicio, sino que requieren ser estudiadas desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad operativa o funcional de la administración pública al momento de la producción del daño.

Se puede inferir que las atenciones en salud brindadas al señor José Danilo Ocampo se acompañan con las que la *lex artis* ha establecido en este tipo de sintomatologías, pues es claro que tanto en el Hospital de Neira como en la ESE Hospital de Caldas recibió igual medicación y tratamiento hasta que fue valorado por la especialidad vascular, evidenciándose de igual forma que la parte demandante ninguna actividad probatoria desplegó para demostrar que había otros procedimientos más efectivos o acertados como tratamiento inicial.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011 (expediente 18947).

Tampoco comprobó que una remisión en menos tiempo hubiera permitido una mejor recuperación del paciente. Y mucho menos se demostró que la causa de la amputación de su pierna derecha fuera consecuencia de la atención médica que se le brindó en el Hospital San José de Neira.

De acuerdo a lo expuesto, para este juez no está probada de ninguna manera la falla del servicio médico alegada por la parte actora, ya que no se demostró en qué consistió la indebida prestación del servicio de salud en relación con tiempos de atención, o el incorrecto diagnóstico, o los errados procedimientos médicos que fueron realizados, que según la parte actora generaron la amputación de la pierna derecha del señor José Danilo Ocampo.

Es también algo muy dicente, que, entre la manifestación del dolor del paciente, el 1 de abril de 2012 y la fecha en que se debió amputar la pierna transcurrieron solo 7 días, pues fue amputada el 8 de abril de 2012.

Ahora bien, respecto de la EPS Caprecom evidencia esta Sala que no obra prueba alguna dentro del expediente que dé cuenta que la EPS no hubiera autorizado el traslado del paciente a un centro hospitalario de mayor complejidad, pues como quedó consignado en la historia clínica, el señor José Danilo Ospina fue retirado del hospital de Neira cuando se estaban realizando los trámites necesarios para su traslado.

Descartada la falla del servicio, no le es dable a la sala estudiar, si debe responder con respecto a esta demanda, por los gastos en que pudiera haber incurrido la familia en los traslados y medicamentos que dice se invirtieron. Por otro lado, si bien obra dentro del expediente recibos de pago que dan cuenta de que la señora Luz Stella Ocampo Londoño ha sufragado gastos relacionados con los servicios médicos que ha requerido su padre como manejo posterior de la amputación de su pierna derecha, también lo es que no obra prueba alguna que dé cuenta que la EPS hubiere negado la autorización de algún servicio médico, lo que si obra de folios 433 a 450 es un listado de las atenciones brindadas y autorizadas al señor José Danilo Ocampo entre el 2010 y el 6 de mayo de 2015 fecha del fallecimiento del mismo, en especial desde la fecha de la amputación de su miembro inferior derecho.

Así las cosas, no evidencia esta Sala que Caprecom EPS hubiere negado algún servicio que requiriera el señor José Danilo Ocampo, y que de ello originara la amputación de su pierna derecha, o una afectación grave a su estado de salud o que su recuperación después del

procedimiento se viera afectada. En este orden de ideas encuentra esta Sala que pese a las aseveraciones de la parte actora de la negligencia de Caprecom EPS de prestar los servicios médicos que requería el señor José Danilo Ocampo ninguna prueba fue aportada al cartulario que permitan evidenciar sus dichos. En este sentido no se encuentra probada la falla en el servicio alegada respecto de Caprecom EPS.

Conclusiones

Al no haber demostrado la parte demandante la falla del servicio médico que según su dicho generó la amputación de la pierna del señor José Danilo Ocampo no queda más que confirmar la sentencia de primera instancia que negó pretensiones, la cual fue proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 27 de marzo de 2018.

Costas

En el presente asunto se condena en costas de segunda instancia a la parte demandante, en atención a que la parte actora se vio en la necesidad de incurrir en gastos procesales en esta instancia.

La liquidación y ejecución se harán conforme artículo 366 del Código General del Proceso.

Las agencias en derecho de conformidad con el artículo 6 numeral 3.1.3 inciso 2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura se tasan en un valor de \$ 800.000.00 a cargo de la parte demandante y a favor del Patrimonio Autónomo de Remanentes Par Telecom, por ser esta la parte que actúo en segunda instancia.

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

FALLA

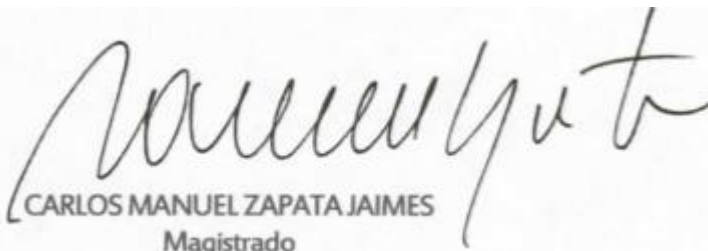
PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 27 de marzo de 2018 en el proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por **JOSÉ DANILO OCAMPO LONDOÑO Y OTROS** contra **CAPRECOM EPS**, siendo vinculada la **ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE NEIRA -CALDAS**

SEGUNDO: CONDENAR en costas de la segunda instancia a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme artículo 366 del Código General del Proceso. Por agencias en derecho se fija la suma de \$800.000.00 a favor del Patrimonio Autónomo de Remanentes Par Telecom.

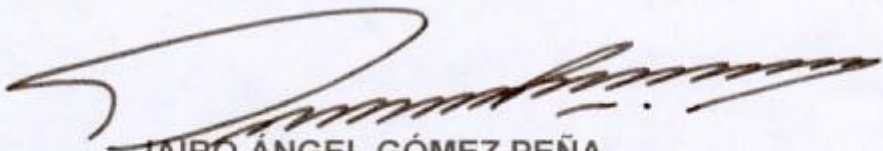
TERCERO: ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente al juzgado de origen; háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

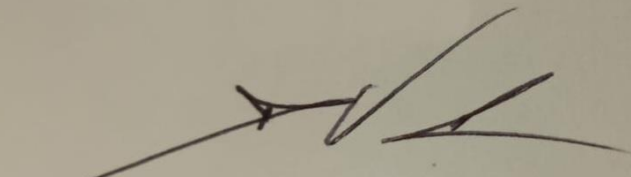
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 23 de julio de 2020, conforme Acta n° 034 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 092 del 28 de julio de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

RADICADO:	17001-33-33-002-2015-00350-03
CLASE:	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE:	ARMANDO RAMÍREZ OLARTE
ACCIONADA:	MUNICIPIO DE CHINCHINÁ-CALDAS
VINCULADO:	MINISTERIO DE TRANSPORTE, INVIAS, CONSORCIO DE AUTOPISTA DEL CAFÉ Y CONSTRUSEÑALES S.A.

Pasa el proceso de la referencia para decidir sobre el recurso de revisión interpuesto por el demandado CONSTRUIMOS Y SEÑALIZAMOS S.A.- CONSTRUSEÑALES S.A. contra la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, presentado por correo electrónico a la Secretaría del Tribunal el 16 de marzo de 2020

El artículo 11 de la Ley LEY 1285 DE 2009 poedio dela cual se modifica el artículo artículo 36 A de la Ley 270 de 1996 establece:

ARTÍCULO 11. Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios.
En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia.

La petición de parte o del Ministerio Público deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso; los Tribunales Administrativos, dentro del término perentorio de ocho (8) días, contados a partir de la radicación de la petición, deberán remitir, con destino a la correspondiente Sala, Sección o Subsección del Consejo de Estado, el expediente dentro del cual se haya proferido la respectiva sentencia o el auto que disponga o genere la terminación del proceso, para que dentro del término máximo de tres (3) meses, a partir de su recibo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo resuelva sobre la selección, o no, de cada una de tales providencias para su eventual revisión. Cuando se decida sobre la no escogencia de una determinada providencia, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrán insistir acerca de su selección para eventual revisión, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de aquella.

PARÁGRAFO 1o. La ley podrá disponer que la revisión eventual a que se refiere el presente artículo también se aplique en relación con procesos originados en el ejercicio de otras acciones cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En esos casos la ley regulará todos los aspectos relacionados con la procedencia y trámite de la revisión eventual, tales como la determinación de los plazos dentro de los cuales las partes o el Ministerio Público podrán elevar sus respectivas solicitudes; la insistencia que pueda presentarse respecto de la negativa de la selección; los efectos que ha de generar la selección; la posibilidad de que la revisión eventual pueda concurrir con otros recursos ordinarios o extraordinarios.

PARÁGRAFO 2o. La ley regulará todos los asuntos relacionados con la procedencia y trámite de los recursos, ordinarios o extraordinarios, que puedan interponerse contra las decisiones que en cada caso se adopten en los procesos que cursen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

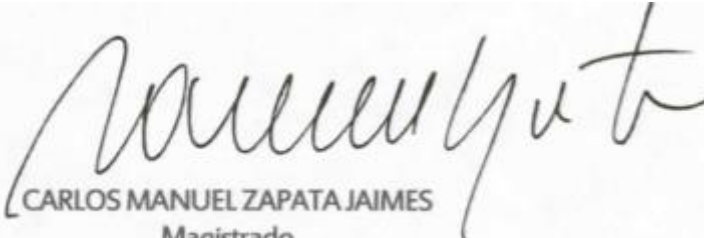
La sentencia fue notificada el 4 de marzo de 2020, siendo presentado el recurso el 17 de marzo de 2020 (fol. 178 a 183, C9).

En primer momento, se debe señalar que, conforme a decisiones del Consejo Superior de la Judicatura, los términos judiciales estuvieron suspendidos desde el 17 de marzo hasta el 30 de junio del año en curso.

En atención a que la solicitud de revisión fue formulada oportunamente por el coadyuvante de la parte demandada, pues la sentencia del 27 de febrero de 2020, fue notificada el 4 de marzo de 2020, exactamente los ocho días que otorga la ley para hacer esta solicitud se vencían el 16 de marzo, y que se cumplen con los demás exigencias; remítase la acción Popular de la referencia al Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, para su eventual revisión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la ley 1285 de 2009

Ejecutoriado este auto, envíese inmediatamente el expediente al Superior.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maqistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 092 del 28 de julio de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintitrés (23) julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17-001-33-33-002-2018-00288-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	IRELIA SOTO ZULUAGA
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de agosto de 2019 dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1- Solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 0098 del 19 de febrero de 2018, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación por invalidez, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. Declarar que la señora Soto Zuluaga tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión ordinaria de invalidez a partir del 11 de julio de 2017 equivalente al 75% de lo devengado en el último año anterior al momento en que se adquirió el status de pensionado.

A título de restablecimiento del derecho se ordene:

3- Ordénese al accionado a reliquidar la pensión de invalidez de la señora Soto Zuluaga con el equivalente al 75% de lo devengado en el último año anterior al momento en que se adquirió el status de pensionada por invalidez.

4- Ordénese a los accionados a pagar a favor de la señora Soto Zuluaga el retroactivo a que hubiere lugar.

5- Ordénese a los accionados indexar las sumas que con ocasión a la sentencia se deban pagar a la señora Soto Zuluaga.

6- Que se condene en costas a los demandados.

7- Ordénese a los demandados dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con el artículo 192 y siguientes del CPACA.

HECHOS

1- la señora Soto Zuluaga laboró al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos para que le fuera reconocida una pensión por invalidez.

2- En la liquidación de la pensión de invalidez no se tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquisición del estatus pensional por invalidez.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985, Decreto Nacional 1045 de 1978, Decreto nacional 1848 de 1969 y Decreto 1743 de 1966.

Como concepto de la violación esgrime que teniendo en cuenta los fundamentos normativos enunciados es claro el derecho que le asiste a la actora a que su pensión de invalidez sea reconocida en un 75% con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: Manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Planteó como excepción previa:

- **Falta de integración del litisconsorcio necesario:** solicitó la vinculación del Departamento de Caldas y o el Municipio de Manizales, según sea el caso, por ser la entidad Territorial la encargada del reconocimiento de las prestaciones de los docentes.

De igual forma solicita la vinculación de la Fiduprevisora por ser esta la entidad que administra los recursos destinados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional:** señala que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la nación, sin personería, consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que las entidades territoriales reconozcan a su planta docente, por lo tanto el acto administrativo que reconoce o resuelve la petición en relación con la misma, contiene la voluntad de la Secretaría de Educación Territorial, y no de la entidad contra la cual se dirige la demanda.

- **Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada- Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:** indicó que de acuerdo al procedimiento establecido en el Decreto 1075 de 2015 para el reconocimiento y pago de las prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la entidad territorial y la Fiduprevisora las encargadas del reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes, no teniendo injerencia alguna el Ministerio de Educación en dicho reconocimiento.

Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica: expresó que reliquidar la pensión de la actora implicaría desconocer el principio de legalidad, lo cual afectaría la aplicación del Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003.

Prescripción: que en caso de que sean reconocidos los derechos económicos reclamados, se debe declarar la prescripción de tres (3) años establecida en el Decreto 1848 de 1969.

- **Buena fe:** indicó que los pagos de prestaciones sociales en el régimen excepcional de docentes, depende de la disponibilidad presupuestal y del correcto diligenciamiento de

los respectivos actos administrativos por parte de la entidad territorial a la que pertenece el docente, así como el visto previo de la entidad fiduciaria.

- **Genérica:** solicitó oficiosamente reconocer las excepciones que resulten demostradas en el curso del proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 29 de agosto de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

La Juez A-quo se planteó como problema jurídico, determinar si a la actora le asiste derecho que la pensión de invalidez sea reliquidada con la inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

Tras hacer un recuento normativo de la Ley 91 de 1998, la, la Ley 812 de 2003, la Ley 115 de 1994, la Ley 60 de 1993, y del Decreto 1045 de 1978 y la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, concluyó que la demandante no tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible a folios 101 a 110 del cuaderno 1.

Afirmó que al estar regulada la pensión de invalidez en el Decreto 1448 de 1969 no le es aplicable la Ley 62 de 1985, por consiguiente debe darse aplicación al Decreto 1045 de 1978, no siendo aplicable la sentencia de unificación del Consejo de Estado para el caso de la actora.

En este orden de ideas solicita se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: de manera sucinta se ratifica en los expuesto en el recurso de apelación.

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

Ministerio Público: no efectuó pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

- ¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de invalidez de la señora Soto Zuluaga, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional?

LO PROBADO

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

1. Mediante la Resolución nro. 0000098 del 19 de febrero de 2018 se reconoció una pensión mensual de invalidez a favor de la señora Soto Zuluaga, equivalente al 75% del salario devengado al momento de presentarse la invalidez, teniendo para su liquidación el salario básico, la prima de navidad y la prima de vacaciones, calculando el valor pensional en la suma de \$2.876.633 efectiva a partir del 11 de julio de 2017, de conformidad con el certificado médico expedido por Cosmitet mediante el cual se certifica la pérdida de la capacidad laboral en un 88% (fol. 14-16, C.1).
2. Conforme al certificado de salarios expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la señora Soto Zuluaga en el año anterior a la adquisición del status pensional, esto es entre el 11 de julio de 2016 y el 11 de julio de 2017 devengó además del salario básico, la bonificación mensual, la prima de navidad, la prima de servicios y la prima de vacaciones (fol. 18, C.1)

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 nº 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo 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. 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)

Ahora bien, tratándose de la pensión de invalidez los artículos 61 y 63 del Decreto 1848 de 1968 preceptúan:

Artículo 61º.- Definición.

1. Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido el empleado oficial que, por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, a perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a que se ha dedicado ordinariamente.

2. En consecuencia, no se considera inválido el empleado oficial que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al setenta y cinco por ciento (75%).

Artículo 63º.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el segundo salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.

b. Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar de noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual.

c. Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable.

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la Resolución nro. 0000098 del 19 de febrero de 2018 la señora Soto Zuluaga adquirió el status de pensiona el 11/07/2017 por tener una incapacidad laboral certificada del 88%, siendo su vinculación anterior a la Ley 812 de 2003, por lo que se reconoce una pensión equivalente al 75% del último salario devengado. En ese orden de ideas, 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, especialmente el Decreto 1848 de 1968 por ser este el que regula el reconocimiento pensional por invalidez.

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»*.

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal a) del artículo 63 del Decreto 1848 de 1968 dispuso que los docentes 'que tuvieran una incapacidad laboral menor a 96% tendrían derecho al reconocimiento de una pensión equivalente al 75% del último salario devengado, y en caso de ser variable al promedio de éste.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a 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»*.

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 Zapata Henaole reconocieron pensión de invalidez, en cuya liquidación se incluyó la asignación básica mensual y la bonificación mensual.

De igual forma se encuentra probado que en el año anterior a la calificación de invalidez y fecha de adquisición del status pensional devengó además de la asignación básica, la bonificación mensual, la prima de servicios, la prima de vacaciones y de navidad.

La demandante reprocha que no se hubiera liquidado la pensión de invalidez teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

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.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de invalidez pues no pueden tomarse como factor salarial la prima de servicios, dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes.

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 su pensión de invalidez se reliquide en los términos por ella solicitados, esto es, incluyendo la prima servicios, como factor salarial devengado en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

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

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

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 29 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora IRELIA SOTO ZULUAGA contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Lo anterior, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

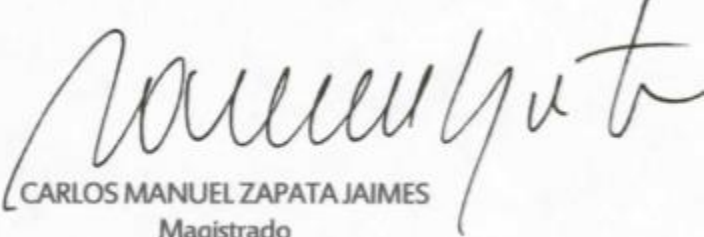
SEGUNDO: NO SE CONDENA en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto en la parte motiva.

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

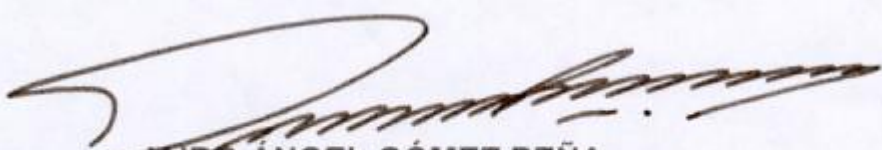
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

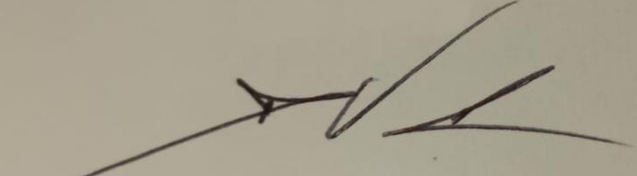
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 23 de julio de 2020, conforme Acta No. 034 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 092 del 28 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO NO.	17-001-33-33-003-2017-00563-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ENERTOTAL S.A. E.S.P
ACCIONADO	MUNICIPIO DE RISARALDA - CALDAS

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo que accedió a las pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 16 de mayo de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Se declare la nulidad de la Liquidación de Aforo OHPE 159 del 7 de octubre de 2017 por medio de la cual el Municipio de Risaralda – Caldas, liquidó el impuesto de alumbrado público correspondiente a mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2017, y del acto Administrativo OHPE 182 del 30 de noviembre de 2017 a través del cual se resolvió el recurso de reconsideración confirmando la liquidación Oficial de Aforo.

A título de restablecimiento del derecho se ordene al Municipio de Risaralda-Caldas dejar de considerar deudora a ENERTOTAL S.A. E.S.P por concepto de alumbrado público por los referidos periodos.

HECHOS

La demanda se sustenta en los siguientes supuestos fácticos:

- El Municipio de Risaralda – Caldas a través del Concejo Municipal expidió los Acuerdos n° 002 del 27 de febrero de 2014, n° 008 del 3 de marzo de 2015 y n° 002 del 1 de marzo de 2017 alusivos al impuesto de alumbrado público.

➤ El Municipio de Risaralda-Caldas al realizar una interpretación errónea del Acuerdo n° 002 del 1 de marzo de 2017, respecto del hecho generador del impuesto de alumbrado público, profiere la Liquidación de Aforo OHPE 159 del 7 de octubre de 2017 por medio de la cual el Municipio de Risaralda – Caldas liquida el impuesto de alumbrado público correspondiente a mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2017, contra el mismo se interpuso el recurso de reconsideración el cual fuera resuelto mediante el acto administrativo OHPE 182 del 30 de noviembre de 2017 confirmando en todas sus partes la liquidación efectuada por el Municipio.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora considera que el Municipio de Risaralda – Caldas con la expedición de los actos demandados vulnera los artículos 2 y 29 de la Constitución Política, así como el artículo 715 del Estatuto Tributario, y el artículo 349 de la Ley 1819 de 2019.

Como sustento de la violación esgrime que, para que las empresas usufructuarias del servicio de energía eléctrica sean consideradas usuarias potenciales del servicio de alumbrado público y por tanto sujetos pasivos del impuesto, deben residir o tener establecimiento de comercio en el respectivo municipio, situación que no se presenta en el caso de Enertotal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Risaralda – Caldas al contestar manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones.

Como razones de defensa esgrime que todas las personas que operen dentro del municipio tengan o no establecimiento de comercio son sujetos pasivos del impuesto de alumbrado público. Enertotal desarrolla una actividad comercializadora dentro del municipio y por ello es sujeto pasivo del impuesto.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo de Circuito mediante sentencia del 16 de mayo de 2019 accede a las pretensiones de la demanda.

El Juzgado de instancia luego de hacer un recuento de la demanda y de la contestación de la demanda plantea como problema jurídico si Enertotal S.A E.S.P es sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público en el Municipio de Risaralda – Caldas. Al analizar el caso concreto trae normativa y jurisprudencia respecto del cobro del alumbrado público, concluyendo que dado que la sociedad demandante no tiene un establecimiento de comercio, no tiene su sede principal en el municipio de Risaralda – Caldas, el cobro del impuesto de alumbrado público no opera.

RECURSO DE APELACIÓN

El municipio de Risaralda – Caldas mediante memorial visible de folios 200 a 208 del cuaderno 1ª apela la decisión proferida en primera instancia, señalando de forma sucinta que conforme a los acuerdos municipales el cobro del impuesto de alumbrado público a Enertotal S.A. E.S.P es procedente, ya que al desarrollar una actividad económica dentro del municipio es sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público.

En virtud de ello solicita se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

PARTE DEMANDANTE: en sus alegatos ratifica los argumentos expuestos en el concepto de la violación, solicitando se confirme el fallo de primera instancia.

PARTE DEMANDADA: guardo silencio.

MINISTERIO PÚBLICO: guardo silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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. ¿Era procedente el cobro del impuesto de alumbrado público por parte del Municipio de Risaraldas – Caldas a ENERTOTAL S.S E.S.P por el periodo comprendido entre mayo,

junio, julio, agosto y septiembre de 2017, aun cuando esta empresa no tenga establecimiento de comercio en este municipio?

LO PROBADO EN EL PROCESO

De acuerdo a lo aportado en el proceso se encuentra probado que:

- ENERTOTAL S.A. E.S.P tiene su domicilio principal en la ciudad de Cali conforme al certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Cali (fol. 3 a 6, C.1)
- Mediante Liquidación Oficial de Aforo la Secretaría de Hacienda del municipio de Risaralda – Caldas establece que Enertotal le adeuda al municipio la suma de \$1.844.295.00 por concepto de alumbrado público (fol. 27 Vto, C.1)
- Mediante Oficio OHPE 182 del 30 de noviembre de 2017 la Secretaria de Hacienda del municipio de Risaralda – Caldas resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por Enertotal confirmando en todas sus partes la liquidación oficial de aforo proferida por concepto de impuesto de alumbrado público (fol. 46 a 55, C.1)

Solución al Problema jurídico

Tesis: La Sala defenderá la tesis que, si bien el Concejo del municipio de Risaralda - Caldas tiene competencia para regular el impuesto de alumbrado público, no puede realizar cobro alguno por dicho rubro a una empresa que no tiene establecimiento de comercio dentro de la jurisdicción territorial de la entidad municipal.

I. MARCO LEGAL

El literal d) del artículo 1 de la Ley 97 de 1913 estableció que:

Artículo 1º.- El Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente; organizar su cobro y darles el destino que juzgue más conveniente para atender a los servicios municipales, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental:

...
...

d. Impuesto sobre el servicio de alumbrado público.

A su turno el literal a) del artículo 1 de la Ley 84 de 1915, por medio de la cual se reforma la Ley 97 de 1913 estableció que:

ARTÍCULO 1. Los Concejos Municipales tendrán las siguientes atribuciones, además de las que les confiere el artículo 169 de la Ley 4 de 1913.

a). Las que le fueron conferidas al Municipio de Bogotá por el artículo 1 de la Ley 97 de 1913, excepto la de que trata el inciso b) del mismo artículo, siempre que las Asambleas Departamentales los hayan concedido o les concedan en lo sucesivo dichas atribuciones.

Por su parte el artículo 338 de la C.P. señala:

ARTICULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

En congruencia el numeral 4º del artículo 313 de la C.P. establece:

ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:

4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.

Conforme a las anteriores disposiciones, efectivamente los Municipios a través de los Concejos Municipales, pueden establecer tributos conforme a la ley, pero debe entenderse dentro de su jurisdicción.

Conforme a las anteriores facultades, mediante el artículo primero del Acuerdo No. 002 de marzo de 2017, el Concejo Municipal de Risaralda - Caldas estableció:

“ARTÍCULO PRIMERO SUJETOS DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO Establecer y corroborar los siguientes elementos integradores del Impuesto del Alumbrado Público:

SUJETO ACTIVO: El servicio de Alumbrado Público es de carácter Municipal, por lo tanto, el Municipio es sujeto Activo, titular de los derechos de control, liquidación, discusión, recaudo, devolución y cobro de los recursos correspondientes.

SUJETO PASIVO: Son sujetos pasivos del Impuesto del Alumbrado Público el contribuyente o responsable, que sea suscriptor o del servicio de energía eléctrica en el sector urbano y rural del Municipio, ya sea persona natural o jurídica, pública o privada y sus asimiladas, que cumplan en todo o en parte, sus actividades económicas dentro de la jurisdicción del Municipio, asociadas con la propiedad, posesión, ocupación, servidumbre, explotación, tenencia, usufructo, uso de predios, o el desarrollo de su objeto social, ya sea residente o no, para los diferentes sectores de consumo Residencial, Comercial, Industrial, Oficial, especial Asistencial, Especial educativo, Áreas Comunes y Provisionales, independiente de sus actividades sociales, culturales, religiosas, recreativas y educativas o el desarrollo de cualquiera de las Actividades Económicas Específicas (AEE) definidas en el presente acuerdo, que para el efecto se concierta identificar para el cobro de dicho impuesto a los usuarios de la zona urbana y Rural del Municipio y quien responde ante el fisco municipal por el pago del impuesto de servicio de alumbrado público.

[...]

HECHO GENERADOR: El hecho generador del impuesto de alumbrado público es el beneficio por la prestación del servicio de alumbrado público, es decir ser beneficiario del servicio, ya que por tratarse de un servicio de beneficio comunitario y de interés general, lo reciba en forma directa o indirecta, aplicable a las personas naturales y jurídicas que tengan radicadas o no su sede o centro de trabajo, dentro de la municipalidad.

Constituyen también hechos generadores, la circunstancia de consumir y/o pagar servicios públicos domiciliarios en el Municipio y el pago del Impuesto Predial o servidumbres, la fijación y el cobro del impuesto para prestar el servicio de alumbrado público según términos definidos en el Decreto 2424 de 2006 y el pago del impuesto de alumbrado público lo constituye la propiedad, posesión, tenencia o uso de predio o predios, o el desarrollo de alguna o algunas actividades económicas específicas (AEE) aquí definidas, en el área geográfica del municipio de RISARALDA.

Respecto a cuándo se presenta el hecho generador del impuesto de alumbrado público, entratándose de empresas generadoras de energía eléctrica, el Consejo de Estado en sentencia de unificación 2019-CE SUJ-4-009 del 6 de noviembre de 2019 estableció:

E. Prueba de la calidad de sujeto pasivo del impuesto sobre el servicio de alumbrado público de las empresas que tienen activos en el territorio del municipio para desarrollar actividades económicas específicas

En los asuntos de carácter particular, la jurisprudencia ha sentado el criterio según el cual, tratándose de *empresas dedicadas a la exploración, explotación, suministro y transporte de recursos naturales no renovables, las empresas propietarias, poseedoras o usufructuarias de subestaciones de energía eléctrica o de líneas de transmisión de energía eléctrica o a las empresas del sector de las telecomunicaciones* que niegan su calidad de sujeto pasivo, corresponde a la administración municipal demostrar la existencia de establecimiento físico en esa jurisdicción de la respectiva empresa y que, por ende, se beneficia del servicio de alumbrado público³⁵.

Subregla e. Tratándose de empresas que tienen activos en el territorio del municipio para desarrollar una determinada actividad económica, el municipio debe acreditar la existencia de establecimiento físico en la respectiva jurisdicción y con ello la calidad de sujeto pasivo del impuesto sobre el alumbrado público.

Ahora bien, el Consejo de Estado en providencia del 19 de febrero de 2020¹, recogiendo la jurisprudencia de unificación, señaló:

Sujeción pasiva del impuesto de alumbrado público

De acuerdo con los artículos 287, 300-4 y 313-4 de la Constitución Política, las entidades territoriales gozan de autonomía para gestionar sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley y, en virtud de esa autonomía, tanto las asambleas departamentales como los concejos municipales pueden decretar tributos y gastos locales².

En lo relativo al **impuesto de alumbrado público**, el artículo 1º de la Ley 97 de 1913³ autorizó al Concejo de Bogotá para crear y organizar el cobro de dicho impuesto, facultad que se hizo extensiva a los demás órganos de representación popular del orden municipal, mediante el artículo 1º de la Ley 84 de 1915⁴.

¹ CE, Sección Cuarta. C.P: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, sentencia del 19 de febrero de 2020; expediente interno 24464

² Ver entre otras, sentencias de 9 de julio de 2009, Exp. 16544, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, de 22 de marzo de 2012, Exp.18842, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, de 29 de octubre de 2014, Exp. 19514, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, de 12 de diciembre de 2014. Exp. 19037, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, de 24 de noviembre de 2016 Exp. 21120 y de 17 de julio de 2017, Exp. 20302, C.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto.

³ «Artículo 1º. El Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente; organizar su cobro y darles el destino que juzgue más conveniente para atender a los servicios municipales, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental: (...) d) Impuesto sobre el servicio de alumbrado público. (...)». (Se subraya).

⁴ «Artículo 1º Los Concejos Municipales tendrán las siguientes atribuciones, además de las que les confiere el artículo 169 de la Ley 4 de 1913. a). Las que le fueron conferidas al Municipio de Bogotá por el artículo 1 de la Ley 97 de 1913,

Las referidas leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, facultaron a los municipios para definir los demás elementos del tributo, siempre que estos guarden relación con el servicio que es objeto de imposición y, en consecuencia, con el hecho gravable señalado.

Si bien las citadas leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 no definieron lo que se entiende por *«alumbrado público»*, tal concepto fue desarrollado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG y por el Gobierno Nacional⁵.

En ese contexto, frente al impuesto sobre el servicio de alumbrado público, se estableció como objeto imponible la prestación misma del servicio, y la concreción del hecho gravable, que consiste en ser usuario potencial o receptor del mismo, se dio a partir de diferentes fuentes normativas, lo que fue puesto de presente por la Sala al precisar que *«el objeto imponible es el servicio de alumbrado público y, por ende, el hecho que lo genera es el ser usuario potencial receptor de ese servicio»*⁶.

[...]

Sostiene el recurrente que la sociedad actora es sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público pues lleva sus líneas de transmisión a través del territorio del municipio de Cáceres, con las cuales comercializa la energía que vende a las empresas distribuidoras; que en la zona rural también se cobra el tributo, pues se presta el servicio a las personas que residen en dicha zona, las cuales se benefician del mismo.

[...]

El anterior hecho generador corresponde a la *«subregla e»* determinada en la sentencia de unificación del 30 de octubre de 2019, Exp. 23103, CP. Milton Chaves García, sobre los elementos esenciales del impuesto por el servicio de alumbrado público, según la cual le corresponde al sujeto activo acreditar la existencia de establecimiento físico en la respectiva jurisdicción y, con ello, la calidad de sujeto pasivo del impuesto sobre el alumbrado público.

(Negritas y subrayas del texto)

Conforme a lo anterior jurisprudencia, resulta claro que cuando se trata de empresas generadoras de energía eléctrica, para que puedan ser consideradas como sujetos pasivos del impuesto de alumbrado público, la entidad territorial debe acreditar la existencia de un local comercial de la misma dentro del territorio de la municipalidad, para considerar que es un usuario potencial del servicio de alumbrado público obligado a pagar el tributo.

En el sub lite, se encuentra acreditado que ENERTOTAL S.A E.S.P es una comercializadora

excepto la de que trata el inciso b) del mismo artículo, siempre que las Asambleas Departamentales los hayan concedido o les concedan en lo sucesivo dichas atribuciones». (Se subraya).

⁵ Resolución CREG 043 de 1995, Decreto 2424 de 1996 y posteriormente en la Resolución CREG 123 de 2011.

⁶ Sentencia del 11 de marzo de 2010, Exp. 16667, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

de energía eléctrica cuyo domicilio principal es Cali – Valle (fol.3, C.1). De igual forma se acreditó que la empresa no tiene un asiento físico o una oficina, u establecimiento de comercio en el municipio de Risaralda – Caldas, y por su parte la entidad demandada no aportó prueba alguna para contradecir lo anterior, siendo en ese caso conforme a la jurisprudencia su obligación para efectos de tener esa empresa como sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público.

En este orden de ideas, al no existir prueba de que la actora tenga por lo menos un establecimiento físico en el municipio de Risaralda – Caldas, conforme a la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, es palmario para esta Sala que contrario a lo manifestado por el municipio apelante, no se encuentra acreditado que Enertotal S.A. E.S.P es un usuario potencial del servicio de alumbrado público obligado a pagar el tributo, tal y como lo considero el juez de primera instancia.

Así las cosas, y sin necesidad de mayores elucubraciones, al estar decantado el tema de forma pacífica por el Consejo de Estado, se confirmará la sentencia de primera instancia.

VI. COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

Así las cosas, se condena en costas de la segunda instancia, conforme al numeral 1 del artículo 365 del CGP, al MUNICIPIO DE RISARALDA -CALDAS, cuya liquidación y ejecución se harán conforme Código General del Proceso artículo 366 del CGP.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de \$100.000.00 a favor de la parte demandante, y a cargo de la demandada, de conformidad con el artículo 6 numeral 3.1.3 inciso 2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura

Por lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, de fecha 16 de mayo de 2019 dentro del proceso que en ejercicio de la **ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **ENERTOTAL S.A. E.SP.** contra el **MUNICIPIO DE RISARALDA – CALDAS,** .

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho por valor de \$100.000.oo.

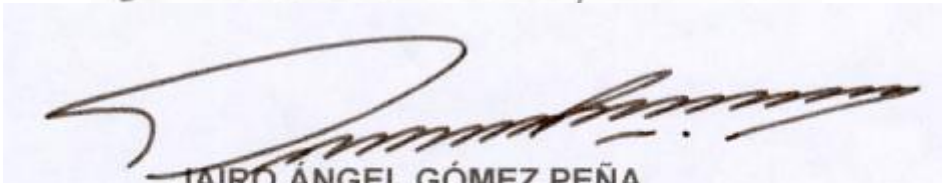
TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

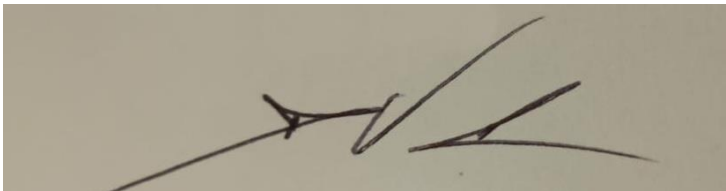
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 23 de julio de 2020, según Acta n° 034 de la misma fecha



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 092 del 28 de julio de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020).

RADICADO	17-001-33-33-004-2014-00139-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	INDUSTRIA ECOLÓGICA DE RECICLAJE S.A.S
DEMANDADO	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales¹ contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el día 18 de mayo de 2018, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión nro. 102412013000075 del 19 de noviembre de 2013 expedida por la Jefa de División de Gestión de Liquidación de la DIAN- Seccional Manizales.

A título de restablecimiento del derecho:

2. Declarar la firmeza del denuncia correspondiente al impuesto sobre las ventas por el tercer bimestre del año gravable 2012, presentado por la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S.

3. Condenar al pago de las costas procesales y agencias en derecho a la entidad demandada.

¹ También DIAN

HECHOS

- Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S es una sociedad cuya actividad económica es el comercio al por mayor de desperdicios, desechos y chatarra, que tiene como objeto social la realización de cualquier acto lícito de comercio.

- El 12 de julio de 2012 la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S presentó declaración bimestral del impuesto sobre las ventas – IVA – correspondiente al tercer bimestre del año gravable 2012, identificada con número de formulario 3008619565873.

- Esta declaración del IVA arrojó un saldo a favor del contribuyente por un valor de \$23.173.000, el cual se sustenta en impuesto a las ventas descontable, originado en compras hechas por la Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S.

- El 27 de julio de 2012 la sociedad demandante radicó ante la DIAN solicitud de devolución del saldo a favor originado en la declaración privada; por ende la DIAN inició investigación a la sociedad bajo el programa DI “Devolución de Impuesto Tributarios” mediante auto de apertura del 13 de agosto de 2012, y dentro de esa investigación realizó el 19 de septiembre de 2012 visita a la sociedad a fin de verificar los soportes originales de las facturas que justificaban el valor declarado de IVA descontable.

- El 11 de octubre de 2012 la DIAN profirió auto de archivo nro. 102382012000965, trasladando el expediente al programa investigación previa a la devolución.

- El día 24 de octubre de 2012 la DIAN profirió auto de trámite de suspensión de términos, es decir, suspendió la solicitud de devolución presentada por la sociedad demandante correspondiente al tercer bimestre del año 2012.

- El 21 de noviembre de 2012 la DIAN profirió auto de apertura contra la sociedad demandante por concepto del impuesto a las ventas del tercer bimestre del año gravable 2012, expediente AD 2012 2012 001156.

- Mediante auto de traslado de pruebas nro. 340 del 26 de febrero de 2013, el jefe de la División Gestión de Fiscalización de la DIAN Seccional Manizales ordenó trasladar al expediente copia simple de los documentos que se encontraban en el expediente AD 2012 2012 0001075, correspondiente a una investigación por IVA del segundo bimestre del año gravable 2012. Los documentos trasladados fueron los siguientes:

- Oficio nro. 107201238-1113 de fecha 10 de mayo de 2012, suscrito por la jefa de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuesto de Cúcuta.

- Oficio de fecha 11 de julio de 2012 enviado por el representante legal de la sociedad objeto de investigación a la División de Fiscalización de la Dian Manizales.

- Oficio nro. 1-07-201238-1470 de fecha 16 de julio de 2012, suscrito por la jefa de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Cúcuta.

- Oficio nro. 1-07-201238-1477 del 17 de julio de 2012, suscrito por la jefa de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional Cúcuta.

- Señaló que los documentos que fueron trasladados corresponde al cruce de información solicitado por la DIAN el 1º de marzo de 2012 con respecto a las operaciones realizadas entre la demandante y Gover SAS durante los periodos correspondientes a julio – agosto y septiembre – octubre del año gravable 2011, esto es, en relación con un período gravable completamente ajeno al que es objeto de este proceso, correspondiente a los meses de mayo a junio de 2012.

- En relación con las operaciones realizadas por la sociedad Reciclaje Gover S.A.S, destacó que si bien su domicilio principal se encontraba para aquella época en la ciudad de Cúcuta, en esa sede la compañía solo se dedicaba a la compra de cartón, y afirmó que se aceptó por parte de la administración tributaria que para el año objeto de debate la sociedad en comento contaba con una agencia comercial en La Unión - Valle del Cauca, lugar donde la compañía se dedicaba a la compra y venta del material reciclable de archivo, periódico y plega.

- Informó que, entre los documentos trasladados al presente proceso, obra una visita realizada por la DIAN a la sociedad Reciclaje Gover S.A.S sede de Cúcuta el día 8 de mayo de 2012, la cual fue atendida por el señor Rigoberto Marín Castaño, persona a la que se le recibió testimonio sin presencia del apoderado de la sociedad demandante, a efecto de poder ejercer contradicción.

- Así mismo, la DIAN decidió visitar la sede ubicada en La Unión - Valle del Cauca de la sociedad Reciclaje Gover S.A.S, donde los funcionarios constataron la existencia de dos bodegas destinadas al almacenamiento de mercancía y funcionamiento de la empresa, encontrando además personas trabajando en el lugar.

- Aludió que todas las transacciones mercantiles celebradas entre las sociedades, se realizaron a través de la agencia comercial que tiene Reciclaje Gover S.A.S en el Municipio de La Unión - Valle del Cauca; las cuales consistieron en compra de mercancías que la sociedad demandante realizó por valor de \$123.043.000 durante el tercer bimestre del año gravable 2012.

- Con base en la información trasladada desde la investigación correspondiente a los bimestres 4 y 5 del año gravable 2011, la DIAN concluyó de manera inexplicable que las transacciones hechas por parte de la compañía Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S con la sociedad Reciclaje Gover S.A.S, durante el tercer bimestre del año gravable 2012 no existieron, sosteniendo que las mismas fueron presuntamente simuladas. Por lo anterior, el 1° de marzo de 2013 la DIAN profirió Requerimiento Especial nro. 102382013000008 en contra de la empresa demandante proponiendo desconocer las compras hechas a la sociedad Reciclaje Gover S.A.S por el tercer bimestre del año 2012, atendiendo que a se juicio las mismas no existieron.

- De otro lado la DIAN, como en el presente caso y ante la solicitud presentada por el contribuyente, adelantó investigación contra la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S en relación con el impuesto a las ventas por el primer bimestre del año 2012, aduciendo que las transacciones realizadas entre la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S y Reciclaje Gover S.A.S fueron simuladas. Sin embargo, con fundamento en la respuesta al Requerimiento Especial dada por la demandante y de las verificaciones hechas por la DIAN, se determinó que las compras no fueron simuladas, y en consecuencia se archivó la investigación.

- Que igualmente la DIAN a través de proceso administrativo AD 2012 2012 000754 adelantó investigación en contra de la sociedad Recolectora de Papeles y Metales y CIA S en C, y la entidad demandada sostuvo que las transacciones realizadas entre la sociedad Recolectora de Papeles y Metales y Reciclaje Gover fueron simuladas, pero con soporte en la respuesta al Requerimiento Especial dada por Recolectora de Papeles y Metales y de las verificaciones hechas, se archivó la investigación.

- El 4 de junio de 2013 la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S dio respuesta al Requerimiento Especial nro. 102382013000008 del 1° de marzo de 2013, correspondiente al tercer bimestre del año 2012, allegando la totalidad de soportes de operaciones realizadas con la sociedad Reciclaje Gover S.A.S

- Que pese a las explicaciones dadas en respuesta al Requerimiento Especial y desconociendo los precedentes administrativos referidos, la administración de impuestos expidió la Liquidación Oficial de Revisión nro. 102412013000075 del 19 de noviembre de 2013, que se somete a control jurisdiccional.
- Que mediante auto de apertura nro. 102382014000264 del 20 de mayo de 2014 proferido dentro del expediente TW 2012 2014 00264 la DIAN inició investigación por el impuesto de renta y complementarios del año gravable 2012 a la demandante, a efectos de determinar la veracidad de los valores consignados en el denuncia rentístico, y luego de las verificaciones correspondientes, el 1º de agosto de 2014 se profirió auto de archivo nro. 102382014000403 por no haber encontrado inconsistencia.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

A su juicio indicó como normas transgredidas los artículos 13, 29 y 83 de la Constitución Política; los artículos 485, 647, 742, 743, 745, 772, 773, 774 y 777 del Estatuto Tributario; el artículo 51 del Código de Comercio; los artículos 3 numeral 2, 10, 137 y 138 del CPACA; y el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil.

- **Impertinencia de las pruebas trasladadas en las cuales la administración funda su decisión:** Adujo que las pruebas trasladadas por la administración corresponden a hechos de periodos gravables diferentes al objeto de la discusión, con lo cual la decisión carece de material probatorio que la fundamente.

Precisó que la DIAN mediante auto de traslado de pruebas ordenó trasladar fotocopia simple de documentos que se encontraban en el expediente AD 2012 2012 00001075, correspondientes a una investigación en contra de la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje por concepto del impuesto a las ventas del segundo bimestre del año gravable 2012.

Adujo que entre los documentos trasladados se encuentra inspección ocular realizada a las oficinas de la sociedad Gover S.A en la ciudad de Cúcuta el día 8 de mayo de 2012, así como declaración del señor Rigoberto Marín Castaño, recibidas en dicha seccional, quien trabajaba en esa época para la mentada compañía.

Resaltó que es ilógico el hecho que la administración tributaria las utilice como prueba “indiciarias” para concluir que las compras realizadas por la demandante durante el tercer

bimestre del año 2012 a la sociedad Gover son presuntamente simuladas, más cuando esta prueba era impertinente e ilegal por no haber sido trasladada en copia auténtica, y además no fueron practicadas a petición de la demandante ni con su audiencia, tal y como lo ordenaba el precepto 185 del CPC.

Insistió que las pruebas han de detentar inequívoca relación con los sucesos objeto de discusión pues de lo contrario se estarían tomando decisiones con elementos fácticos que no prueban los hechos que se debaten, y destacó que es inaceptable que la administración tributaria utilice pruebas relacionadas con investigaciones referentes a otros periodos gravables para concluir que las compras realizadas durante el tercer bimestre del año 2012 por la demandante a la sociedad Gover S.A son presuntamente simuladas, por ejemplo, la inspección ocular realizada a las oficinas de esta empresa, así como la declaración juramentada del señor Marín Castaño.

Destacó entonces que la entidad omitió desarrollar una verdadera investigación tendiente a verificar los hechos ocurridos durante el tercer bimestre del año 2012, razón por la cual no logró desvirtuar la presunción de veracidad que ampara las declaraciones tributarias al incumplir la carga probatoria de fundamentar su decisión en hechos que aparezcan demostrados, de lo que se colige la ilegalidad del acto administrativo acusado.

- **Falsa motivación del acto administrativo:** Inexistencia de los indicios de simulación de las operaciones mercantiles celebradas entre la demandante y la sociedad Reciclaje Gover S.A.S

Precisó la entidad que las ventas hechas por la compañía Reciclaje Gover S.A.S a la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje fueron simuladas en tanto (i) la sociedad Reciclaje Gover no aportó libros de contabilidad, recibos de caja, ni auxiliar de caja y banco a lo largo de la investigación administrativa; (ii) en visita realizada a la sede de Cúcuta de la sociedad Gover no había inventario, aviso ni movimiento de personal, dando cuenta de la ausencia de capacidad de producción, operativa y financiera; (iii) la mercancía vendida a la nulidiscente era adquirida en Cúcuta; (iv) ante la ausencia de guías de transporte y en función de la declaración del señor Rigoberto Marín Castaño, existen dudas sobre cómo Reciclaje Gover S.A.S. traslada la mercancía que compra y vende; y (v) las retenciones del período gravable no corresponden a las compras realizadas.

Al respecto, arguyó la demandante:

- Contabilidad de la sociedad Reciclaje Gover: Si bien la sociedad de reciclaje Gover S.A.S. debía llevar contabilidad respaldada con comprobantes internos y externos, la falta de suministro de la información contable que echa de menos la DIAN lejos está de demostrar la inexistencia de las operaciones de compraventa con la actora, pues la actuación negligente de esta sociedad no tiene por qué generar consecuencias negativas a un tercero, más cuando aquél a quien pretende castigar con fundamento en la actuación de un agente externo, ha actuado con diligencia y lleva su contabilidad en debida forma.

Con apoyo en el artículo 772 del ET (alusivo a los efectos que surgen de una contabilidad debidamente llevada por el contribuyente) y por el H. Consejo de Estado en fallo de 7 de abril de 2011, expediente 2005-00798-01, precisó que el efecto de que un contribuyente no lleve en debida forma su contabilidad es que esta no puede constituir plena prueba a su favor, agregando que la DIAN de esa contabilidad no llevada en debida forma por la sociedad Gover presenta motivos maquillados para concluir que las compraventas de mercancías efectuadas por la demandante son simuladas.

Agregó que se mira con sospecha que la DIAN solo haya valorado la contabilidad de la sociedad Reciclaje Gover S.A.S. y nada haya dicho en punto de la contabilidad de la sociedad demandante.

- Impertinencia de la visita a la sociedad Reciclaje Gover S.A.S en la ciudad de Cúcuta: Destacó que para el año 2012 la sociedad Reciclaje Gover tenía como domicilio inscrito la ciudad de Cúcuta; no obstante, contaba con una agencia comercial en el Municipio de La Unión – Valle, siendo con esta agencia que la demandante desarrolló toda la actividad comercial discutida por la DIAN.

Resaltó que cuestionar la veracidad de las transacciones entre ambas empresas con base en una visita realizada por la DIAN a la sociedad Reciclajes Gover en la ciudad de Cúcuta resulta absolutamente impertinente, por cuanto las operaciones fueron realizadas con la agencia ubicada en La Unión y no con la principal en Cúcuta; y además porque para la fecha de inspección aún no habían acaecido las operaciones que se pretenden desconocer. No obstante la inexistencia de inventarios varios meses antes de ocurrencia de la transacción, de aviso al público y de movimiento de personal, lejos está de demostrar compras simuladas, más aún que en el expediente administrativo no solo obra el listado de nómina

de la compañía y los comprobantes de pago de parafiscales, sino también registro fotográfico del mentado establecimiento; por modo, prosiguió, los funcionarios de la DIAN en el expediente AD 2012 2012 1075 relacionado con el segundo bimestre de 2012 acudieron a las instalaciones de la referida agencia dando cuenta no solo sobre cómo opera, sino de la existencia de dos bodegas, una de las cuales almacenaba chatarra recuperada.

Destacó además que la sola inspección ocular no era útil para determinar la capacidad financiera de la proveedora, habida consideración de la ausencia de evaluación técnica y la nula ilustración que al respecto puede arrojar el capital social de una compañía.

- La mercancía que la sociedad reciclaje Gover S.A.S vende a la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S no se adquiere en Cúcuta: Destacó que la sociedad adquiere el material en el Eje Cafetero y Valle del Cauca, por ello no se entiende cómo la DIAN puede afirmar que de la respuesta al requerimiento ordinario dada por Reciclaje Gover se colige que la compra de material se da en Cúcuta y no en el Eje Cafetero y Valle del Cauca, cuando la referida respuesta es clara en aseverar que en Cúcuta se compra cartón, lo cual es concordante con la declaración del señor Marín Castaño, y peor aún no se encuentra explicación al hecho que a dicha conclusión pretende dar la condición de un hecho indicador de la supuesta simulación.

- Movilización de mercancía que compra y vende la sociedad reciclaje Gover S.A.S - Declaración del señor Rigoberto Marín Castaño y ausencia de guías de transporte no constituye indicio de simulación: Con la expedición de la Liquidación Oficial de Revisión la DIAN cuestionó la ausencia de guías de transporte que permitieran realizar trazabilidad de los movimientos de la mercancía que la sociedad Reciclaje Gover compra y vende. Sostiene la administración de impuestos que esta ausencia de guías de transporte se convierte en indicio de la simulación de transacciones realizadas con la demandante, y para sustentar su teoría se apoyó en la declaración rendida por el señor Marín Castaño.

Pese a ello, tras reseñar esa declaración, adujo la parte actora que antes que evidenciar la simulación esta deja claro que la sociedad demandante nunca tuvo relación comercial alguna con la sede de Cúcuta de empresas Gover, sino que todas las negociaciones se realizaron en la sede de La Unión.

A pesar de lo expuesto, nuevamente hizo alusión a la irrelevancia e impertinencia de la prueba, ya que este testimonio fue recaudado con ausencia de la parte a quien se le opone.

- Retención de valor de ciento cuarenta y tres mil pesos: Reciclaje Gover S.A.S. por ser pequeña empresa en virtud de la Ley 1429 de 2010 (artículo 4º párrafo 2º), no se encuentra sometida a retención en la fuente durante los primeros cinco años, lo que evidencia el desconocimiento de la normativa fiscal por parte de la propia DIAN y la temeridad de las afirmaciones realizadas por la administración como supuestos indicadores de la simulación alegada.

- Indicios de la simulación: Acudió a amplia jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia y del H. Consejo de Estado para censurar que en el *sub lite* brilla por su ausencia la regla de la experiencia científica o técnica en la cual se apoya la inferencia lógica que permite concluir el hecho indicado como consecuencia de la circunstancia indicadora, y por el contrario, lo que se plasma en el acto administrativo es un ejercicio de introspección del sustanciador en el que ni siquiera pone de manifiesto cuál es su conclusión frente a los interrogantes que se plantea, lo que evidencia el grado extremo de subjetividad.

Resaltó la accionante que la DIAN pasó por alto la prueba contable por ella aportada, y afirmó que esto lleva a una cuestión y es algo que la entidad menosprecia a lo largo del proceso administrativo, si las compras hechas a la sociedad Gover fueron simuladas ¿cómo es posible que la demandante haya vendido la mercancía que ha dicho fue comprada a dicha empresa? y la respuesta no puede ser otra que tal circunstancia es imposible, pues no puede venderse lo que no existe.

- **Infracción de las normas en las que debía fundarse el acto:** Expuso que del tenor literal del artículo 772 del Estatuto Tributario no se desprende que si un tercero lleva indebidamente su contabilidad, este hecho pueda tener la vocación de acarrear efectos para quien contrate con él, complementando que, con todo, si bien la indebida contabilidad llevada por Reciclaje Gover S.A.S. se aceptara en gracia de discusión como un indicio de simulación, el mismo se desvirtúa con la prueba contable aportada por la accionante, misma que no ha sido reprochada por la Administración Tributaria, aplicándose de este modo y debidamente el citado precepto 772 del ET en asonancia con los alcances de la responsabilidad por hecho propio y por hecho ajeno (artículo 2347 CC) y el valor de libros y papeles entre comerciantes a que alude el canon 70 numeral 3 del CCO.

- **Violación del derecho fundamental a la igualdad:** Someter al contribuyente a un trato diferencial con respecto a sus pares jurídicos y la forma en que la administración lo ha tratado en el pasado desconoce el contenido del artículo 13 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 2 del artículo 3 del CPACA.

Citó el artículo 13 constitucional y jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y refirió que la DIAN archivó las investigaciones adelantadas contra otros contribuyentes que, al igual que la nulidisciente, tuvieron transacciones de compraventa con Reciclaje Gover S.A.S., cual fue el caso de la contribuyente Recolectora de Papeles y Metales y CIA S. en C. respecto a la declaración de IVA del primero bimestre de 2012, en cuya ocasión la DIAN esgrimió idénticos argumentos a los utilizados en la declaración administrativa enjuiciada.

Incluso, contra Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S. la Administración Tributaria adelantó otra investigación respecto al impuesto sobre las ventas del primero bimestre de 2012; empero, con base en la respuesta dada al Requerimiento Especial efectuado en esa oportunidad, dicha entidad archivó la actuación ante la falta de pruebas que permitieran inferir que el valor descontable no había sido declarado, concluyendo así la sociedad demandante que no resulta lógico que para el primer bimestre del año 2012 las explicaciones dadas conduzcan a concluir que no existió simulación y que para el efecto las facturas de venta constituyan prueba de la existencia de las transacciones, pero que para el tercer bimestre del año 2012 los mismos elementos resulten insuficientes, y en consecuencia la DIAN opte por sostener a toda costa la supuesta simulación de las compraventas.

- **La modificación intempestiva del precedente de carácter administrativo defrauda la confianza legítima del administrado:** Trasuntando apartes de jurisprudencia de la Corte Constitucional reprochó la actora el proceder contradictorio de la entidad demandada tomando en cuenta las directrices adoptadas en ocasiones anteriores frente a la misma demandante y a otro contribuyente, y con ello, la ausencia de justificación sobre la diferencia de trato en esos asuntos respecto al del *sub iúdice*.

- **La administración debe decidir con base en lo que resulte probado en el expediente- *in dubio contra fiscum*:** En criterio de la actora la DIAN no decidió con base en lo probado en el expediente administrativo y en tal sentido se presenta vulneración del artículo 732 del ET, agregando con todo que si el sentenciador considera que de lo esgrimido por la DIAN y por la sociedad accionante puede darse una interpretación válida sobre ambos supuestos, es decir, la existencia o no de la prestación del servicio, debe darse aplicación a la máxima

del *in dubio contra fiscum*; en otros términos se está frente a una duda que debe ser resuelta a favor del contribuyente, tal y como lo establece el artículo 745 del ET.

Por manera, estimó, la DIAN también debió aplicar el artículo 671 del ET si consideraba que Industria Ecológica de Reciclaje desarrolló operaciones con proveedores ficticios.

- **Improcedencia de la sanción por inexactitud:** Lo anterior, en función del proceder ajustado a ley por parte de la actora y el carácter accesorio de la aludida sanción.

- **Conclusiones completamente opuestas en investigaciones que tenían por objeto verificación de situaciones fácticas idénticas constituye una arbitrariedad que desconoce los principios y valores del Estado Social de Derecho:** Señaló que la DIAN inició investigaciones con respecto a los períodos gravables 2012-1 al 2012-4 del impuesto a las ventas y verificó las declaraciones presentadas por la sociedad demandante frente a lo cual concluyó que las operaciones de los bimestres 2, 3 y 4 del año gravable 2012 fueron presuntamente simuladas, razón por la cual desconoció los denuncios rentísticos.

Que mediante auto de apertura del 20 de mayo de 2014 la DIAN decidió iniciar investigaciones por el impuesto de renta del año gravable 2012 a la demandante con la finalidad de determinar la veracidad de los valores consignados en el denuncia rentístico, y luego de realizadas las verificaciones el 1° de agosto de 2015 se profirió auto de archivo.

Que resulta inexplicable el criterio aplicado por la administración ya que desconoce las operaciones realizadas por la sociedad Gover que fueron consignadas en los denuncios del impuesto a las ventas, por considerar que las mismas fueron inexistentes, y no obstante los valores registrados en el denuncia rentístico, que incluían las mismas compras realizadas a la sociedad mencionada, no fueron modificadas, por lo que resulta enigmático que esas operaciones se consideren irreales en una investigación y en otra se concluya lo contrario.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN: En primer momento se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones.

Hizo alusión a cada uno de los hechos expuestos por la parte demandante y afirmó que concuerda con esta en algunos, excepto en los relativos a las transacciones realizadas entre

la accionante y la sociedad Reciclaje Gover S.A.S ya que sostiene que no le constan, pues dicha información no aparece documentada en el proceso.

Seguidamente se opuso a los puntos planteados en el concepto de la violación, y afirmó lo siguiente respecto a cada uno de ellos:

- **Ilegalidad e impertinencia de las pruebas trasladadas:** Indicó que afirmar que las pruebas trasladadas no tienen valor probatorio por ser copias simples no tiene ningún sustento, pues el demandante en ningún momento las ha tachado de falsas; además que dentro del proceso el contribuyente ha tenido todas las oportunidades para contradecir el medio probatorio.

Agregó que la prueba que trasladó fue practicada con objeto a la investigación de las transacciones efectuadas entre la demandante y la sociedad Gover, esta última supuesta proveedora directa de la actora, por lo tanto era pertinente tener en el proceso esas pruebas para ser valoradas por la DIAN, y más cuando en visita realizada para verificar la solicitud de devolución de la accionante por el año gravable 2012, se percataron que de los soportes que respaldaron la solicitud de devolución en los costos de ventas se pudo establecer que en este rubro solo se registran compras y no se les aplicó ningún otro costo, y al revisar los proveedores más significativos encontró que el proveedor Reciclaje Gover estaba siendo investigado, puesto que previo cruce se logró determinar que no contaba con la infraestructura necesaria para poder desarrollar su objeto social.

Finalizó indicando que el traslado de las pruebas a diferencia de lo considerado por la demandante es procedente, no solo por la facultad de fiscalización sino porque es indispensable para efectos de traslado de pruebas el requerimiento previo al contribuyente a fin de que pueda surtir el traslado probatorio, esto en concordancia con los principios de economía, celeridad y eficacia.

- **Falsa motivación de acto administrativo:** Argumentó que la Administración Tributaria visitó y analizó la realidad económica, física y documental que soportaban las transacciones realizadas por Reciclaje Gover, proveedora de la demandante, y de la visita a la empresa y el testimonio recaudado no se muestra una verdad real ya que contablemente existen solamente unas facturas de venta, más no fueron suministrados los libros mayores de contabilidad, ni documentos de orden externo que soportaran el transporte de mercancías compradas y vendidas, ni guías de transporte, ni recibos de caja por concepto de cancelación de ventas, no se mostró movimiento auxiliar de caja y banco, ni inventario de

mercancía, entre otros aspectos, lo que generó una serie de interrogantes que llevaron a la conclusión de que la empresa realizaba operaciones simuladas, más no existen operaciones reales que confirmen la actividad económica desarrollada por la empresa Reciclajes Gover.

Destacó que todos los indicios recopilados en los cruces de información permiten establecer que las operaciones realizadas con la empresa Gover no corresponden a la realidad y nunca se han llevado a cabo, lo cual quedó debidamente demostrado en el proceso.

Al concluir entonces que las operaciones realizadas son simuladas, no era procedente aceptarlas, y por lo tanto se procedió a su rechazo.

-Infracción de las normas en las que se debía fundar el acto: Anotó que los actos administrativos se ajustaron a las normas tributarias aplicables al caso en concreto, sin que la demandante haya desvirtuado los argumentos fácticos y jurídicos en que se fundamentaron los actos administrativos.

- Violación al derecho fundamental a la igualdad: Destacó que la entidad mediante funcionario competente decidió con base en la valoración de las pruebas debidamente allegadas al proceso que se habían realizado compras ficticias, y que por tanto procedía a expedir liquidación oficial de revisión.

Agregó que si bien en el caso la sociedad contribuyente pretende demostrar sus operaciones comerciales de compra del año 2012 mediante facturas con los requisitos legales, igualmente con la contabilidad, lo cierto es que la DIAN logró demostrar que dichas transacciones no obedecieron a la realidad, pues la visita realizada a su proveedor como también todos los análisis de comportamiento comercial y fiscal de este, permiten demostrar de manera clara y fehaciente que la actividad comercial referenciada entre la sociedad actora y su proveedor en la factura fueron inexistentes.

- Improcedencia de la sanción por inexactitud: Referenció el artículo 647 del Estatuto Tributario y aseveró que, al haber declarado compras inexistentes, lo cual generó un menor impuesto a pagar por el año 2012, se configuran los supuestos de ley para aplicar la sanción.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 18 de mayo de 2018 accedió a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si las

transacciones realizadas entre la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S y la empresa de Reciclaje Gover S.A.S en el tercer bimestre del año gravable 2012 fueron simuladas y en consecuencia debían ser rechazadas y aplicar la sanción por inexactitud; y si se había vulnerado el derecho de defensa de la demandante con la incorporación de pruebas trasladadas durante la investigación tributaria por el tercer bimestre del año gravable 2012.

Sobre la prueba trasladada afirmó el despacho judicial que si bien la prueba trasladada corresponde a una actuación tributaria asociada al contribuyente por un periodo distinto al analizado en el proceso, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado se le debe dar plena validez a las pruebas de carácter documental que reposan en la actuación administrativa, no solo por la actividad fiscalizadora e investigativa de la DIAN, sino también porque la empresa demandante tuvo la oportunidad procesal de atacar las mismas.

Sin embargo, no llegó a la misma conclusión en relación con la prueba testimonial del señor Rigoberto Marín, pues afirmó que esta para ser tomada en cuenta debió haber sido practicada con audiencia de la parte contra la que se aduce, o cuando sin cumplir con este requisito han sido ratificados en el nuevo proceso, lo cual no ocurrió en el *sub lite*, por ello no podía ser tomada en cuenta en sede administrativa y mucho menos en sede judicial.

Sobre la simulación de las transacciones realizadas por la sociedad actora durante el tercer bimestre del año gravable 2012 manifestó que luego de analizadas todas las pruebas en conjunto se podía inferir lógicamente que las operaciones comerciales entre la demandante y la empresa Reciclajes Gover tuvieron relación directa con la agencia de esta última en el municipio de La Unión – Valle, argumento que se refuerza cuando se observa que la DIAN solo tuvo en cuenta para proferir la Liquidación Oficial de Revisión las pruebas trasladadas del procedimiento administrativo tributario llevado a cabo en la sede principal de la empresa Reciclajes Gover, esto es en la ciudad de Cúcuta y por periodos gravables diferentes, sin tener en cuenta que la empresa en cuestión contaba con una agencia en el Municipio de La Unión - Valle que sí contaba con la contabilidad requerida en esa ocasión, y que a la postre, daría una visión más real sobre las transacciones entre esta y la sociedad demandante.

Destacó igualmente que del acta de visita a la empresa Reciclajes Gover llevada a cabo el 17 de diciembre de 2012 en La Unión – Valle, funcionarios de la DIAN observaron que la empresa contaba con oficina de contabilidad y de administración, al igual que 2 bodegas,

una para chatarra y otra donde había papel periódico, un poco de cartón y metal; así mismo que se suministró toda la información requerida, lo que significa que esta agencia comercial demostró tener la capacidad administrativa, técnica, comercial y operativa para realizar todas las transacciones comerciales alegadas en la demanda.

Aceptó entonces la *a quo* las argumentaciones de la empresa demandante al establecer que la administración tributaria no se fundamentó en el conjunto de pruebas que hacen parte de la actuación administrativa, y por lo tanto en razón de la presunción de veracidad de la declaración tributaria debían ser aceptados los impuestos descontables rechazados y en consecuencia proceder a levantar la sanción por inexactitud.

En consecuencia, declaró la nulidad del acto administrativo demandado y, a título de restablecimiento del derecho declaró en firme el denuncia rentístico correspondiente al impuesto sobre las ventas por el tercer bimestre del año gravable 2012 presentado por la demandante, y condenó en costas a la parte demandada.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: SE DECLARA LA NULIDAD de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412013000075 del 19 de noviembre de 2013, mediante la cual la DIAN, determinó la aplicación de la sanción por inexactitud a la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S por haber incluido en compras simuladas y los correspondientes impuestos descontables originados en ellas.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho SE DEJA EN FIRME el denuncia correspondiente al Impuesto sobre las Ventas por el tercer bimestre del año gravable 2012, presentado por la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje S.A.S.

TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 365 del Código General del Proceso (...).

RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales apeló la sentencia de primera instancia mediante memorial que reposa de folio 1162 a 1175; pidió se revoque la misma y en consecuencia se nieguen las súplicas de la demanda, absteniéndose de condenar en costas a la entidad.

Adujo que el juez transgredió indirectamente la ley por error de hecho al momento de valorar los indicios, ya que desconoció los postulados de la sana crítica como método de apreciación probatoria.

Sostuvo en relación con los indicios que fueron recopilados y allegados en forma válida al proceso que eran suficientes para dar por demostrado que las compras realizadas por la sociedad Industria Ecológica de Reciclaje en el tercer bimestre del año 2012 al proveedor Reciclaje Gover fueron simuladas, con el único fin de solicitar y cimentar ante el fisco no solo el recobro del IVA que en ese año gravable requirió a la DIAN, sino además el saldo a favor discutido en este proceso.

Manifestó que la documentación aportada a la investigación por la parte demandante no muestra una verdad real con relación a que la Sociedad Gover S.A.S haya realizado las transacciones de ventas de material reciclaje en el 3º bimestre del año 2012, pues si al tema documental se atiende solo existen unas facturas de ventas a las cuales no se les consiguió comprobar que obedezcan a transacciones de compras de material reciclaje ya que no fueron suministrados los libros mayores de contabilidad, tampoco documentos de orden externos que soporten el transporte de la mercancía comprada y vendida; no hay guías de transporte, ni recibos de caja por concepto de cancelación de ventas, no se muestra el movimiento auxiliar de la caja y el banco que pruebe que efectivamente las operaciones de compra-venta sí se realizaron.

Se pregunta si en estos temas las facturas con los requisitos de ley son prueba suficiente para demostrar las transacciones, señalando que la experiencia ha enseñado que los contribuyentes usan maniobras simuladoras en procura no solo de disminuir la real carga tributaria, sino además de producir saldos a favor que posteriormente son solicitados en devolución o compensación, destacando que se utilizan las actividades informales como el reciclaje para simular compras, amparándose igualmente en transacciones soportadas documentalmente pero que en el fondo no se efectuaron, o si se realizan, no corresponden a los montos documentados.

Por ello resaltó que el no suministro de otros instrumentos que se hacían relevantes para determinar la veracidad de las transacciones de compra realizadas con el proveedor Gover como el libro mayor de contabilidad, documentos externos, soportes de transporte de mercancías comprada y vendida, recibo de caja, llevan a un punto convergente como es que efectivamente entre la sociedad actora y su proveedor se estaban realizando transacciones simuladas.

Realizó un análisis acerca de las transacciones comerciales efectuadas entre la empresa de Reciclajes Gover y la sociedad actora, resaltando que la información exógena no da cuenta de transacciones en el tercer bimestre del año 2012 entre la primera sociedad mencionada y sus principales clientes como son Cartones América, Industria Ecológica de Reciclaje y Recolectora de Papeles y Metales, resaltando que las dos últimas empresas funcionan en el mismo lugar, con la misma infraestructura, los mismos empleados y el mismo contador, lo que deja incertidumbre sobre la veracidad de las transacciones que se quiere reclamar como existentes.

A su vez, en la inspección ocular que se realizó a las instalaciones de Gover S.A.S, se observa que la empresa no cuenta con una bodega con capacidad para almacenar tanta mercancía como se observa que compran, según los valores de las declaraciones de ventas; de igual forma no se observa capacidad de producción, operativa y financiera, ni mucho menos fue posible verificar información documental alguna, ya que no fue puesta a disposición ninguna contabilidad.

Destacó también que se quieren maquillar las compras ficticias realizadas a Gover argumentando que la sociedad actora tenía un papel de intermediación, ya que Gover no puede venderle a Productos Familia porque no tiene la infraestructura y organización, aspecto este que igualmente constituye una simulación de compras, ya que la demandante no es la que vende el material a Productos Familia, sino que es supuestamente una intermediaria que a lo mucho le podría reportar una comisión o unos ingresos por prestarse como intermediaria, y no puede ser que tal situación sea usada para obtener unos beneficios mayores, como es hacerle pasar unas compras y así obtener los recobros del IVA.

Hizo alusión a fallo del Consejo de Estado del 13 de agosto de 2015, radicado interno 20822, relativo al tema de los indicios.

Añadió una violación directa al artículo 188 del CPACA por indebida aplicación, pues la DIAN ha sostenido que en los procesos de naturaleza tributaria se ventila un interés público, y es incuestionable que está de por medio la política fiscal y tributaria del Estado.

Recordó que se está ante una actuación pública de interés general, como es la no procedencia de la conciliación, pues el legislador determinó no admitir las conciliaciones en conflictos tributarios, en razón a que lo que se discute es de interés general para el Estado, por ello en ningún momento puede ser transado ni desistido por parte del Estado.

Para reforzar la tesis anterior, refirió que el Consejo de Estado en múltiples sentencias ha manifestado que mientras no existan elementos de prueba que demuestren o justifiquen la condena en costas no habrá lugar a las mismas, y por ello como los procesos de naturaleza tributaria no sólo interesan al Estado sino también a todos los ciudadanos, pues mediante ellos se hace efectivo el cumplimiento de las obligaciones tributarias, el Legislador los excluyó de la condena en costas establecida en el artículo 188 del CPACA.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

PARTE DEMANDANTE: Señaló que los argumentos planteados en el recurso de apelación resultan insuficientes para desvirtuar la legalidad de la sentencia de primera instancia, pues en lugar de atacar y presentar contraargumentos que desvirtúen los expuestos por el *a quo*, se reiteró lo expuesto durante toda la actuación judicial.

Como argumentos de defensa se refirió a uno que denominó "*la falacia de la falsa generalización*", frente al cual señaló que la DIAN aseguró que se estaban presentando irregularidades en las operaciones desarrolladas por algunas personas dedicadas a la actividad de compra y venta de chatarra y materiales reciclables, y a partir de ahí puso en tela de juicio las operaciones de todos los agremiados, decisión que fue arbitraria pues aplicó a un caso particular una regla general absoluta de base débil, lo cual es un error que no permite ver la posibilidad de excepciones que son razonables a una regla que tiene sustentos cuestionables, y que en relación con el proceso de la referencia se traduce en la omisión de valoración probatoria por parte de la DIAN de las pruebas aportadas en sede administrativa.

También trajo a colación puntos sobre la "*falsa motivación del acto administrativo*", pues la entidad demandada concluyó que había transacciones comerciales simuladas, para lo cual se fundó en hechos presuntamente indiciarios, pero para llegar a esto descartó verdaderos contra-indicios y pruebas directas que conllevaban a una conclusión completamente diferente, destacando que los indicios expuestos por la DIAN carecen de validez.

Hizo alusión al precedente horizontal y vertical que avala la sentencia proferida en primera instancia, ya que existen una serie de decisiones judiciales emitidas por el Tribunal Administrativo de Caldas que confirman la posición de la sociedad demandante, así como providencia del Consejo de Estado del 21 de junio de 2018 en la cual se avaló la estructura

probatoria como la que reposa en el expediente para indicar que las operaciones objetadas por la DIAN eran reales.

Por lo anterior, solicitó confirmar el fallo de primera instancia.

PARTE DEMANDADA: La entidad ratificó los argumentos expuestos en el recurso de apelación y en la contestación de la demanda.

Solicitó aplicar la línea jurisprudencial establecida por el H. Consejo de Estado en lo referente a las condenas en costas, la cual trajo a colación, pues sustentó que en este proceso encontró que la parte actora no demostró que se hubiese hecho alguna erogación significativa de donde se concluya que se deba condenar en costas, o que se encuentren demostrados los gastos para de esta manera sustentar una condena de este tipo.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos

1. ¿Las pruebas en que se basó la DIAN para proferir la Liquidación Oficial de Revisión nro. 102412013000075 del 19 de noviembre de 2013 eran suficientes para arribar a la conclusión que las operaciones de compra realizadas por la sociedad actora durante el tercer bimestre del año 2012 con la sociedad Reciclaje Gover S.A.S fueron simuladas, y en consecuencia debían ser rechazadas?

Si la respuesta anterior es positiva se deberá determinar:

2. ¿Procede la sanción por inexactitud en el *sub lite*?

3. ¿Es procedente la condena en costas contra la DIAN?

Cuestión previa

Lo primero que deberá resaltar la Sala de Decisión es que en la sentencia de primera instancia se decidió que las pruebas documentales trasladadas del expediente AD 2012-2012-00001075 (impuesto a las ventas del segundo bimestre del año 2012) al expediente

AD 2012-2012-001156 (objeto del proceso) sí podían ser valoradas, a excepción del testimonio del señor Rigoberto Marín Castaño, al considerar que este fue practicado sin la comparecencia de la sociedad demandante.

Esta decisión que no fue apelada por ninguna de las partes, y en tal sentido para resolver el primer problema jurídico no se tendrá en cuenta dicha declaración para emitir pronunciamiento.

Lo probado

En los cuadernos 1A y 1B obran los expedientes administrativos número DI 2012 2012 653 y AD 2012 2012 001156 adelantados por la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas – Grupo Interno de Trabajo – Devoluciones, de los cuales se destaca lo siguiente:

- A folios 454 a 468 obran copias de facturas de Reciclaje Gover S.A.S correspondientes a ventas realizadas a Industria Ecológica de Reciclaje durante los meses de mayo y junio de 2012. En éstas figura como dirección de la primera la “carrera 16 No. 10-64 La Unión – Valle”.
- Entre folios 517 a 572 reposan copias de facturas correspondientes a ventas realizadas por Industria ecológica de Reciclaje S.A.S en el tercer bimestre de año 2012.
- Al momento de presentarse la respuesta al Requerimiento Especial por parte de Industria Ecológica de Reciclaje se anexó certificado del contador público al tenor del artículo 777 del Estatuto Tributario; profesional que dejó constancia sobre las transacciones comerciales de esa empresa en el tercer bimestre del año gravable 2012 (fols. 152 a 162).
- Como prueba trasladada a folios 834 a 852 obra el informe final de verificación realizado a la sociedad Gover, y frente a la visita realizada al contribuyente en Cúcuta el 8 de mayo de 2012 se dejó constancia que se encontró una casa de habitación con un área aproximada de 2 metros por 3 metros, dispuesta como oficina, con un computador, un televisor, un escritorio, seis sillas, una impresora, dos “AZ”, un lote techado en piso de tierra de aproximadamente 9 metros x 18 metros, y una máquina para prensar cartón, la cual se consignó no estaba en funcionamiento; habiéndose igualmente evidenciado que el sitio carecía de algún aviso al público que identificara la empresa, al tiempo que tampoco se detectó mercancía en

inventario, ni capacidad de producción, ni personal distinto a la persona que atendió esa diligencia.

También se dejó constancia que, durante la visita, la representante legal de esa sociedad se comunicó vía telefónica con la autoridad de la DIAN indicándole que toda la contabilidad se encontraba en La Unión -Valle y que el señor Rigoberto Marín Castaño era el encargado de despachar la mercancía con base en las remisiones que a él se le efectuaran.

- También como prueba trasladada, a folios 965 y 966, se encuentra acta de visita realizada el 17 de diciembre de 2012 a la sociedad Gover en la calle 18 A No. 14-57 de La Unión – Valle en la que se indicó que: “se realizó inspección física de la sociedad donde existen dos bodegas. Una donde se encuentra la oficina de contabilidad y administración con una bodega donde almacenan solamente chatarra recuperada, cuya área es de 12 de frente por 21 de fondo. Existe la 2da bodega con área de 12x18mtrs, allí se encuentra un poco de papel periódico, un poco de cartón y metal” “Adicional a la bodega cubierta de 12x18 se encuentra un lote abierto que se utiliza como bodega de reciclaje”.

Al estudiar con detalle las pruebas previamente señaladas puede advertir la Sala que:

- Desde el punto de vista de la contabilidad de la demandante, las operaciones de compra realizadas con la sociedad Reciclaje Gover S.A.S. aparecen soportadas, en tanto reposa dentro del cartulario el certificado del contador público en el cual se detalla de manera clara los movimientos de la empresa durante el tercer bimestre del año 2012; datos que coinciden con las facturas expedidas las cuales se observa acatan los requisitos de facturación del artículo 617 E.T.

- Se encuentra acreditado que las ventas de material reciclable efectuadas por Reciclaje Gover S.A.S. a la sociedad demandante fueron efectuadas a través de la agencia del vendedor ubicada en La Unión - Valle, según se advierte en las facturas de venta correspondientes.

- En cuanto a la sociedad Gover se tiene que la DIAN efectuó visita a su sede principal en la ciudad de Cúcuta, en la cual se dejó constancia de la aparente falta de capacidad productiva, operativa y financiera para desarrollar su actividad comercial, aunado a que no presentó los soportes contables que diesen fe de las operaciones comerciales celebradas por dicha sociedad.

- Respecto de la agencia de la sociedad Gover ubicada en La Unión – Valle se podría establecer una mayor capacidad comercial y administrativa por parte de la referida sociedad. Es necesario resaltar en este punto que no se observa mayor labor probatoria dentro del proceso adelantado por la DIAN en contra de la hoy demandante encaminada a determinar las condiciones específicas de dicha sede y los soportes contables con que esta pudiese contar.

Primer problema jurídico

¿Las pruebas en que se basó la DIAN para proferir la Liquidación Oficial de Revisión nro. 102412013000075 del 19 de noviembre de 2013 eran suficientes para arribar a la conclusión que las operaciones de compra realizadas por la sociedad actora durante el tercer bimestre del año 2012 con la sociedad Reciclaje Gover S.A.S fueron simuladas, y en consecuencia debían ser rechazadas?

Tesis: La Sala considera que las pruebas en que basó la DIAN su decisión de proferir Liquidación Oficial de Revisión no eran suficientes para arribar a la conclusión que las compras realizadas por la demandante a Reciclaje Gover S.A.S eran simuladas.

La presunción de veracidad de las declaraciones y la carga de la prueba

El artículo 746 del Estatuto Tributario prevé la presunción de veracidad de las declaraciones privadas así: “Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las correcciones a las mismas o en las respuestas o requerimientos administrativos, siempre y cuando que sobre tales hechos, no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija”.

Por su parte, el artículo 742 *ibídem* dispone que: “La determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, (hoy C. G. del P.) en cuanto éstos sean compatibles con aquellos.”

Debe resaltarse que uno de los medios de prueba admisibles en materia tributaria es la prueba indiciaria. Los indicios se pueden definir como la inferencia lógica a través de la cual de un hecho cierto y conocido se llega a conocer otro hecho desconocido.

A su vez, el artículo 743 *ibídem* relacionado con la idoneidad de los medios de prueba consagra: “La idoneidad de los medios de prueba depende, en primer término, de las exigencias que para establecer determinados hechos preceptúen las leyes tributarias o las leyes que regulan el hecho por demostrarse y a falta de unas y otras, de su mayor o menor conexión con el hecho que trata de probarse y del valor de convencimiento que pueda atribuírseles de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

En cuanto a la procedencia de los costos y deducciones en el impuesto sobre la renta, así como de los impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, el artículo 771-2 del Estatuto Tributario señala que se requiere de facturas con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 617, literales b), c), d), e), f) y g), y 618 del Estatuto Tributario.

A pesar de lo expuesto, es claro también que la DIAN tiene amplias facultades de fiscalización en aras de verificar la realidad de las transacciones; y en relación con las potestades atinentes a la constatación de los hechos consignados en las declaraciones, así como de la naturaleza y valor de las pruebas indiciarias a que llegare la misma en virtud de dichas facultades, el Consejo de Estado se ha pronunciado en diferentes sentencias sobre cómo a partir de estas amplias facultades y acudiendo a un conjunto de indicios contundente puede la DIAN lograr desvirtuar la veracidad de una declaración, como la siguiente² en la que sostuvo:

En el mismo sentido, ha señalado que la Administración puede desvirtuar los hechos declarados por el contribuyente, pues tiene la facultad de comprobar la certeza, veracidad o realidad de los hechos, datos y cifras consignados en las declaraciones privadas, debido a sus amplias facultades de fiscalización para asegurar el cumplimiento de las normas sustanciales, conforme lo prevé el artículo 684 del Estatuto Tributario³.

Así, con fundamento en los artículos 746 y 684 del Estatuto Tributario y en razón de la presunción de veracidad de las declaraciones, la Administración tiene la carga de desvirtuar dicha presunción. No obstante, en ejercicio de la facultad de fiscalización que le otorga el ordenamiento jurídico, la carga probatoria se invierte automáticamente a cargo del contribuyente en dos eventos: cuando la DIAN solicita una comprobación especial o cuando la ley exige tal comprobación⁴.

² Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 13 de agosto de 2015. C.P. Dra. Martha Teresa Briseño de Valencia. Rad. 250002327000201200600 01 [20822].

³ Ver la misma sentencia.

⁴ Sentencia de 18 de octubre de 2012, ex. 18329, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

El Título VI del Estatuto Tributario regula el régimen probatorio de las actuaciones tributarias y, concretamente, se refiere a los medios de prueba de los que puede hacer uso tanto la Administración, para desvirtuar la presunción de que trata el artículo 746 citado, como el contribuyente, para respaldar los hechos que declara en el denuncia rentístico⁵.

El artículo 742 del Estatuto Tributario prevé que la determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en hechos que estén demostrados en el expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto sean compatibles con las normas tributarias.

(...)

La Sección Cuarta del Consejo de Estado ha reconocido que un conjunto de indicios contundentes puede ser suficiente para determinar con plena certeza que el contribuyente simuló operaciones, por lo cual se logra desvirtuar la presunción de veracidad de la declaración del impuesto⁶. Por esa razón, sostuvo que ante la contundencia de los indicios “se invierte la carga de la prueba y por tanto correspondía al contribuyente demostrar en aplicación del artículo 177 del C.P.C. que las operaciones con esos proveedores eran reales, lo que no sucedió”, pues la demandante se limitó a “esgrimir las presunciones a su favor y omitió demostrar la existencia real de las operaciones mercantiles cuestionadas, como era su deber”.
(...). (Subrayado Sala de Decisión).

Así mismo, lo ha reiterado en recientes pronunciamientos el Consejo de Estado⁷:

De lo expuesto se tiene, entonces, que la DIAN fundamentó la decisión de desconocer parte de los servicios gravados y, por tanto, del impuesto descontable asociado a esas operaciones, con fundamento en las pruebas recaudadas que, según lo advirtió, no permitían tener la certeza de la existencia de las transacciones que originaron el impuesto descontable.

En esas condiciones, a juicio de la Sala, la presunción de veracidad de la declaración del IVA en discusión, así como los hechos alegados en la respuesta al requerimiento especial, fue desvirtuada y, por tanto, era a la demandante a la correspondía acreditarlos, pero como no aportó ningún medio de prueba

⁵ Sentencia de 1 de marzo de 2012, exp 17568 C.P Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

⁶ Sentencia de 13 de marzo de 2003, exp 12946 C.P María Inés Ortiz Barbosa. En esa oportunidad, al analizar los asientos contables de las operaciones que realizó la demandante con otras sociedades, la Sala precisó que la Administración encontró un conjunto de indicios que llevaban a la conclusión de que las operaciones no fueron reales. Ello, porque el NIT de las sociedades estaba errado, estas no habían renovado la matrícula mercantil, no existían las direcciones suministradas de tales empresas y de los establecimientos comerciales o no estaban ubicadas en esas direcciones y tampoco fue posible localizarlas en otro lugar. Además, porque no habían declarado renta por el año gravable que se discutía y eran omisas en las declaraciones de algunos periodos de IVA por el mismo año gravable.

⁷ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 25 de octubre de 2017 C.P. Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez. Rad. 76001-23-31-000-2011-01859-01(20762).

que demostrara la realidad de las compras controvertidas por la DIAN, el rechazo es procedente.

La Sala ha reconocido que un conjunto de indicios pueden ser suficientes para determinar con certeza que el contribuyente simuló operaciones, por lo que se logra desvirtuar la presunción de veracidad de la declaración en la que se registra el impuesto tomado como descontable⁸. (Subrayado Sala de Decisión).

En lo atinente a las facturas aportadas al proceso con el fin de acreditar la compra o venta de determinado bien, el Consejo de Estado⁹ ha sostenido:

Finalmente, la Sala considera que en el presente proceso no tiene cabida la solicitud de aplicación del artículo 745 del E.T., que establece que las dudas se resuelven a favor del contribuyente, pues no existe ninguna duda de que la actora solicitó a la Administración Tributaria ventas exentas que no existieron y compras inexistentes con derecho a IVA descontable.

Al respecto, se advierte que, pese a que las operaciones pretendieron ser presentadas como reales, con facturas y certificado al proveedor, debe tenerse en cuenta que “no es forzosa para la Administración, en cualquier caso, la aceptación incondicional de la apariencia o formalidad de los actos o contratos de los contribuyentes, cuando quiera (sic) que de otras pruebas surja la verdad real o verdadera”, de lo contrario, resultaría ineficaz la acción fiscalizadora¹⁰.

De igual manera, no deben tenerse como ciertos los hechos consignados en las respuestas a los requerimientos de la Administración de la forma prevista en el artículo 746 del E.T., pues lo afirmado allí fue desvirtuado por la DIAN en ejercicio de sus facultades de fiscalización (Subrayado Sala de Decisión).

De acuerdo a lo expuesto se colige que se presume la veracidad de las declaraciones privadas de impuestos y que corresponde a la administración desvirtuarlas, para lo cual puede a través de prueba directa o incluso de un conjunto de indicios contundentes determinar la realidad de sus transacciones o, por lo contrario, con plena certeza determinar que el contribuyente simuló operaciones.

En este orden de ideas se debe establecer si la DIAN aportó a la investigación un conjunto de indicios contundentes que permitieran establecer que, en ese periodo gravable, se

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 13 de agosto de 2015. CP: Martha Teresa Briceño de Valencia. Exp. 20822.

⁹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 29 de junio de 2017. M.P. Dr. Milton Chávez García. Rad. 17001-23-33-000-2013-00322-01(21332).

¹⁰ Sentencia de 22 de febrero de 2002, exp. 12323, C.P. Germán Ayala Mantilla, reiterada en las sentencias de 12 de diciembre de 2014, exp. 19121, y de 15 de septiembre de 2016, exp. 20555, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

presentaron ventas simuladas, y como consecuencia desvirtuar la presunción de veracidad de la declaración privada del impuesto a las ventas del tercer bimestre del año 2012 presentada por la sociedad demandante.

Para fundamentar el rechazo la DIAN se basó en una serie de pruebas e indicios para proferir el Requerimiento Especial y la Liquidación Oficial de Revisión, de las cuales concluyó que las compras efectuadas por Industria Ecológica de Reciclaje a la sociedad Gover fueron simuladas; dentro de tales indicios, cuyo examen es cuestionado por la demandada en el recurso de apelación, se encuentran los siguientes:

1. Irregularidades en la contabilidad del proveedor Reciclaje Gover S.A.S

Afirmó la DIAN que no hay prueba de la realidad de las transacciones de venta en el tercer bimestre del año 2012, pues en la contabilidad de la sociedad Gover S.A.S solamente existen facturas de venta y no fueron suministrados los libros mayores de contabilidad de esta ni documentos de orden externo que soporten transporte de mercancía comprada y vendida; no hay guías de transporte, ni recibos de caja; así como tampoco se mostró movimiento auxiliar de caja.

Frente a este punto lo más importante de resaltar es que la demandante al momento de contestar el requerimiento especial aportó, como se indicó, certificado suscrito por el contador de Industria Ecológica de Reciclaje, frente al cual la DIAN al momento de proferir la Liquidación Oficial de Revisión simplemente indicó que no podía valorarse como prueba por cuanto el mismo no daba cuenta que la contabilidad de la demandante era llevada de conformidad con la ley (fol. 85 vuelto).

Pese a ello, en relación con estas certificaciones se tiene que el artículo 777 del Estatuto Tributario dispone que: "Cuando se trate de presentar en las oficinas de la Administración pruebas contables, serán suficientes las certificaciones de los contadores o revisores fiscales de conformidad con las normas legales vigentes, sin perjuicio de la facultad que tiene la Administración de hacer las comprobaciones pertinentes."

Lo anterior permite inferir que la autoridad tributaria nunca cuestionó la contabilidad de la empresa Industria Ecológica de Reciclaje, sino que se apoyó en las inconsistencias presentadas en la contabilidad de su proveedora Gover para así inferir que las compras eran simuladas.

De esta manera dejó de lado que la mentada prueba daba cuenta de la existencia de los libros de contabilidad de la demandante registrados en Cámara de Comercio; que las operaciones registradas en los libros de contabilidad estaban respaldadas con comprobantes internos y externos; que se había revisado el libro mayor y balances, el libro caja diario y los inventarios y balances, también registrados en Cámara de Comercio; del monto total de las operaciones de compra y venta realizadas en el tercer bimestre del año 2012, ya que se relacionaron cada una de estas, con sus números de facturas y valores, así como datos del pago; también estaban los nombres de proveedores, y de las empresas a las que se les había vendido el material.

Debe dejarse claro que las facturas enlistadas en ese informe, en relación con las compras, corresponden en sus consecutivos y números a las que físicamente se encuentran dentro del expediente en relación con la sociedad Gover S.A.S (fols. 454 a 468); y así mismo las facturas que dan cuenta de las ventas totales realizadas, también guardan consonancia en los consecutivos a las que físicamente reposan en el cartulario (fols. 517 a 572).

Y es que en sentencia del Consejo de Estado – Sección Cuarta proferida el día 21 de junio de 2018¹¹ en relación con un tema similar al *sub lite*, en donde actuaba como demandante la sociedad Recolectora de Papeles y Metales y CÍA. S. en C, empresa a la que también le cuestionó la DIAN sus operaciones comerciales con Reciclajes Gover S.A.S, el Máximo Tribunal Administrativo concluyó frente a esta prueba lo siguiente:

Sobre la calidad de prueba suficiente del certificado de contador público o revisor fiscal la Sección ha dicho que tal documento debe contener algún grado de detalle en cuanto a los libros, cuentas o asientos correspondientes a los hechos que pretenden demostrarse¹². Así mismo ha sostenido lo siguiente¹³:

“Como ha señalado la Sala en ocasiones anteriores¹⁴, la calidad de “prueba suficiente” que le otorga la norma tributaria no puede limitarse a simples afirmaciones sobre las operaciones de orden interno y externo carentes de respaldo documental. El profesional de las ciencias contables es responsable de la contabilidad o de la revisión y análisis de las operaciones de un ente social y está en capacidad de indicar los soportes, asientos y libros contables donde aparecen registrados las afirmaciones vertidas en sus certificaciones. La fe pública predicable de un

¹¹ Radicado 17001-23-33-000-2014-00110-01(22154)

¹² Sentencia de 27 de enero de 2011, exp 17222

¹³ Entre otras, ver sentencias de 6 de marzo de 2008, exp 15931 y del 8 de noviembre de 2017, exp 20427

¹⁴ Sentencias del 19 de julio de 2007, exp. 15099, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié y del 25 de noviembre de 2004, exp. 14155, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

contador público no se ve restringida o anulada por la exigencia que en materia tributaria deben presentar sus certificaciones, sino por el contrario comprueba en debida forma la veracidad de sus afirmaciones, permitiendo que las autoridades administrativas y jurisdiccionales puedan darle la eficacia, pertinencia y suficiencia que se requiere al momento de evaluar la confiabilidad, razonabilidad y credibilidad de la contabilidad del contribuyente, responsable o agente retenedor”.

En consecuencia, un certificado de contador público o de revisor fiscal que dé certeza de la veracidad de las afirmaciones contenidas en dicho documento constituye prueba contable suficiente de acuerdo con la ley. No obstante, la DIAN puede, si lo estima pertinente, hacer las comprobaciones que considere necesarias.

Es de anotar que el certificado de contador público expedido por la actora discrimina el número y fecha de las facturas, el valor de las transacciones y los comprobantes de egreso con los que registraron los pagos a los proveedores Reciclaje Gover y Recolectora San Martín. En consecuencia, por su grado de detalle da fe de los términos de las operaciones realizadas con estos proveedores, pues, además, la contabilidad de la actora no fue cuestionada por la DIAN¹⁵.

Por tanto, frente al indicio que sugiere que la ausencia de contabilidad del proveedor es indicativa de la simulación de las operaciones entre este y la actora, aparece una prueba que sugiere lo contrario, esto es, que las operaciones fueron reales, en la medida en que fueron registradas por la demandante y su contabilidad merece plena credibilidad, toda vez que reúne los requisitos legales para ser tenida como prueba y no fue cuestionada por la Administración”.

De acuerdo a lo anterior, se resalta que la entidad demandada de forma casi automática y sin desplegar la actividad probatoria pertinente teniendo facultades para ello ya que conoció las operaciones efectuadas por Industria Ecológica de Reciclaje pues esta sociedad las puso de presente en el trámite del proceso administrativo, pasó de señalar unas irregularidades en la contabilidad y desarrollo de la actividad económica de la sociedad Gover, su proveedora, a concluir que las compras realizadas por la sociedad accionante son inexistentes, como si de una consecuencia necesaria e indubitable se tratara.

Aunado a lo anterior, y si en gracia de discusión se admitiera que la sociedad Gover ha realizado operaciones ficticias dadas las irregularidades en el desarrollo de su actividad contable y de funcionamiento, de ello no se infiere necesariamente que específicamente

¹⁵ Folios 388 y 389 c.1 A.

las operaciones celebradas con la aquí demandante también lo sean, por lo que para la Sala se ha efectuado una deducción desfavorable contra la sociedad demandante, con base en las irregularidades que presentaba un distribuidor, lo cual no es admisible.

2. Con respecto a las Instalaciones de Reciclaje Gover S.A.S en Cúcuta

Señaló la DIAN que se verificó en la visita realizada el día 8 de mayo de 2012 a la sociedad Gover en la ciudad de Cúcuta, la cual fue atendida por el señor Rigoberto Marín Castaño (encargado de la bodega), que en esa sede no se encontraba inventario de mercancías cuando su volumen de compra y venta era considerable; que no se exhibía aviso publicitario que identificara esa empresa; que no se vio movimiento de personal; que solo existía una máquina para prensar cartón que no estaba en funcionamiento; y que no existía documentación contable que permitiera confirmar que allí se realizaban operaciones de compra y venta de material reciclable. Sin embargo, sobre este último punto se dejó la salvedad que vía telefónica se habló con la señora Carolina Vergara Ramírez (representante legal), quien informó que toda la contabilidad se encontraba en la sede de La Unión – Valle.

Como se indicó, se encuentran dentro del expediente las facturas de Reciclaje Gover S.A.S expedidas a raíz de compras realizadas por Industria Ecológica de Reciclaje; estas dan cuenta de una sucursal ubicada en La Unión – Valle.

Ahora, sobre estas dos sedes debe indicarse que la sociedad Reciclaje Gover inicialmente constituyó su sede principal en La Unión – Valle, pero cambió la misma a la ciudad de Cúcuta, dejando su agencia en el Municipio de La Unión atendiendo la dinámica del negocio; y de igual manera se determinó que la contabilidad se llevaría en la agencia, atendiendo la cercanía con los clientes (fol. 842).

En relación con la sede del Valle del Cauca, la DIAN el día 17 de diciembre de 2012 realizó visita a las instalaciones de Gover en La Unión, constatando que existían dos bodegas, una donde se encontraba la oficina de contabilidad y administración, y donde se almacena chatarra, papel periódico, cartón y metal; y otra donde se encontraba un lote cubierto que se utilizaba como bodega de reciclaje. Así mismo se solicitaron facturas de compra de papel periódico y archivo de varios proveedores, extractos bancarios y remisiones de entrega de material.

Aunado a lo anterior, el informe del contador enunciado anteriormente, demuestra que dentro de los costos por el periodo mayo – junio de 2012, se encuentran compras efectuadas a la agencia de la sociedad Reciclajes Gover ubicada en La Unión departamento del Valle del Cauca, las cuales constaban en facturas, y se verificaban en las cuentas auxiliares de inventarios.

Lo anterior permite determinar que efectivamente Reciclajes Gover tenía una sede en el Valle del Cauca con infraestructura apropiada para su desarrollo social, que estaba operando, y desde la cual se realizaron las transacciones comerciales con la demandante, es decir, que el hecho indiciario utilizado por la DIAN para la glosa, esto es, el verificarse que en la sede de la ciudad de Cúcuta no habían bodegas ni otras infraestructuras de las cuales se concluye que no opera en esta ciudad, es un hecho indiciario que no se puede aplicar para la inferencia en este proceso, pues de las pruebas arrimadas se verificó que las transacciones de la demandante se hicieron con la factoría con sede en La Unión - Valle, sede sobre la cual se practicó visita y arrojó las evidencias señaladas inicialmente.

Finalmente debe resaltarse en relación con las afirmaciones relativas a que desde Cúcuta solo se despachaba a la sociedad Cartones América S.A, empresa que funciona en el mismo lugar que Industria Ecológica de Reciclaje, operaciones que supuestamente no constan en la información exógena, que ello *per se* no desvirtúa la existencia de la agencia del proveedor en La Unión –Valle, que como se comprobó sí existía, y fue con la que se realizaron operaciones comerciales.

3. Intermediación de Industria Ecológica de Reciclaje para ventas a Productos Familia

Adujo la DIAN que se quiere maquillar las compras ficticias realizadas a Gover S.A.S argumentando Industria Ecológica de Reciclaje su papel de intermediación, ya que Gover no puede venderle a Productos Familia por no contar con la infraestructura y organización, aspecto que constituye una simulación de compras.

Sobre este argumento deberá señalarse que el mismo solo fue planteado en el recurso de apelación, que no sustentó los actos demandados ni la contestación de la demanda, y como se expone en una instancia procesal que no es la pertinente hace imposible su pronunciamiento, so pena de violar el derecho de defensa de la parte actora, razón por la cual la Sala se inhibirá a pronunciarse sobre este tópico.

Epítome de lo expuesto y de conformidad con los artículo 742 a 745 del E.T., debe advertirse que correspondía a la administración desvirtuar la presunción de veracidad de la declaración del impuesto de IVA de la sociedad actora evidenciando que no logró tal cometido en tanto los hechos examinados que tomó la DIAN como indicios para tener probada la simulación de compras no lograron desvirtuar las pruebas que existen en el proceso sobre la realidad de las operaciones de la demandante con Reciclaje Gover.

La DIAN debió desplegar una verdadera actividad probatoria pues conocía datos e información de la vendedora y de la compradora de la mercancía que le hubieran permitido adentrarse en el fondo del asunto en aras de descubrir las verdaderas operaciones comerciales celebradas en el bimestre objeto de estudio entre Reciclaje Gover y la Industria Ecológica de Reciclaje.

Por lo anterior, en cuanto al primer problema jurídico planteado este tribunal considera que las pruebas en que se fundó la DIAN para proferir la Liquidación Oficial de Revisión nro. 102412013000075 del 19 de noviembre de 2013 no resultan ser suficientes para determinar que las compras de la sociedad demandante a la sociedad Gover fueron simuladas, lo cual conlleva a confirmar la sentencia estudiada en lo que respecta a la declaratoria de nulidad de dicha liquidación y al restablecimiento del derecho, que se circunscribió a dejar en firme el denuncia rentístico correspondiente al impuesto sobre las ventas por el tercer bimestre del año 2012 presentado por la demandante.

Por sustracción de materia no se analizará lo relativo a la sanción por inexactitud, ya que se desvirtuó la simulación calificada en el acto materia de enjuiciamiento sobre las operaciones de compra realizadas por la sociedad actora.

Tercer problema jurídico

¿Es procedente la condena en costas contra la DIAN?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que, aunque en principio en los procesos contra la DIAN en que se discuten el pago de impuestos es factible la condena en costas, en el presente caso atendiendo el criterio objetivo valorativo, al no motivarse la decisión relativa a la condena en costas en primera instancia, esta deberá ser revocada.

La entidad apelante se opuso a la condena en costas efectuada en su contra en el fallo al argumentar que se desconoció el artículo 188 del CPACA por cuanto los procesos de

naturaleza tributaria comportan un interés general y público.

La Ley 1437 de 2011 determinó en el artículo 188 lo siguiente:

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.*

Lo primero que deberá aclarar la Sala es que el interés público se desprende de actuaciones que por modo directo conciernen a la colectividad, más no en asuntos en los que indirectamente o de manera ajena aquella pueda verse afectada. De ser así, se llegaría a la conclusión que en los procesos contencioso administrativos en los que estén de por medio intereses eminentemente individuales y sea condenada a una entidad pública, sería de todos modos improcedente la imposición de costas, por cuanto, indirectamente, las arcas del respectivo ente que a la postre se verían afectadas con la condena se sostienen con el erario que el conglomerado social provee día tras día a través del pago de tributos, tornándose así tales asuntos de interés general.

De ahí que, aducir que se ventila un interés público en casos como el presente, no es de recibo para esta corporación, máxime que en el *sub lite* no se está desatando un asunto asociado a una política tributaria sino exclusivamente el análisis de legalidad de un acto administrativo que solo surte efectos frente al contribuyente demandante.

Adentrándose al tema de las costas, debe indicarse que estas 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.

En vigencia del Decreto 01 de 1984, es decir, el anterior Código Contencioso Administrativo, se había establecido lo siguiente en relación con el tema de las costas:

Artículo 171. Condena en costas. *En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a*

*la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos
del Código de Procedimiento Civil.*

Nótese como esta disposición claramente disponía que el juez podría, teniendo en cuenta la conducta de las partes, imponer la condena en costas; pues solamente en la medida en que la actitud procesal asumida por la parte vencida reflejara un abuso de sus derechos, habría lugar a la condena.

Ya en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el artículo 188 dispuso la condena en costas, y de acuerdo a la redacción del artículo la misma ya no se condicionó a la forma en que la parte se desenvolvió dentro del litigio, pues simplemente estableció que la sentencia dispondría lo pertinente, aclarando que la liquidación y ejecución se ceñirían hoy en día a lo establecido en el Código General del Proceso, norma que reguló el asunto en sus artículos 365 y 366.

A raíz de la expedición de la Ley 1437 de 2011 existe divergencia en relación con este tema de las costas, al considerarse por parte de algunos funcionarios judiciales que aún en vigencia del CPACA debe seguirse aplicando un criterio subjetivo para examinar la procedencia o no de las mismas; mientras que por parte de otros lo ajustado al tenor del artículo 188 es que se acuda a un criterio objetivo valorativo.

Para entender mejor entonces uno y otro criterio, y solo a modo de ilustración, se citan providencias del Consejo de Estado alusivas al tema.

Sobre la primera interpretación del artículo, es decir, la aplicación del criterio subjetivo, se trae providencia de la Sección Segunda – Subsección B, Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter del 17 de octubre de 2017, radicación 17001-23-33-000-2013-00308-01(1877-14).

En relación con el criterio objetivo valorativo se referencia fallo de la Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez del 7 de abril de 2016, radicación 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14), que se encuentra ratificada en sentencias del 30 de noviembre de 2017, también con ponencia del Consejero doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso radicado 70001-23-33-000-2013-00052-01(3280-14); y del 25 de enero de 2018, también de la Subsección A de la Sección Segunda, Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas - radicación número: 25000-23-42-000-2013-00330-01(4922-15).

De acuerdo a la redacción del artículo 188 del CPACA, que varió sustancialmente en relación con lo dispuesto en el artículo 171 del CCA, y las jurisprudencias citadas, especialmente en lo analizado por la Subsección A de la Sección Segunda, debe precisarse que esta Sala de Decisión desde la expedición de la Ley 1437 de 2011 ha acogido el criterio objetivo valorativo para efectuar el análisis de la condena en las costas, en el cual como se ha dejado expuesto no entra en juego la conducta procesal asumida por las partes, sino que simplemente se examina cuál fue la parte vencida y además si las costas se causaron dentro del trámite judicial.

En este orden de ideas y al descender al caso particular, debe precisarse que atendiendo el criterio objetivo lo procedente era determinar al momento de aplicar el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 cuál había sido la parte vencida en juicio, y en este caso, de acuerdo a la sentencia de primera instancia, lo fue la entidad accionada.

Debe recordarse y aclararse que la condena en costas bajo este criterio que adopta la Sala no es el resultado del actuar temerario o de mala fe de una parte, sino que es el reflejo de las resultas del proceso, es decir, que una parte fue derrotada en juicio.

Sin embargo, si hay algo que debe precisarse, y es que aunque el criterio para la condena en costas acogido sea el objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas, análisis que sí se echa de menos en la providencia de primera instancia pues en esta simplemente se plasmó que se condenaba en costas a la parte demandada, las cuales se liquidarían de conformidad con el estatuto procesal civil.

Para esta Sala una imposición de costas así le impide a la parte condenada ejercer el derecho de defensa, pues no sabría por qué razón o circunstancia se determinaron, y por ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión, por lo que se revocará en este aspecto la sentencia, más específicamente el ordinal tercero.

Costas en segunda instancia

No hay lugar a imposición en costas en esta instancia en razón a que la sentencia de primera instancia será revocada en relación con las costas.

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: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el día 18 de mayo de 2018 en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **INDUSTRIA ECOLÓGICA DE RECICLAJE S.A.S** contra **LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN**, según lo expuesto en la parte motiva.

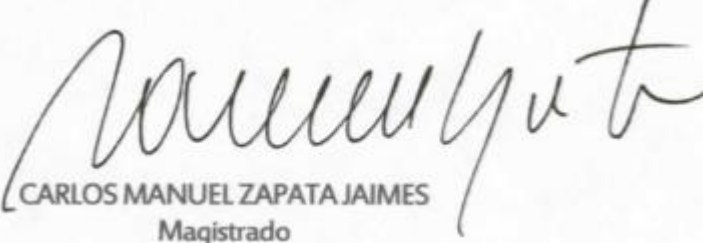
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

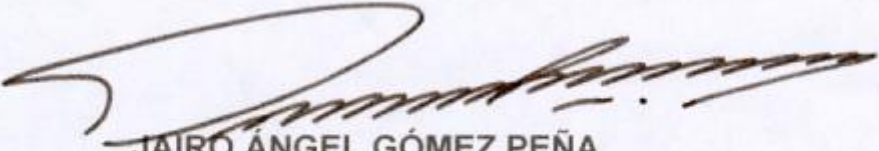
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

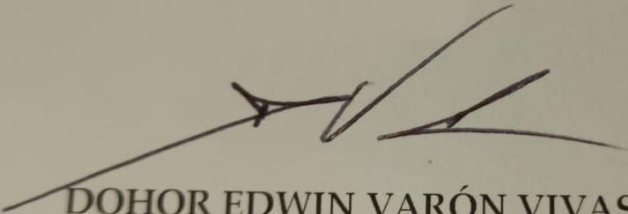
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 23 de julio de 2020, según acta nro. 034 de 2020.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

Salva Parcialmente el voto

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 092 de fecha 28 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintitrés (23)) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17001-33-39-006-2018-00096-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	IRMA CARDONA DE ACEVEDO
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede La Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 12 de junio de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó declarar la nulidad del acto ficto o presunto surgido con ocasión de la petición elevada el 8 de septiembre de 2017 respecto de reliquidar la pensión de jubilación de la actora incluyendo la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados. .

Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el reajuste o reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 31 de diciembre de 2014 fecha en que adquirió el estatus pensional, teniendo en cuenta la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.

Que como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene como restablecimiento del derecho, la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación del demandante, teniendo en cuenta la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.

Que se condene al pago de los intereses moratorios propios del artículo 366 del Código Civil, y la indexación a que haya lugar, así como al reconocimiento y pago de los intereses comerciales generados durante los primeros seis meses contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que revisó la pensión de jubilación.

Que se condene al pago de la indexación a que haya lugar, así como al reconocimiento y pago de los intereses que correspondan, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1437 de 2011.

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

HECHOS

La señora Cardona de Acevedo laboró al servicio docente por más de 20 años, 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.

En la liquidación de la pensión de jubilación no se tuvieron en cuenta las primas de servicios y la bonificación por servicios prestados reconocidas mediante sentencia judicial como factores salariales.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

Afirmó que la normativa en mención es clara en consagrar que los docentes nacionales nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les deben aplicar las normas vigentes anteriores a la entrada en rigor de la misma ley.

Haciendo alusión al derecho a la igualdad, destacó que hay otros docentes a los que sí se les liquidó su pensión con inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus, lo que constituye un trato discriminatorio en el caso de la actora, a quien solo se le reconoció la misma con el salario básico.

Finalmente se refirió a sentencia del Consejo de Estado en la cual se unificó la jurisprudencia, dejando claro que el objetivo de la nueva tesis es garantizar los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, lo que permite incluir en la base de liquidación, todos los factores salariales devengados por el servidor, sin distinción alguna, en lo que claramente está incluido el gremio docente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como fundamentos de defensa, esgrimió que la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios modificaron el concepto de aportes para el personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de incluir como base de cotización para pensiones, además de la asignación básica, las horas extras y el sobresueldo. En aplicación a lo anterior, todas las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan únicamente con la asignación básica, y en caso de que el docente haya devengado sobresueldo y horas extras, y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también le serán incluidos como base de liquidación de su pensión.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Falta de legitimidad por pasiva/ Inexistencia del demandado- falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:** Teniendo en cuenta que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la nación, sin personería, consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que las entidades territoriales reconozcan a su planta docente, por lo tanto el acto administrativo que reconoce o resuelve la petición en relación con la misma, contiene la voluntad de la Secretaría de Educación Territorial, y no de la entidad contra la cual se dirige la demanda.
- **Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:** que conforme a la sentencia de unificación a la actora no le asiste derecho a la reliquidación pensional

solicitada.

- **Prescripción:** propone esta excepción frente a cualquier derecho reclamado en el que haya operado este fenómeno.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 12 de junio de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

El Juez A-quo se planteó como problema jurídico, determinar si a la actora le asiste derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores devengados en el último año de prestación de servicios, especialmente la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.

Con fundamento en la jurisprudencia de unificación indico en el caso concreto que a la actora no le asiste derecho a que su pensión sea reliquidada teniendo en cuenta la bonificación por servicios prestados ni la prima de servicios por no estar consagrados en la Ley 33 de 1985.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte actora presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible a folios 150 a 153 del cuaderno 1.

En el recurso se señaló que conforme a la sentencia de unificación la mesada pensional de la actora debe ser reliquidada con la inclusión de los factores salariales consagrados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en los cuales se encuentra expresamente consagrada la bonificación por servicios prestados.

En este orden de ideas debe revocarse el fallo de primera instancia y ordenar la reliquidación pensional de la señora Cardona de Acevedo con la inclusión de la bonificación por servicios prestados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: se ratificó en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada: guardó silencio.

Ministerio Público: guardó silencio.

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.

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

- ¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora Irma Cardona de Acevedo teniendo en cuenta la bonificación por servicios prestados devengada en el último año de servicios?

LO PROBADO

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

- Conforme a la Resolución n.º. 000696 del 8 de octubre de 2010 la señora Cardona de Acevedo laboró como docente del 20/08/1973 al 25/06/2010 (folio 25, C.1).
- La señora Cardona de Acevedo nació el 31/05/1955, adquiriendo el derecho pensional el 21/05/2010. (ibídem)
- A la señora Cardona de Acevedo se le reconoció una pensión de jubilación a partir del 1/06/2010, teniendo en cuenta además del salario básico, la prima de navidad y la prima de vacaciones mediante la Resolución n.º. 000696 del 8 de octubre de 2010. Siendo notificada el 11 de octubre de 2010 (Fol. 26 Ibídem).

- Conforme al certificado de salarios visible a folio 454, la señora Cardona de Acevedo devengó en el último año de servicios además del salario básico, bonificación mensual, prima de vacaciones, prima de navidad y la prima de servicios.
- La parte apelante allega copia de la Resolución 1705 del 21 de mayo de 2014 donde se ordena el pago a favor de la señora Cardona de Acevedo por concepto de bonificación por servicios prestados, de conformidad con la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas del 6 de febrero de 2014 mediante la cual se reconoce a favor de la actora la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados (fol. 154-155, C.1)

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 n° 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.*

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

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)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución nº 000696 del 8 de octubre de 2010 (fol. 25, C.1), la señora Irma Cardona de Acevedo prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 20/08/1973**, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, 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*

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).

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»

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 servicio. 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 a 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

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”.

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.”.

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»*.

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. (negritas y subraya fuera del texto)*

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).

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 Cardona de Acevedo le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual así como la prima de navidad y la prima de vacaciones.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, pues también fue devengada en el último año anterior a la adquisición del status pensional, conforme a la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas que ordena su reconocimiento.

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.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a que se le tenga en cuenta como factor salarial la prima de servicios, dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes, pero si a que se le tenga en cuenta la bonificación por servicios prestados por estar expresamente consagrada en la ley. .

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada procede sólo respecto de la bonificación por servicios prestados, toda vez que de acuerdo a lo probado dicho factor fue devengado por la actora en el año de adquisición del status pensional.

De otro lado, debe aclarar la Sala que pese a que en la Resolución nº 000696 del 8 de octubre de 2010 tuvo en cuenta además de la asignación básica mensual la prima de navidad y la prima de vacaciones, para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, en tanto la nulidad solicitada sólo recae sobre la no inclusión de la prima de servicios y de la bonificación mensual como factores adicionales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado⁸, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Restablecimiento del derecho

Como hay lugar a que se le adicione al IBL, se ordenará a la **Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, que reliquide la pensión de la actora, incluyendo en el IBL además de los factores ya reconocidos lo recibido por la docente a título de bonificación por servicios prestados. Los mayores valores determinados deberán actualizarse conforme a la siguiente fórmula financiera

$$R = RhX \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

⁸ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es el que corresponde a la prestación social que se reclama, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria del pago) por el índice final (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago)” esto es a partir del 1/06/2010.

Como se trata de mesadas pensionales la actualización se deberá realizar mes a mes.

Prescripción de mesadas

En el presente caso la pensión fue reconocida el 8 de octubre de 2010, presentándose la reclamación de reliquidación el 8 de septiembre de 2017, siendo presentada la demanda el 06/06/2018, es decir que han transcurrido más de tres años entre la expedición de la resolución que concedió la pensión de jubilación y la reclamación, por lo hay lugar a declarar prescripción de mesadas anteriores al 8 de septiembre de 2014.

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 únicamente le asiste derecho a que adicionalmente a los factores reconocidos se tenga en cuenta lo recibido por bonificación por servicios prestados, más no con respecto a la prima de servicios.

En ese sentido, se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, para declarar la nulidad parcial del acto por medio del cual se negó la reliquidación pensional con la inclusión de la bonificación por servicios prestados y en su lugar se ordena la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Cardona de Acevedo incluyendo en el IBL, lo percibido por la docente a título de bonificación por servicios prestados.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto debe condenarse en costas en ambas instancias a la entidad demandada, pues en razón a la negativa del reconocimiento de la reliquidación, la parte debió acudir a abogado y correr con los gastos de sus servicios y del proceso correspondiente.

Las costas mismas se liquidarán por el Juzgado de Primera instancia, conforme lo señala los artículos 365 y subsiguientes del C.G. del P.

Se fijan agencias en derecho a favor de la parte demandante en \$ 300.000.00.

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: REVOCAR la sentencia del 12 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **IRMA CARDONA DE ACEVEDO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**. Lo anterior, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar:

DECLARAR la nulidad parcial del acto ficto o presunto, por medio de la cual la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Irma Cardona de Acevedo con la inclusión de la bonificación por servicios prestados.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, la demandada deberá reliquidar la pensión de jubilación de la actora, incluyendo dentro del IBL, además de los factores tenidos en cuenta, lo percibido en el último año de servicios a título de bonificación por servicios prestados y las mesadas se reconocerán a partir del 8 de septiembre de 2014.

Los mayores valores determinados deberán ser objeto de actualización mes por mes, conforme a la fórmula matemática señalada en la parte motiva.

NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en ambas instancias a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, las cuales se liquidarán por el Juzgado de Primera instancia conforme a los artículos 365 y subsiguientes del C.G. del P.

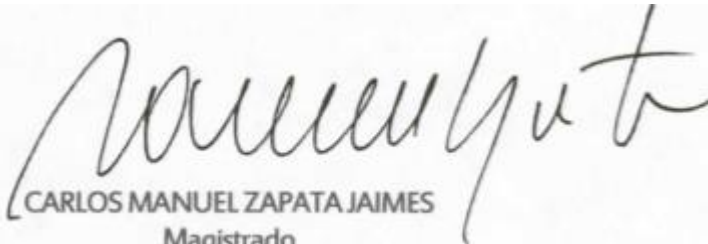
Reconocer agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada por valor de \$300.000.00

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

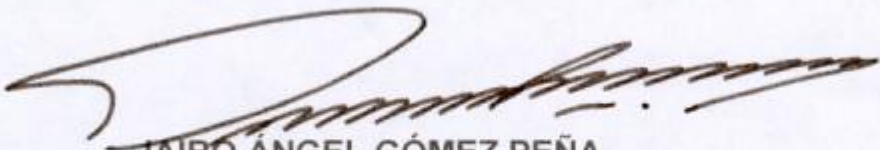
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

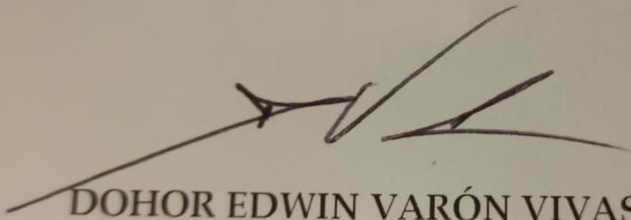
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 23 de julio de 2020, según Acta n°034 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 092 del 28 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17001-23-33-000-2020-00176-00
CLASE	NULIDAD ELECTORAL
ACCIONANTE	GEOVANNY ALBERTO VARGAS
ACCIONADO	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA Y CARLOS DUBER VILLA GONZÁLEZ

Recibida mediante ventanilla virtual la demanda de la referencia el 10 de julio de 2020, siendo allegada efectivamente al Despacho el 13 de julio de 2020, y siendo corregida en los términos ordenados mediante auto del 14 de julio de 2020, se procede a decidir sobre su admisión.

Para efectos de admitir la demanda electoral, es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos formales indicados en los artículos 139 y 162 de la Ley 1437 de 2011¹, los anexos relacionados en el artículo 166 y su presentación en el plazo previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del mismo Código y en el Decreto 806 de 2020.

La demanda presentada se ajusta a las exigencias de los referidos artículos 139 y 162 del CPACA y del artículo 6 del Decreto 806 de 2020, por lo tanto será admitida.

En consecuencia

1. Por reunir los requisitos señalados en la ley, **ADMÍTASE** la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de **NULIDAD ELECTORAL** por el señor **GEOVANNY ALBERTO VARGAS** contra **EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA Y EL SEÑOR CARLOS DUBER VILLA GONZÁLEZ**.

2. Por la Secretaría de la Corporación se cumplirán las siguientes actuaciones:

¹ También CPACA

Notificaciones personales:

1) **AL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA** mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y términos indicados en el numeral 2 del artículo 277 del CPACA, y artículo 8 del Decreto 806 de 2020.

2) Al señor **CARLOS DUBER VILLA GONZÁLEZ** conforme lo dispone el artículo 8 del Decreto 806 de 2020, al correo cvillag@sena.edu.co

3) Al Ministerio Público mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y términos indicados en el numeral 2 del artículo 277 del CPACA, en concordancia con el artículo 8 del Decreto 806 de 2020.

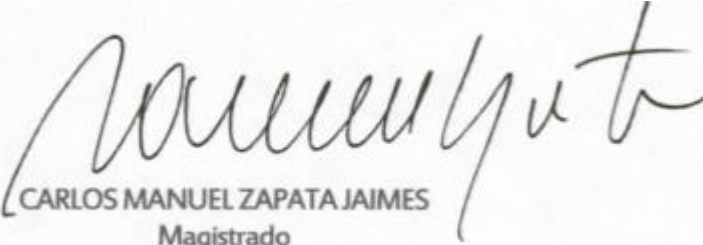
I) Notifíquese por estado electrónico a la parte demandante.

II) Infórmese a la comunidad la existencia del proceso a través del sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el numeral 5 del artículo 277 del CPACA.

3. CÓRRASE traslado de la demanda al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA Y A CARLOS DUBER VILLA GONZÁLEZ** por el término de 15 días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 del CPACA en concordancia con el artículo 8 del Decreto 806 de 2020.

4. Para efectos de que las partes alleguen la contestación de la demanda, nuevos poderes, memoriales y solicitudes se les informa que el correo habilitado para ello es sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. **Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 092 del 28 de julio de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinticuatro (24) de julio dos mil veinte (2020)

Radicación:	17- 001- 2333 - 000 - 2020 - 00182 – 00
Medio de control:	Control Inmediato de Legalidad
Entidad Territorial:	Municipio de Victoria, Departamento de Caldas
Actos Administrativos sometidos a control:	Decreto número 063 de 14 de julio de 2020

I. Asunto a tratar y normativa aplicable

De conformidad con el contenido de los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, y 136 y 185 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede este Despacho a decidir si avoca o no conocimiento del medio de control inmediato de legalidad del decreto número 063 de 14 de Julio de 2020, expedido por el señor Alcalde del Municipio de Victoria, Caldas.

II. Antecedentes

El pasado 17 de marzo de 2020, el Presidente de la República profirió el Decreto 417, “*Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional*”, ello, como consecuencia de la pandemia originada por el COVID-19 (Coronavirus). Posteriormente fueron expedidos otros Decretos Legislativos que han complementado la arquitectura normativa del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Así mismo, el 6 de mayo de 2020 el Presidente de la República profirió el Decreto 637, “*Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional*”, igualmente en consecuencia de la pandemia originada por el COVID-19 (Coronavirus), profiriéndose con posterioridad decretos relacionados con ello.

Dicho Estado de Excepción, constitucionalmente previsto, genera la posibilidad de que las autoridades territoriales (Departamentales, municipales y distritales) expidan actos administrativos de carácter general, con el propósito de desarrollar los decretos legislativos expedidos durante el lapso de vigencia del mismo, normas que, según establece el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y el 136 del CPACA, tendrán un control

inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, en este caso, por el Tribunal Administrativo de Caldas

Con fundamento en lo anterior, verifica el Despacho que la *Oficina Judicial - Seccional Manizales*, mediante Acta Individual de Reparto de fecha 17 de julio de 2020, bajo la radicación 17- 001- 2333 - 000 - 2020 - 00182 - 00, le asignó por reparto, en el Grupo de medio de control de *Control de Legalidad de Actos Administrativos*, el Decreto número 063 de 14 de julio de 2020 *“Por medio del cual se prorrogan las medidas de contención y acciones sanitarias por el virus COVID 19 en el municipio de Victoria, Caldas, con ocasión al Decreto nacional 990 de 9 de julio de 2020”*, proferido por el alcalde municipal del Victoria, Caldas.

Procede entonces, que el Despacho pase a estudiar si, en verdad, dicho decreto ha de tener el control automático de legalidad consagrado en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA, estudio al cual pasa el Despacho, por corresponder a medidas o actos administrativos de carácter general dictados en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción.

II. Consideraciones

Es competente el Tribunal Administrativo de Caldas, en única instancia, para asumir el conocimiento del presente asunto, en virtud de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y los artículos 136 y 151, numeral 14, del CPACA.

El artículo 20 de la Ley 137 de 1994, *“Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia”*, establece, con relación al control de legalidad respecto de las medidas adoptadas en desarrollo de los estados de excepción, lo siguiente:

“Artículo 20. Control de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición.

El artículo 136 del CPACA, literalmente, establece:

Artículo 136. Control inmediato de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso

Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento. (Subrayas fuera de texto)

En comienzo, es del caso rememorar que el artículo 215 de la Constitución Política autoriza al Presidente de la República a declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días que, sumados, no podrán exceder de 90 días en el año calendario, cuando quiera que se presenten circunstancias distintas a las previstas en los artículos 212 (guerra exterior) y 213 (conmoción interior), que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social, ecológico del país, o constituyan grave calamidad pública.

En presencia del ya mencionado acervo normativo, la labor que a continuación debe asumir el Despacho, se contrae a determinar la respuesta a dos preguntas esenciales (i) ¿el acto administrativo materia de examen es de carácter general, proferido en ejercicio de la función administrativa?, y (ii) ¿el acto administrativo a estudiar ha sido expedido, en efecto, como desarrollo de los decretos legislativos dictados en el curso del actual estado de excepción?.

Primer interrogante: ¿el acto administrativo materia de examen es de carácter general, proferido en ejercicio de la función administrativa?

Para el Despacho resulta imprescindible revisar cuidadosamente medio de control de ***Control de Legalidad de Actos Administrativos***, el Decreto número 063 de 14 de julio de 2020 “*Por medio del cual se prorrogan las medidas de contención y acciones sanitarias por el virus COVID 19 en el municipio de Victoria, Caldas, con ocasión al Decreto nacional 990 de 9 de julio de 2020*”, y al examinar cada uno de sus artículos, el Despacho corrobora la estirpe general, impersonal y abstracta de cada uno de ellos y el ejercicio que el señor Alcalde del municipio de Victoria hace de la función administrativa que le es propia, en virtud de las funciones, facultades y atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias, todo ello, en el ámbito de lo consagrado en el título VII, capítulo V, artículos 209 a 211 de la Constitución Política.

Por ello, el Despacho considera acreditado el primer requisito que se debe acreditar para que sea procedente el control del decreto bajo examen.

Segundo interrogante: ¿el decreto materia de examen ha sido expedido, en efecto, como desarrollo de los decretos legislativos dictados en el curso del actual estado de excepción?

Al analizar el contenido del Decreto 063 de 14 de julio de 2020 proferido por el Alcalde municipal de Victoria, Caldas, advierte el Despacho que el objetivo de éste es prorrogar las medidas de aislamiento preventivo obligatorio de los habitantes del municipio de Victoria, Caldas.

El Decreto 063 de 14 de julio de 2020 se profiere en virtud de las facultades legales y constitucionales contenidas en especial los artículos 315 Constitucional, artículo 91 de la ley 136 de 1994 modificada por el artículo 19 de la ley 1551 de 2012, parágrafo del artículo 83 y artículos 202, 204 y 205 de la ley 1801 de 2016, y el artículo 2 de decreto nacional 990 de 2020.

En su parte considerativa cita las resoluciones 844 y 285 del Ministerio de la Protección Social; así como los decretos municipales número 049, 052, y 054 proferidos el 30 de mayo, el 12 y el 27 de junio respectivamente; y finalmente, cita el decreto nacional 990 de 9 de julio de 2020.

En la parte resolutive del Decreto en cita, se decreta la prórroga de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio de los habitantes del municipio de Victoria hasta el día 1 de agosto de 2020, en las condiciones establecidas en los Decretos municipales 049 de 30 de mayo y 052 de 12 de junio del mismo año; así como establece horarios de atención al público en los establecimientos de comercio, los servicios religiosos, locales gastronómicos, farmacias y las actividades comerciales autorizadas; impone como obligatorio el uso de tapabocas, el lavado regular de manos y el distanciamiento social. Permite el desarrollo de actividades físicas de la manera allí regulada, prohíbe el consumo de bebidas embriagantes y prorroga la suspensión de términos administrativos y sancionatorios en la Alcaldía municipal.

Así pues, al realizar un estudio minucioso del Decreto 063 de 14 de julio de 2020, se evidencia que las medidas de orden público en él contenidas se desarrollan citando el decreto 990 de 9 de julio de 2020; pero al revisar tal Decreto, se advierte respecto de éste las siguientes situaciones: (i) El Decreto 990 de 9 de julio de 2020, fue proferido en ejercicio de las facultades constitucionales y legales asignadas al Presidente de la República, conferidas en el numeral 4 del artículo 189, artículos 303 y 315, de la Constitución Política de Colombia, y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016, (ii) el Decreto 990 de 9 de julio de 2020, ordena el aislamiento preventivo obligatorio de todos los habitantes de la República de Colombia a partir del día 16 de julio hasta el 1 de agosto de 2020, y regula detalladamente dichas medidas de aislamiento, (iii) el Decreto 990 fue proferido el 9 de julio de 2020, es decir, que se expidió cuando ya había terminado el Estado de Excepción declarado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 637 de 6 de

mayo de 2020, el cual, de conformidad con el artículo 215 Constitucional, se declaró por un periodo hasta de 30 días, prorrogables sin exceder los 90 días del año calendario, (iv) el Decreto 990 de 9 de julio de 2020, no constituye un Decreto Legislativo; lo anterior, teniendo en cuenta que uno de los requisitos formales de los Decretos Legislativos es que lleven la firma del Presidente y todos los Ministros, tal como se establece en la sentencia C - 715 de 2015¹ de la Corte Constitucional, así como en auto proferido por la el Consejo de Estado² el 22 de abril de 2020.

Así pues, se concluye que:

1. El Decreto 990 de 9 de julio de 2020, no desarrolla ninguno de los Decretos Legislativos proferidos durante la vigencia del Estado de Excepción, ni del primero declarado el 17 de marzo ni del segundo declarado mediante Decreto 637 de 6 de mayo, ambos de 2020.
2. El Decreto 990 de 6 de julio de 2020 no fue proferido dentro del Estado de Emergencia declarado. En este caso se presenta una confusión entre el Estado de Excepción, denominado Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica (Decretos 417 de marzo de 2020 y 637 de mayo 6 de 2020), y el Estado de Emergencia Sanitaria que aún persiste, el cual se ocasionó con la declaratoria de Pandemia por parte de la OMS originada en el Covid 19. Ahora bien, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, en concordancia con el artículo 136 del CPACA, el control inmediato de legalidad procede frente a los actos de carácter general, dictados en ejercicio de la función administrativa, y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción.

De lo expuesto se concluye que, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, en concordancia con el artículo 136 del CPACA, el control inmediato de legalidad procede frente a los actos de carácter general, dictados en ejercicio de la función administrativa, y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción; por lo que concluye el Despacho que, el decreto 063 de 14 de julio de 2020, expedido por el Alcalde municipal de Victoria, Caldas, no es pasible del control inmediato de legalidad, por lo que no se avocará conocimiento de éste, tal como se señalará en la parte resolutive de esta providencia. Decisión que, al no tener efectos de cosa juzgada, no impide que en el futuro estos mismos actos puedan ser atacados a través de los medios de control ordinarios establecidos en el CPACA o del control de constitucionalidad y legalidad que, conforme al artículo 305, numeral 10 de la Constitución

¹ Sentencia Corte Constitucional C - 751 de 10 de diciembre de 2015. C.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. RE - 221

² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Diecinueve Especial de Decisión, Providencia del 22 de abril de 2020. Rad11001-03-15-000-2020-01213-00(CA).

Política, está atribuido a los gobernadores de departamento. Por esta razón, el Despacho dispone que por Secretaría de esta Corporación se haga llegar al Despacho del señor Gobernador y a la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas, vía correo electrónico, el texto del Decreto 063 del 14 de julio de 2020, proferido por el señor alcalde de Victoria, Caldas, para los efectos que estimen conveniente según su competencia, todo, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

Resuelve

Primero: No avocar el conocimiento del trámite del correspondiente medio de control inmediato de legalidad respecto del Decreto número 063 de 14 de julio de 2020 *“Por medio del cual se prorrogan las medidas de contención y acciones sanitarias por el virus COVID 19 en el municipio de Victoria, Caldas, con ocasión al Decreto nacional 990 de 9 de julio de 2020”*, proferido por el alcalde municipal del Victoria, Caldas.

Segundo: Por Secretaría de esta Corporación, hágase llegar al Despacho del señor Gobernador y a la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas, vía correo electrónico, el texto del Decreto 063 del 14 de julio de 2020, proferido por el señor alcalde de Victoria, Caldas, para los efectos que estimen indicado, según su competencia.

Tercero: Por la Secretaría de esta Corporación, notifíquese al alcalde del municipio de Victoria, Caldas, al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales que repose en los archivos de la Secretaría de este Tribunal, adjuntando copia de esta providencia.

Cuarto: Por la Secretaría de esta Corporación, notifíquese al señor Procurador Judicial ante el Tribunal Administrativo de Caldas, al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales que repose en los archivos de la Secretaría, adjuntando copia de esta providencia.

Cuarto: Por la Secretaria de esta Corporación, comuníquese la presente decisión a través de la página web de la Rama Judicial – Tribunal Administrativo de Caldas.

Quinto: Una vez ejecutoriada esta providencia, archívense las diligencias, previas las anotaciones correspondientes en el programa Justicia Siglo XXI, en el momento que sea posible.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink on a light gray background. The signature is stylized, starting with a large, sweeping loop on the left, followed by several smaller, more intricate loops and strokes that form the rest of the name.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020).

RADICADO	17-001-23-33-000-2020-00173-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE	JULIO CÉSAR ANTONIO RODAS MONSALVE
DEMANDADO	ELECCIÓN DEL SEÑOR FAUSTO TÉLLEZ MARÍN COMO PERSONERO DEL MUNICIPIO DE LA DORADA – CALDAS PERIODO 2020-2024

Ingresa el proceso de la referencia a despacho para pronunciarse sobre su admisión, tras haber sido allegado el libelo petitorio dentro del término legal otorgado por el despacho, según constancia secretarial que en el expediente electrónico se identifica con el número 27.

Al revisar la demanda se evidencia que la parte actora pretende la nulidad del acto administrativo por medio del cual el Concejo del Municipio de La Dorada - Caldas eligió al Señor Fausto Téllez Marín como Personero para el período 2020 a 2024; acto que asegura está contenido en el acta de sesión plenaria del 3 de febrero de 2020 y que se protocolizó mediante Resolución 020 de febrero 10 de este año.

Es pertinente señalar que en estos eventos el acto de nombramiento es la decisión que se toma al interior del Concejo Municipal, y de la cual se deja constancia en el acta de la sesión correspondiente; es decir, el acta de la sesión es la prueba sobre la decisión que se toma de nombrar a alguien. Por ello, ni el acta de la sesión, ni mucho menos la resolución que se expidió para exteriorizar la decisión son los actos propios a demandar, aunque sirven de prueba, se reitera, no son el acto propio a demandar.

Revisados los anexos de la demanda, únicamente se allegó la Resolución nro. 020 del 10 de febrero de 2020, no así el acta de la sesión plenaria ordinaria realizada el 3 de febrero de este año, que fue en la que se realizó el nombramiento del señor Fausto Téllez Marín, según lo afirmado en la demanda y en los considerandos de la mentada resolución.

Se hace entonces necesario que la demanda se dirija contra el acto propio a demandar y además se allegue la prueba de esa decisión, esto es, el acta correspondiente.

Por otro parte, el artículo 162 y 166 del CPACA establecieron lo relativo a las pruebas que el demandante pretende hacer valer en el proceso. Al revisar el acápite de la demanda que se denominó “pruebas que se aportan” y los documentos que fueron anexados a la misma, se encuentra que no hay correspondencia entre varios de los anunciados y los aportados. Por lo anterior, deberá aclarar este capítulo del líbello petitorio y referenciar con claridad las pruebas que se aportan.

También se evidencia que al momento de relacionar a los demandados se hizo alusión no solo al señor Fausto Téllez Marín, como Personero elegido, sino también al Municipio de La Dorada – Caldas. Pese a ello, la corporación que realiza la elección del Personero es el Concejo Municipal, y en tal sentido deberá aclarar también quién, además del señor Téllez Marín, es el otro demandado, en atención a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 277 del CPACA.

Finalmente, se verifica que no se allegó constancia del envío por correo electrónico o correo físico a las partes demandadas, al Procurador Judicial Administrativo y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado de la copia de la demanda y sus anexos, ni de la subsanación que presentó, tal como lo estipula el artículo 6° del Decreto 806 de 2020; de lo cual además la Secretaría dejó constancia según documento que en el expediente se identifica con el número 22.

Por ello, deberá la parte demandante acreditar el cumplimiento de esta exigencia, no solo frente a la demanda y sus anexos, sino también frente al escrito y anexos que correspondan a su corrección.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo en el artículo 276 del CPACA, se otorga a la parte actora un término de 3 días, so pena de rechazo, para que corrija la demanda en los aspectos antes señalados.

Se hace saber que el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co; y que toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica por Estado Electrónico No. 092 de fecha 28 de julio de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado	17-001-33-33-004-2014-00139-02
Medio De Control	Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Demandante	Industria Ecológica De Reciclaje S.A.S
Demandado	Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales - Dian

Respetuosamente salvo el voto parcialmente en cuanto se revolvió *revocar* el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, referente a la condena en costas.

Lo anterior por cuanto: i) el hecho que el juez no haya expuesto las razones de la condena en costas no es razón suficiente para revocarla; ii) este aspecto no fue expuesto en el recurso de apelación; iii) existe una etapa posterior precisamente para controvertir y fijar el monto de las costas; y en ultimas, iv) se terminó sancionando a la parte vencedora del proceso al impedirle recuperar los gastos en que incurrió en el proceso, ello por la carencia argumentativa del Funcionario que profirió la sentencia de primera instancia.

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso, llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso¹, y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias en derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora, en atención a los criterios sentados en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 366 del Código General del Proceso, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado, los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 ordinal 8.º de la ley 1123 de 2007.

El Consejo de Estado a través de la sentencia de 7 de abril de 2016² dentro del proceso radicado bajo el número 15001-23-33-000-2012-00162-01, número interno 4492 de 2013, acogió el criterio objetivo valorativo para la imposición de costas

¹ Artículo 171 No. 4 en concordancia con el artículo 178 *ibídem*.

² Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez.

(incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*»–CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que un asunto es la condena en costas y otra su liquidación; la primera es objetiva, por cuanto el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público, imponiéndola a la parte vencida, sin que debe verificarse mala fe o temeridad. La segunda es valorativa pues para su fijación deben tenerse en cuenta revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación: el pago de gastos ordinarios del proceso y la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

Adicionalmente, existe una etapa procesal propia para discutir la liquidación de las costas y agencias en derecho, de conformidad con el artículo 366 del CGP que

señala: *“Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»*

Por lo tanto, en mi concepto, debía mantenerse la condena en costas señalada en la primera instancia y permitir a las partes que controvertieran su liquidación en la etapa procesal pertinente.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17001-23-33-000-2017-00875-00
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	JAVIER ELÍAS ARIAS IDARRAGA
ACCIONADO	MUNICIPIO DE LA MERCED – CALDAS, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS – CORPOCALDAS
VINCULADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS

Estando el proceso a Despacho para fijar fecha para< audiencia de pacto de cumplimiento, se encuentra que en virtud del Decreto 806 de 2020 antes de fijar fecha y hora para la realización de la audiencia se hace necesario que las partes informen a este Despacho cuentan con computador con cámara y micrófono, si tienen acceso a internet y cuenta con un correo en donde pueda ser enviado el link mediante el cual deben conectarse a la diligencia que se llevara a cabo de manera virtual.

Por lo anterior en el término de tres (3) días contados a partir del día siguiente de la notificación del presente auto mediante estado electrónico deberá la parte actora **JAVIER ELÍAS ARIAS IDARRAGA** y las entidades accionadas y vinculadas **MUNICIPIO DE LA MERCED – CALDAS, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS – CORPOCALDAS, DEPARTAMENTO DE CALDAS** allegar la información requerida.

Finalmente las partes deberán informar si cuentan con los medios audiovisuales necesarios para llevar a cabo la audiencia de pruebas de manera virtual. En caso de que no cuenten con los medios tecnológicos se les solicita se informe de manera clara esta situación y presenten propuestas de cómo llevar a cabo la audiencia virtual, ello en aras de garantizar la continuidad del proceso.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que la información requerida deberá ser allegada únicamente al correo sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 092 de fecha 28 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17001-23-33-000-2019-00466-00
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS
ACCIONADO	MUNICIPIO DE CHINCHINÁ – CALDAS, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS
VINCULADO	EFIGAS S.A. E.S.P Y EMPOCALDAS S.A E.S.P

Estando el proceso a Despacho para fijar fecha para< audiencia de pacto de cumplimiento, se encuentra que en virtud del Decreto 806 de 2020 antes de fijar fecha y hora para la realización de la audiencia se hace necesario que las partes informen a este Despacho cuentan con computador con cámara y micrófono, si tienen acceso a internet y cuenta con un correo en donde pueda ser enviado el link mediante el cual deben conectarse a la diligencia que se llevara a cabo de manera virtual.

Por lo anterior en el término de tres (3) días contados a partir del día siguiente de la notificación del presente auto mediante estado electrónico deberá la parte actora **ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS** y las entidades accionadas y vinculadas **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ – CALDAS, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS – CORPOCALDAS, EFIGAS S.A. E.S.P Y EMPOCALDAS S.A E.S.P** allegar la información requerida.

Finalmente las partes deberán informar si cuentan con los medios audiovisuales necesarios para llevar a cabo la audiencia de pruebas de manera virtual. En caso de que no cuenten con los medios tecnológicos se les solicita se informe de manera clara esta situación y presenten propuestas de cómo llevar a cabo la audiencia virtual, ello en aras de garantizar la continuidad del proceso.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que la información requerida deberá ser allegada únicamente al correo sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 092 de fecha 28 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 179

Asunto:	Resuelve excepciones
Medio de control:	Nulidad Electoral
Radicación:	17001-23-33-000-2020-00020-00
Demandante:	Alexander Vargas Castaño
Demandado:	Jhon Jairo Cardona Pérez

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el inciso final del artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, *“Por el cual se adoptan 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, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso – CGP¹ por remisión expresa de la norma antes mencionada, procede este Despacho² a resolver las excepciones propuestas dentro del proceso de nulidad electoral promovido por el señor Alexander Vargas Castaño contra el señor Jhon Jairo Cardona Pérez.

ANTECEDENTES

El 18 de diciembre de 2019, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral de que trata el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA³, el señor Alexander Vargas Castaño instauró demanda contra la elección de los señores Luz Marina López Cardona y Jhon Jairo Cardona Pérez como concejales del Municipio de Chinchiná.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto al Despacho del

¹ En adelante, CGP.

² Teniendo en cuenta que se trata de un asunto de única instancia conforme al numeral 9 del artículo 151 del CPACA, ya que el número de habitantes del Municipio de Chinchiná no supera los 70.000, tal como se reporta en el DANE (<http://geoportal.dane.gov.co/geovisores/sociedad/cnpv-2018/?lt=5.0015931665478455&lg=-75.66366577148435&z=12>).

³ En adelante, CPACA.

Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña con el radicado número 17001-23-33-000-2019-00604-00.

Mediante auto del 19 de diciembre de 2019 (fls. 6 y 7, C.1), el citado Magistrado inadmitió la demanda y dentro de las órdenes de corrección dispuso que la parte actora debía presentar la demanda de manera separada respecto de cada uno de los accionados, atendiendo la imposibilidad de acumular procesos que no se refirieran a un mismo demandado.

El 16 de enero de 2020 (fls. 8 a 10, C.1), el señor Alexander Vargas Castaño presentó memorial de subsanación, con el cual aportó demanda separada (fls. 11 a 33, ibídem) contra la elección del señor Jhon Jairo Cardona Pérez como concejal del Municipio de Chinchiná para el período comprendido entre 2020 – 2023. Lo anterior, con fundamento en la causal de nulidad contenida en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA, por supuesta doble militancia.

Con auto del 22 de enero de 2020 (fls. 2 a 5, C.1), el Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña en Sala de Decisión ordenó desagregar el escrito de demanda corregido correspondiente al señor Jhon Jairo Cardona Pérez, para que la Oficina Judicial realizara el reparto correspondiente.

Repartida nuevamente la demanda, su conocimiento correspondió al Despacho del suscrito Magistrado, al cual fue allegada el 24 de enero de 2020 (fl. 36, C.1).

Con auto del 24 de enero de 2020 (fl. 37, C.1), este Despacho requirió a la Secretaría de esta Corporación para que allegara con destino a este expediente, documentación contenida en el proceso radicado con el número 17001-23-33-000-2019-00604-00, necesaria para dar trámite al presente asunto.

Por auto del 28 de enero de 2020 (fls. 164 y 165, C.1), el suscrito Magistrado inadmitió la demanda; y una vez ésta fue corregida, se admitió con auto del 7 de febrero de 2020 (fls. 204 a 208, ibídem).

Surtido el trámite procesal correspondiente, la parte demandada y la Registraduría Nacional del Estado Civil, quien fue vinculada al proceso, contestaron la demanda de manera oportuna, mientras que el Consejo Nacional Electoral guardó silencio, según se evidencia en la constancia secretarial obrante a folio 251 del cuaderno 1A.

Con la contestación de la demanda, tanto la parte accionada como la Registraduría Nacional del Estado Civil propusieron excepciones (fls. 247 a 249 y 225 vuelto y 226, respectivamente, C.1A).

El 12 de marzo de 2020, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (fl. 251, C.1A), lo cual se hizo a través de auto de la misma fecha (fl. 252, ibídem).

La citada diligencia no pudo realizarse atendiendo la suspensión de términos entre el 16 de marzo de 2020 y el 30 de junio de la misma anualidad, con ocasión del *Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica* declarado por el Gobierno Nacional.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a través del cual se adoptaron medidas para agilizar los procesos judiciales, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.

Según se indicó en el acápite de antecedentes, en el presente asunto la parte demandada y la Registraduría Nacional del Estado Civil formularon excepciones a la demanda.

En efecto, el señor Jhon Jairo Cardona Pérez propuso como excepciones, las siguientes: *“Inexistencia de la Acusación”*, teniendo en cuenta que no hay pruebas que soporten las manifestaciones injuriosas del demandante; e *“Indebida Motivación de la Demanda”* (fls. 247 a 249, C.1A).

Por su parte, la Registraduría Nacional del Estado Civil invocó como medio exceptivo el que denominó *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*, aduciendo que no tiene competencia para investigar las posibles inhabilidades ni tampoco para asumir las investigaciones por doble militancia de los candidatos que fueron inscritos en la elección de autoridades locales, en tanto tales situaciones les corresponden a otras entidades. Acotó que a la Registraduría sólo le asiste la obligación legal de inscribir a los candidatos de elección popular, según lo prevé el artículo 33 de la Ley 1475 de 2011 (fls. 225 vuelto y 226, C.1A).

Considera el Despacho que los medios exceptivos invocados por el demandado corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia, pues no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistados en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del CGP.

Situación contraria se predica respecto de la excepción formulada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, pues aquella es de naturaleza mixta y figura no sólo en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA sino en el inciso tercero del artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, como parte de los medios exceptivos que deben ser resueltos en esta oportunidad procesal.

Así pues, para resolver la excepción mencionada, debe precisar inicialmente el Despacho que la vinculación de la Registraduría Nacional del Estado Civil en este tipo de procesos no se hace en calidad de demandada sino que tiene lugar en virtud del cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 277 del CPACA, que expresamente ordena la notificación de la demanda a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción.

Así tuvo oportunidad de precisarlo el Consejo de Estado en auto del 6 de noviembre de 2014⁴.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera Ponente: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Auto del 6 de noviembre de 2014. Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00065-00. En aquella providencia, el Consejo de Estado indicó:

“(…) ha de precisarse que la intervención en el proceso de la Registraduría Nacional del Estado Civil con fundamento en el numeral 2º del artículo 277 del C.P.A.C.A., no se hace en calidad de demandado, dada la especial naturaleza del proceso electoral, en la cual la posición de tal la asume sólo el elegido o nombrado.

El Consejo de Estado ha analizado en varias providencias si la Registraduría Nacional del Estado Civil, en calidad de autoridad que interviene en la adopción de actos electorales, debe ser vinculada o no en los procesos originados en el ejercicio del medio de control de nulidad electoral, de conformidad con el artículo 277 del CPACA.

En el análisis que dicha Alta Corporación ha efectuado sobre la materia, ha distinguido la naturaleza del vicio por el cual se acusa la legalidad del acto electoral, en aras de determinar si la causal de nulidad tiene conexidad con la labor de la Registraduría Nacional del Estado Civil y, así, establecer si su intervención en la adopción de los actos electorales es o no relevante en el proceso.

En ese sentido, y con base en el auto del 6 de noviembre de 2014 antes citado, el Consejo de Estado ha entendido que si la causal de nulidad alegada en la demanda es de aquellas subjetivas, debe declararse probada la excepción de falta de legitimación de la Registraduría.

Contrario sensu, ha estimado que cuando la nulidad de los actos electorales se solicita con fundamento en causales objetivas, así como en otras irregularidades acontecidas durante el escrutinio e imputables a las autoridades electorales, la vinculación procesal de la Registraduría Nacional del Estado Civil se hace necesaria en calidad de autoridad que intervino en la expedición del acto. Así lo señaló la Sección Quinta en autos dictados en

Tampoco puede identificarse en stricto sensu como un litisconsorte por cuanto el análisis de los cargos de nulidad endilgados y la consecuencia que se derive en caso de que prosperen, no necesariamente comprometen la actuación de la mencionada autoridad y la solución al litigio no es uniforme para quien en él intervienen. De igual forma, no se puede considerar como tercero en los términos del artículo 228 del C.P.A.C.A. en la posición de impugnador o coadyuvante por cuanto su enfoque no apoya al demandante o al demandado y sus actuaciones no se reducen a respaldar tales posiciones⁴; ni apelando a las otras formas tradicionales de intervención consagradas en el Código de Procedimiento Civil y hoy en día en el Código General del Proceso. (...).

Como se observa, la vinculación de la Registraduría Nacional y su consecuente ubicación procesal en los juicios electorales, es ESPECIAL, si se considera y se comprueba desde cierta perspectiva, que pudo haber intervenido en la adopción del acto administrativo de elección demandado, situación que la coloca en el predicamento de defender su actuación, más no la elección propiamente dicha, creándole un posible interés en el resultado del proceso. Sin embargo, de aparecer claramente que no intervino en la adopción del acto incoado, su intervención en el proceso resulta inocua. (...)"

audiencia inicial del 24 de octubre de 2018⁵, del 13 de febrero de 2019⁶ y del 2 de abril de 2019⁷.

Descendiendo al caso concreto, se observa que la demanda se funda en una causal subjetiva de anulación, por cuanto recae sobre las condiciones de elegibilidad del candidato y no en un vicio en el transcurso del proceso electoral que afectara el resultado de la votación.

En ese orden de ideas, este Despacho estima que la Registraduría no intervino en la expedición del acto enjuiciado y, por ende, no hay mérito para mantener su vinculación en el presente proceso, razón por la cual se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva invocada.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRASE la decisión de las excepciones propuestas por el señor Jhon Jairo Cardona Pérez y que denominó *“Inexistencia de la Acusación”* e *“Indebida Motivación de la Demanda”*, al momento de proferir sentencia en el presente asunto.

Segundo. DECLÁRASE probada la excepción propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil y que denominó *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*.

En consecuencia,

Tercero. DESVINCÚLASE del presente proceso a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Dr. Alberto Yepes Barreiro. Auto del 24 de octubre de 2018. Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00035-00 (acumulado).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera Ponente: Dra. Rocío Araújo Oñate. Auto del 13 de febrero de 2019. Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00038-00.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Dr. Alberto Yepes Barreiro. Auto del 2 de abril de 2019. Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00106-00 (ACUMULADO 11001-03-28-000-2018-00116-00).

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **REGRESE** inmediatamente el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia para resolver lo pertinente.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 92

FECHA: 28 de julio de 2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 116

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Acción:	Reparación Directa
Radicación:	17001-33-33-756-2015-00099-02
Demandantes:	Víctor Alfonso Morales Ortiz y otros
Demandada:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 039 del 24 de julio de 2020

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de reparación directa promovido por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz y otros contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

LA DEMANDA

En ejercicio del medio de control interpuesto el 23 de abril de 2015 (fls. 4 a 34, C.1) se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, administrativamente responsable por los perjuicios causados

¹ En adelante, CPACA.

a la parte demandante con ocasión de las lesiones sufridas por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz, en hechos ocurridos el 23 de marzo de 2013, cuando prestaba su servicio militar obligatorio.

2.
- Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad demandada al pago de los siguientes perjuicios, a favor de cada uno de los demandantes y en la siguiente proporción:

DEMANDANTE	CALIDAD EN QUE CONCURRE	PERJUICIOS MORALES (s.m.l.m.v.)	PERJUICIOS MATERIALES	DAÑO A LA SALUD Y/O DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN (s.m.l.m.v.)
Víctor Alfonso Morales Ortiz	Víctima	100	\$20'000.000	300
Víctor Morales Mañunga	Padre	100	-	-
Elvira Ortiz Rivera	Madre	100	-	-
Leyda Rivera Aranda	Compañera permanente	100	-	-
Stefany Morales Rivera	Hija	100	-	-
Carmenza Morales Ortiz	Hermana	100	-	-
Yerson Morales Ortiz	Hermano	100	-	-
Claudia Lorena Morales Ortiz	Hermana	100	-	-
Deysi Morales Ortiz	Hermana	100	-	-

3.
- Que se ordene a la entidad accionada cumplir el fallo en los términos de los artículos 192, 193 y 195 del CPACA.
4.
- Que se condene a la entidad demandada a pagar intereses moratorios sobre las sumas reconocidas en la sentencia, con fundamento en la sentencia C-188 de 1999.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (fls. 10 a 16, C.1):

1. El señor Víctor Alfonso Morales Ortiz nació el 1º de febrero de 1992 en el Municipio de Morales (Cauca).
2. Los padres del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz son los señores Víctor Morales Mañunga y Elvira Ortiz Rivera. Precisó que esta última es madre de crianza.
3. El señor Víctor Alfonso Morales Ortiz convive en unión marital de hecho con la señora Leyda Rivera Aranda, con quien tiene una hija menor de edad llamada Stefany Morales Rivera.
4. Los hermanos del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz son los señores Carmenza, Yerson, Claudia Lorena y Deysi Morales Ortiz.
5. El señor Víctor Alfonso Morales Ortiz ingresó a las Fuerzas Militares en el año 2012, con el fin de prestar su servicio militar obligatorio como soldado regular, adscrito al Batallón de Infantería nº 22 *“Batalla de Ayacucho”* del Municipio de Manizales, en el Contingente 7.
6. El señor Víctor Alfonso Morales Ortiz fue trasladado de Manizales a la base militar del Municipio de Pensilvania.
7. El 23 de marzo de 2013, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz se encontraba prestando servicio de centinela en la base militar de Pensilvania, realizando labores de rutina y vigilancia del área.
8. Siendo aproximadamente la 1:50 a.m., debido a las condiciones climáticas, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz sufrió una descarga eléctrica que lo dejó inconsciente y afectó varias partes de su cuerpo, en especial el órgano de audición, particularmente el oído derecho.
9. El comandante de la Compañía B, subintendente Jhoan Sebastián Delgado Solarte, envió al señor Víctor Alfonso Morales Ortiz a la ESE Hospital San Juan de Dios de Pensilvania para que fuera valorado, puesto que presentaba mucho dolor en el oído derecho, no escuchaba nada, tenía mareos y sangraba por la nariz. Allí fue remitido de manera urgente a la Dirección de Sanidad Militar del Batallón Ayacucho en Manizales.
10. En valoración hecha por el médico cirujano Andrés Gómez Gutiérrez, se diagnosticó *“Arritmia Cardíaca – Accidente por Rayo – Sordera Secundaria”* (fl. 11, C.1).

11. Desde el momento en que sufrió la descarga eléctrica, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz ha visto afectada su calidad de vida, debido a los dolores constantes en el oído derecho y en el pecho, que lo han hecho someterse a exámenes de tipo cardíaco y auditivo para identificar las secuelas.
12. Como consecuencia de la afectación de su calidad de vida y desorientación emocional provocada por las lesiones sufridas y la pérdida auditiva en su oído derecho, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz inició tratamiento psiquiátrico en la Clínica San Juan de Dios de Manizales.
13. El 9 de abril de 2013, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz fue valorado por psiquiatría, diagnosticándole *“TRASTORNO DE ESTRÉS POSTRAUMÁTICO”* (fl. 12, C.1).
14. En posterior revisión psiquiátrica llevada a cabo el 8 de mayo de 2013, se dejó constancia de que el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz presentaba bajo estado de ánimo, aislamiento laboral, poca comunicación, dificultades evidentes de tipo auditivo, poco rendimiento debido a dolor torácico.
15. El 20 de mayo de 2013, le fue practicado al señor Víctor Alfonso Morales Ortiz un electrocardiograma, que arrojó como resultado una arritmia cardíaca.
16. El 25 de junio de 2013, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz fue valorado por la especialidad de fonoaudiología, quien precisó que no existía respuesta verbal a nivel del oído derecho, y que el izquierdo alcanzaba el 90% a 90 decibeles, 70% a 85 decibeles y luego no tenía ninguna respuesta.
17. El 2 de julio de 2013, le fue practicado al señor Víctor Alfonso Morales Ortiz un monitoreo con Holter, el cual arrojó como resultado una arritmia ventricular monomórfica frecuente.
18. El 10 de junio de 2014, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz fue valorado por la especialidad de neurología, y en dicha ocasión se plasmó en la historia clínica correspondiente la existencia de hipoacusia severa, cambios en el estado de ánimo hasta el mutismo, dependencia para sus actividades diarias, trastorno de estrés postraumático y arritmia.

19. Al momento del retiro del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz de las Fuerzas Militares, éste fue enviado a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional para determinar su estado de salud, donde se desarrolló Junta Médica Provisional el 13 de junio de 2014.
20. El núcleo familiar del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz, compuesto por su padre, madre de crianza, compañera permanente, hija menor y hermanos, se ha visto afectado emocionalmente por el insuceso.

Fundamentos de derecho

Como fundamentos de derecho la parte actora invocó las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 2, 6 y 90; Código Contencioso Administrativo: artículos 104 y 140; Código Penal Militar (Ley 522 de 1999): artículos 106 y 107; Ley 446 de 1998: artículo 16.

Explicó que el hecho dañino que generó graves lesiones al señor Víctor Alfonso Morales Ortiz consistió en la descarga eléctrica producida por un rayo, mientras aquél, en su condición de soldado regular, se encontraba en servicio activo, cumpliendo con su deber, realizando labores de rutina y vigilancia en la base militar del Municipio de Pensilvania.

Indicó que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, se maneja un título de imputación objetivo (daño especial o riesgo excepcional) en aquellos casos en los que se produjo un daño a un conscripto, pues el Ejército Nacional tiene el deber de salvaguardar la integridad psicofísica de los soldados que hacen parte de sus tropas, más aún cuando se trata de soldados regulares que prestan su servicio militar obligatorio.

En ese sentido, sostuvo que en el presente asunto se debe aplicar el título de daño especial, pues las lesiones sufridas por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz se presentaron mientras éste ejecutaba labores propias del servicio, lo cual constituye una carga que el afectado y su núcleo familiar no están obligados a soportar.

Manifestó que al prestar el servicio militar obligatorio, los soldados regulares sólo están obligados a soportar ciertas cargas como la restricción relativa a sus derechos y libertades que resultan inherentes al ejercicio de la actividad militar, pero no de asumir un daño que desborda ese espectro y perjudica de manera directa su integridad física e incluso su vida.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Obrando debidamente representada y dentro de la oportunidad legal, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional contestó la demanda para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la misma (fls. 148 a 154, C.1), con sustento en los siguientes argumentos.

Aseguró que aunque el daño alegado por la parte actora es tangible materialmente, lo cierto es que éste no puede ser imputado a la entidad bajo ninguna circunstancia, pues aquél se generó no por una acción u omisión del Ejército Nacional, sino por una descarga eléctrica.

En ese entendimiento, propuso como medio exceptivo el que denominó “**FUERZA MAYOR**”, teniendo en cuenta que el hecho dañino fue: **i)** exterior a la actividad que desarrolla el Ejército Nacional; **ii)** imprevisible, en la medida en que no era posible para la entidad demandada tener conocimiento sobre la caída de un rayo y el sitio exacto en donde ocurriría; y **iii)** irresistible a la accionada.

LA SENTENCIA APELADA

El 7 de septiembre de 2018, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (fls. 292 a 305, C.1), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

Inicialmente precisó que el título de imputación con el cual se analizaría la responsabilidad de la entidad accionada en el caso concreto sería el de daño especial, teniendo en cuenta que el hecho dañoso se produjo cuando el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz cumplía labores en su calidad de soldado regular.

Precisó que el daño padecido por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz como consecuencia de la descarga eléctrica recibida se encontraba suficientemente acreditado con las pruebas obrantes en el expediente, que daban cuenta de hipoacusia, estrés postraumático y arritmia cardíaca.

En relación con el nexo causal del daño, indicó que para el caso de los conscriptos, aquél necesariamente debe provenir de la actividad militar que por obligación constitucional efectúa el administrado, con la cual resulte lesionado. En ese sentido, manifestó que si el daño ocurrió por un hecho ajeno al servicio militar, el Estado no está en la obligación de responder porque la causa de aquél resultaría extraña.

Consideró que en el presente asunto no se encontraba acreditado que la lesión padecida por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz tuviera como fuente la prestación del servicio militar obligatorio, sino que por el contrario tuvo origen en una causa externa, cual fue la descarga eléctrica producida por un rayo.

Hizo alusión a la definición de la palabra “*rayo*”, para luego indicar que se trata de un fenómeno estrictamente natural en el cual no interviene la actividad del hombre, razón por la cual la descarga eléctrica que afectó al señor Víctor Alfonso Morales Ortiz fue un acto externo a la actividad propia de la entidad demandada y del lugar donde se estaba prestando el servicio militar.

Adujo que de acuerdo con las características de los rayos, éstos constituyen fuerza mayor, pues son imprevisibles e irresistibles.

Sostuvo que el Consejo de Estado ha indicado que los daños a conscriptos no generan de manera instantánea responsabilidad del Estado, ya que se hace necesario establecer que aquellos sean atribuibles en el plano fáctico a la prestación del servicio militar, esto es, que se deriven de su prestación directa o indirecta.

Por las razones anteriores, declaró probada la excepción de fuerza mayor, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas aduciendo que no se acreditó una conducta temeraria o de mala fe de la parte vencida en el proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (fls. 308 a 343, C.1), en los siguientes términos.

Manifestó que las lesiones sufridas por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz ocurrieron cuando se encontraba prestando labores de centinela y vigilancia del área en desarrollo del servicio militar obligatorio, esto es, el daño se presentó en el servicio, por causa y razón del mismo, como lo reconoció la entidad demandada en el informe administrativo por lesiones.

En ese sentido, adujo que se encuentra acreditado el nexo causal requerido para condenar a la entidad accionada por los perjuicios ocasionados a la parte demandante con ocasión de las lesiones sufridas por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz.

Recalcó que el deterioro de la salud física y psíquica del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz tiene como causa la actividad militar que desplegaba como soldado regular campesino, que por ley o por orden de mando le correspondía cumplir para el día de los hechos.

Cuestionó que la entidad accionada no instalara pararrayos para proteger a los soldados que ejercían labores de centinela en puestos de vigilancia a campo abierto, con el fin de evitar que en una noche lluviosa pudiera generarse un accidente de este tipo.

Afirmó que el Ejército Nacional no demostró la aplicación de los protocolos establecidos en la Resolución nº 1851 del 28 de diciembre de 2009, en lo que se refiere a la prevención de muertes y lesiones por rayos.

Sostuvo que lo imprevisible e irresistible de la causa extraña no es el fenómeno como tal sino sus consecuencias y, en ese sentido, no por el sólo hecho de que exista una aparente causa externa como origen o fuente material del daño, es suficiente para considerar que éste no es atribuible por acción u omisión a la administración, ya que se requiere que la entidad acredite que su actuación no contribuyó a la producción del daño.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 11 a 38, C.3)

Intervino para señalar que en el presente asunto se cumplen los elementos del régimen de responsabilidad por daño especial para condenar a la entidad demandada por el daño ocasionado al señor Víctor Alfonso Morales Ortiz, pues el hecho dañoso se presentó cuando el lesionado prestaba su servicio militar obligatorio y en desarrollo de éste realizaba labores de vigilancia en la base militar en la que se encontraba.

Por otra parte, manifestó que al momento de tasar los perjuicios inmateriales de todo orden, debe tenerse en cuenta que hay dos dictámenes, uno en relación con la pérdida de capacidad laboral del afectado, y otro en el que se señala un daño psicológico de mayor gravedad.

Parte demandada

Guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 15 de noviembre de 2018, y allegado el 17 de enero de 2019 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.3).

Admisión y alegatos. Por auto del 18 de febrero de 2019 se admitió el recurso de apelación (fl. 4, C.3); posteriormente se corrió traslado para alegatos (fl. 8, ibídem), derecho del cual sólo hizo uso la parte demandante (fls. 11 a 38, C.3). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 5 de junio de 2019 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 39, C.3), 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 Quinto Administrativo del Circuito de Manizales que negó las pretensiones de la demanda.

Problema jurídico

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

- *¿Es imputable a la entidad demandada el daño padecido por la parte actora? O, por el contrario, ¿se configuró una causal eximente de responsabilidad?*
- *En caso de que se configure responsabilidad, ¿se encuentran acreditados los perjuicios alegados por los demandantes?*

Para despejar las cuestiones planteadas, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** elementos generales de responsabilidad del Estado; **ii)** régimen de responsabilidad aplicable; y **iii)** 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 actual artículo 140 del CPACA 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 – CGP², es decir, de los tres elementos que permiten deducir la responsabilidad.

2. Régimen de responsabilidad aplicable

En lo que respecta a la imputabilidad del daño, debe precisarse que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió sentencia³ en la que precisó que así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, la jurisprudencia tampoco podía establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el Juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación⁴.

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

² En adelante, CGP.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 19 de abril de 2012. Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00815-01(21515).

⁴ “En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta sentencia”.

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 procesales⁵.

De conformidad con lo expuesto en el escrito de demanda, la parte actora imputó a la entidad demandada el daño padecido, aduciendo que las lesiones sufridas por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz se presentaron mientras éste ejecutaba labores propias del servicio militar obligatorio, lo cual constituye una carga que el afectado y su núcleo familiar no están obligados a soportar.

Tratándose entonces de un asunto relacionado con una lesión acaecida a un soldado en situación de conscripción, debe precisarse que a diferencia del soldado profesional que ingresa en forma voluntaria a las filas del Ejército Nacional con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional, el soldado que presta servicio militar obligatorio se ve impelido a hacerlo por la imposición del deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas, el cual no tiene carácter laboral alguno⁶.

En relación con el título de imputación, el Consejo de Estado ha sido reiterativo en sus pronunciamientos en el sentido de señalar que de acuerdo con las particularidades de cada caso, la responsabilidad puede ser analizada bajo los distintos regímenes de responsabilidad⁷, así: **i)** por daño especial, si el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas; **ii)** por el de riesgo excepcional, si el daño provino de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; y **iii)** por el de falla en el servicio, si la irregularidad administrativa produjo el daño.

⁵ 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).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 1º de octubre de 2018. Radicación número: 11001-33-31-036-2010-00227-01(55088).

⁷ Así lo reiterado la Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamientos del 26 de noviembre de 2018 (Consejero Ponente: Dr. Guillermo Sánchez Luque, Radicación número: 18001-23-31-000-2010-00019-01(54348)), del 1º de octubre de 2018 (Consejera Ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico, Radicación número: 11001-33-31-036-2010-00227-01(55088)) y del 9 de julio de 2014 (Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero, Radicación número: 05001-23-31-000-1999-01798-02(32388)), entre muchos otros.

Independientemente del régimen de responsabilidad que se aplique, el Máximo Tribunal en lo Contencioso Administrativo ha precisado que el daño no resulta imputable al Estado cuando se haya causado por culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o el hecho de un tercero; causales que debe acreditar la entidad demandada. Preciso que en estos eventos, la demostración de la diligencia y cuidado y el caso fortuito no tiene la entidad para exonerar de responsabilidad a la administración.

Conforme a las condiciones descritas en la *causa petendi* y atendiendo las circunstancias particulares acreditadas en este proceso, considera este Tribunal que el asunto debe definirse con fundamento en el régimen de responsabilidad por falla en el servicio, criterio de imputación que procede frente a supuestos en los cuales se analiza la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada⁸.

3. Elementos del régimen de responsabilidad. Acreditación en el caso concreto

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas anteriormente, los presupuestos que permiten endilgar responsabilidad 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.

3.1 Hechos acreditados

En aras de establecer si los elementos señalados se encuentran configurados en este asunto, esta Sala de Decisión reseñará inicialmente 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.

1. Incorporación al servicio militar obligatorio

Según consta en formato de incorporación visible a folio 157 del expediente, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz ingresó a prestar servicio militar obligatorio el 23 de octubre de 2012.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicado número: 41001-23-31-000-1993-07585-01(30114).

La anterior información coincide con la constancia del 13 de septiembre de 2016 (fl. 2, C.2), expedida por el Jefe de Personal del Batallón Ayacucho, en la cual indica que el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz estuvo vinculado al Ministerio de Defensa Nacional como soldado regular, integrante del séptimo contingente de 2012, y que el servicio militar obligatorio se prestó entre el 23 de octubre de 2012 y el 11 de julio de 2014, fecha última en la cual fue desacuartelado por tiempo de servicio militar cumplido.

2. Preexistencia de una arritmia cardiaca

De conformidad con la copia de la historia clínica del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz en la ESE Hospital San Juan de Dios de Pensilvania (fls. 22 a 28, C.2), se observa que el 20 de marzo de 2013, el paciente consultó por presentar dermatitis en los párpados, y al realizar el examen físico correspondiente, el médico general consignó lo siguiente: *“PRESENTA RUIDOS CARDÍACOS ARRITMICOS (sic) POR PARADAS SINUSALES Y CORTOS EPISODIOS DE TAQUICARDIA”* (fl. 23, ibídem).

Se diagnosticó entonces, además de la dermatitis, con *“ARRITMIA CARDIACA, NO ESPECIFICADA”* (fl. 23, C.2), para lo cual el médico general ordenó la realización de un electrocardiograma (ibídem).

Una vez hecho el electrocardiograma en la misma fecha, y al constatar extrasístoles ventriculares, el médico general remitió al paciente a medicina interna *“(…) PARA VALORACION (sic) DE ECTOPIA VENTRICULAR”* (fl. 25, C.2).

3. Ocurrencia del hecho dañino

El 23 de marzo de 2013, alrededor de la 1:30 a.m., mientras el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz se encontraba prestando servicio de centinela en la parte externa trasera de la base militar del Municipio de Pensilvania, y debido a las fuertes lluvias y a la tormenta eléctrica que se presentaba en el momento, cayó un rayo cerca de un transformador contiguo a la zona.

Con ocasión de dicho evento, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz fue desplazado contra una pared, perdió momentáneamente la visión, y desde ese instante presentó otalgia derecha, cefalea y dolor en el pecho al caminar.

De lo anterior, dan cuenta los siguientes elementos materiales probatorios:

- Informe presentado al Jefe de Personal BIAYA por los comandantes de la Compañía Bélgica 3, Darío Albeiro Carreño y Orlando Blanquicett Miranda (fl. 53, C.1), en el que manifiestan que:

(...) EL DIA 23 DE MARZO DE 2013 SIENDON (sic) APROXIMADAMENTE LAS 01:50 DE LA MAÑANA ME ENCONTRABA PASANDO REVISTA DE LOS PUESTOS DE CENTINELAS LA CUAL (sic) ESTABA LLOVIENDO FUERTE CON TORMENTA CUANDO LLEGUE (sic) A LA PARTE DE ATRAS (sic) DE LA BASE DONDE QUEDA EL PUESTO NUMERO (sic) TRE (sic) LE PREGUNTO AL SOLDADO QUE SI HABIA (sic) ALGUNA NOVEDAD EL SOLDADO ME RESPONDE QUE NO, CUANDO DE PRONTO CAYO (sic) UNA DESCARGA ELECTRICA (sic) A UNO DE LOS TRANSFORMADORES DEJANDONOS (sic) ATURDIDOS Y NO PODIAMOS (sic) ESCUCHAR NADA, EL SOLDADO **MORALES ORTIZ VICTOR** (sic) **ALFONSO** QUE SE ENCONTRABA PRESTANDO SERVICIO QUEDO (sic) INCONCIENTE (sic) POR UN RATO.

DESDE ESE MOMENTO E (sic) VENIDO PRESENTANDODIFICULTAD (sic) AL OIR (sic) Y CON MUCHO DOLOR EN LOS OIDOS (sic) Y CONSTANTEMENTE CON RUIDOS EXTRAÑOS INTERNOS DEL OIDO.

ME DIRIJI (sic) AL HOSPITAL DEL PUEBLO Y ME RECOMENDARON UNOS EXAMENES (sic) ESPECIALIZADOS EN MANIZALES.

- Informe presentado el 23 de marzo de 2013 al comandante BIAYA por parte del comandante de la Compañía B, Jhoan Sebastián Delgado Solarte (fl. 163, C.1), en el que manifiesta que el 23 de marzo de 2013, *“Siendo aproximadamente la 1:30 am (sic) se me informar (sic) los hechos ocurridos con el mencionado soldado [se refiere a Víctor Alfonso Morales Ortiz] en donde la caída de un rayo afecto (sic) su oído mientras se encontraba en su puesto de centinela, al día siguiente de lo ocurrido se lo envía al hospital de pueblo donde el medico (sic) solicita una valoración por un especialista el soldado presenta mucho dolor en oído derecho y argumenta que no escucha nada, además presenta mareos y sangra por la nariz”*.
- Informe del 23 de marzo de 2013 (fl. 162, C.1), presentado al comandante BIAYA por parte del comandante de la Compañía B, Jhoan Sebastián Delgado Solarte, en el que indica que: *“(...) los hechos ocurridos el día 23 de marzo del 2013 con el tercer pelotón de la compañía “b” que se realizaba realizando (sic) control y seguridad de la defensa de la fuerza con el slr (sic) Morales Ortiz Víctor (...), quien se encontraba prestando su servicio de centinela en la parte externa trasera de la base que por ocasiones y cambios climáticos repentinamente por tormentas fuertes en el sector le cae cerca al soldado afectándolo psicológicamente y afectando sus oídos en parte interna al*

día siguiente el soldado se acerca al comandante de escuadra a comentarle la situación que le había pasado la noche anterior, posteriormente se lleva al soldado al centro de salud de pueblo de Pensilvania donde el médico solicita una valoración por el especialista ya que en este centro no tienen el suficiente material para poder atender al soldado remitiéndolo al dispensario del batallón autorizado por el comando del batallón con la correspondiente hoja de evaluación y análisis que le pudieron hacer en el centro de salud de Pensilvania”.

- Informe Administrativo por Lesión nº 007 del 15 de junio de 2013 (fl. 158, C.1), en el que se indica que: *“De acuerdo al informe suscrito por el señor ST. DELGADO SOLARTE JHOAN SEBASTIAN (sic) Comandante de la compañía “B” los hechos ocurrido (sic) el día 23 de marzo de 2013 con el SLR. MORALES ORTIZ VICTOR (sic), quien se encontraba de centinela a las 01:30 aproximadamente le cae un rayo al lado del puesto donde estaba nombrado, al día siguiente fue trasladado al hospital del municipio de Pensilvania Caldas donde el médico solicita valoración por parte de un especialista ya que el soldado presenta mucho dolor en el oído derecho argumentando que no escucha nada y demás (sic) presentaba mareo y sangrado por la nariz”. Como lugar de los hechos se señaló la base militar de Pensilvania.*

De acuerdo al artículo 24 del Decreto 1796 de 2000, se manifestó que la lesión había ocurrido *“En el servicio por causa y razón del mismo”.*

- Copia de la historia clínica del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz en relación con la atención brindada por la Dirección General de Sanidad Militar – Dispensario BIAYA, en la cual consta que el 23 de marzo de 2013, el paciente fue *“(…) Contrarremetido Hospital Pensilvania – Otolgia derecha (...) hace $\pm$ 4 días, (...) a las 23:30 horas cuando estaba prestando centinela, cayo (sic) rayo a un transformador ubicado a los 10-15 metros de distancia desplazo $\pm$ 3 metros contra pared; perdida (sic) visión momentanea (sic) desde entonces otalgia derecha, (...) cefalea, dolor pecho al caminar (...)”* (fl. 79, C.2). Se diagnosticó con arritmia secundaria a estudio y se ordenó interconsulta con medicina interna.

4. Lesiones causadas al soldado como consecuencia de la descarga eléctrica

Tal como se desprende de las atenciones médicas brindadas al señor Víctor Alfonso Morales Ortiz por varias instituciones hospitalarias, se encuentra acreditado que a raíz de la descarga eléctrica, aquél sufrió lesiones físicas (hipoacusia neurosensorial bilateral) y psicológicas (trastorno de estrés

postraumático), según se indica a continuación.

Previo a ello debe precisarse que aun cuando en las consultas médicas se indica que el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz presenta además una arritmia cardíaca, lo cierto es que en criterio de este Tribunal, la parte interesada no acreditó que tal lesión se hubiera producido con ocasión de la descarga eléctrica, pues como se reseñó anteriormente, la víctima del hecho dañino presentaba con anterioridad dicho diagnóstico. Desconoce igualmente la Sala, pues así no se demostró en el expediente, si tal patología se agravó como consecuencia de la descarga eléctrica sufrida.

a) 3 de abril de 2013:

El paciente fue atendido por médico general en la IPS CONFA – Clínica San Marcel, por remisión que hiciera el Batallón Ayacucho ante las palpitaciones que presentaba el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz.

Luego de la valoración hecha, se consignó: *“Paciente con antecedente de exposición a corriente eléctrica hace 18 días y trauma contundente secundario en region (sic) lumbosacra. Trae EKG que evidencia extrasistoles (sic) ventriculares. Defino ingresar a observación para manejo analgésico”* (fl. 4, C.2). Se ordenó la realización de exámenes.

Posterior a la observación y a la entrega de resultados, se anotó (fl. 7 vuelto, C.2):

*Al examen físico con parámetros de normalidad, al igual que paraclínicos.
Al interrogatorio con sintomatología ansiosa, siempre que escucha truenos, o tiene que salir a campo abierto; alta sospecha de Sx de estrés postraumático.*

Se decide alta con fórmula ambulatoria, incapacidad por 8 días, audiometría y valoración ambulatoria por ORL y psiquiatría.

b) 9 de abril de 2013:

En atención recibida en la Clínica San Juan de Dios de Manizales, el paciente fue diagnosticado con *“TRASTORNO DE ESTRÉS POSTRAUMÁTICO”* (fl. 17, C.2). Se consignó que el paciente presentaba *“(…) reviviscencias, flashbacks y fenómeno tipo arousal, insomnio y aislamiento”* (ibídem), y se ordenó el uso de antidepresivos.

c) 3 de mayo de 2013:

El paciente fue valorado por médico internista en la IPS CONFA – Clínica San Marcel, con ocasión de la remisión debido a posibles arritmias. Se indicó que desde la descarga eléctrica recibida por un rayo, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz manifestaba dolor torácico opresivo, palpitaciones y presencia de dolor a los 5 minutos de iniciar actividad física, por lo cual tuvo reubicación laboral.

Luego de la valoración se anotó lo siguiente: *“PACIENTE CON TRAUMA ACUSITCO (sic) DERECHO QUE DEBE SER EVALUADO X OTORRINO PREOCUPA QUE PREVIO ACCIDENTE X RAYO SU CLASE FUNCION AL (sic) ERA OPTIMA (sic) EN LAS FUERZAS MILITARES, ACTUALMENTE (sic) CON MARCADA LIMITACION (sic) FISICA (sic) X DISNEA Y DOLOR TORACICO (sic). REUQUIER (sic) ECO TT Y RX TORAX (sic) PARA DESCARTAR LESION (sic) TRAUMATICA (sic) POR ONDA EXPANSIVA”* (fl. 9, C.2).

d) 8 de mayo de 2013:

En consulta en la Clínica San Juan de Dios de Manizales, se anotó que *“Paciente quien actualmente presenta mayor deterioro auditivo evidente en forma clínica asociado a desorientación. A pesar de que el paciente refiere sentirse mejor, observo aun (sic) mayor deterioro y no hay una adecuada expresión del pensamiento ni emocional. Considero pertinente una valoración por parte de neurología en forma prioritaria para determinar si, secundario al trauma, presenta un daño de tipo neurológico. Una vez descartado se podrá asumir que se trata de las manifestaciones psiquiátricas del trastorno de ansiedad propuesto”* (fl. 19, C.2).

e) 28 de mayo de 2014:

Se realizó examen auditivo al paciente (fls. 35 a 37, C.2), con resultado de: *“(…) hipoacusia leve para ambos oídos”*.

f) 29 de mayo de 2013:

El paciente fue atendido por la especialidad de otorrinolaringología en la IPS CONFA – Clínica San Marcel, la cual remitió a otología por *“COFOSIS DERECHA Y SORDERA NEUROSENSORIAL SEVERA IZQUIERDA”* (fl. 9, C.2).

g) 13 de junio de 2013:

En consulta en la Clínica San Juan de Dios de Manizales se consignó: *“Paciente con empeoramiento de su cuadro. Continúa al parecer con flashbacks, pesadillas y el aislamiento social. Sin embargo considero que el empeoramiento está dado por el aislamiento que le producen la disminución en la agudeza auditiva (...)”* (fl. 20, C.2).

h) 24 de julio de 2013:

El paciente fue valorado por otología en la IPS CONFA – Clínica San Marcel, especialidad que ordenó la realización de exámenes auditivos (fl. 9, C.2).

i) 23 de octubre de 2013:

El paciente fue atendido por la especialidad de neurología de la IPS CONFA – Clínica San Marcel, dejándose constancia de los siguientes diagnósticos: *“Sindpostconcusion (sic) vs sind (sic) estrés (sic) postraumatico (sic)”* e *“Hipoacusia: trauma acustico (sic)”* (fl. 9 vuelto, C.2).

j) 7 de junio de 2014:

El paciente acudió a control con la especialidad de otorrinolaringología en la IPS CONFA – Clínica San Marcel, la cual refirió que el paciente acudió con los resultados de los exámenes ordenados por otología y que *“ACTUALMENTE EN TRATAMIENTO POR PSIQUIATRIA (sic) CON IDX TRASTORNO DE ESTRÉS (sic) POSTRAUMATICO (sic)”* (fl. 10, C.2).

Se diagnosticó con *“HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL PROFUNDA BILATERAL”* y se explicó que: *“(...) PACIENTE CON PRUEBAS SUBJETIVAS QUE CORRESPONDE A SORDERA TOTAL MAS (sic) DE OIDO (sic) DERECHO Y PRUEBA OBJETIVA QUE CORRESPONDE A SORDERA LEVE EN FORMA BILATERAL EN EL MOMENTO DEL EXAMEN EL PACIENTE NO RESPONDE A LAS PREGUNTAS SENCILLAS NI A LA (sic) RESPUESTAS DE LOS DIAPASONES POR LO ANTERIOR SE SOLICITA CONCEPTO POR PARTE DE OTOLOGIA (sic) PARA DEFINIR DIAGNOSTICO (sic) CON RESULTADOS DE TAC DE OIDOS (sic) SIMPLE”* (fl. 10, C.2).

k) 10 de junio de 2014:

El paciente fue valorado por medicina interna por remisión que hiciera el Ejército Nacional con fines de retiro (fls. 30 y 31, C.2). Se ordenó

continuar controles y seguimiento por medicina interna, otología y psiquiatría. Se consignó en el diagnóstico lo siguiente:

(...) PRESENTA ALTERACION (sic) EN RITMO CARDIACO CONFIRMANDOSE (sic) EN HOLTER REALIZADO HACE 1 AÑO ARRITMIA VENTRICULAR (sic) MONOFORMICA (sic) (...) ACTUALMENTE MINIMOS (sic) SINTOMAS (sic) POR LO CUAL NO SE CONSIDERA POR EL MOMENTO MANEJO FARMACOLOGICO (sic) SS HOLTER DE CONTROL (sic). CAMBIOS SEVEROS EN SU AFECTO, APATIA (sic), MUTISMO Y AISLAMIENTO, DEPENDENCIA PARA ACTIVIDADES DE LA VIDA DIARIA YA EVALUADO POR (sic) PSIQUIATRIA (sic) SE CONSIDERA (sic) TRASTORNOS (sic) ESTRES (sic) POSTRAUMATIC (sic) MANEJO ACTUAL CON FLUOXETIAN (sic) Y CLONAZEPAM (sic). ADICIONALMENTE (sic) PRESENTA HIPOACUSIA POSTEIO (sic) A TRAUMA ACUSTICO (sic), DEBE CONTINUAR SEGUIMIENTO POR OTOLOGIA (sic)" (fl. 30, C.2).

l) 12 de septiembre de 2014:

El señor Víctor Alfonso Morales Ortiz fue atendido en la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas por la especialidad de otorrinolaringología (fls. 13 y 14, C.2), la cual ordenó la realización de exámenes auditivos, y finalmente concluyó que el paciente presentaba una "HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL".

m) 23 de octubre de 2014:

Se realizó examen auditivo (fls. 39 y 40, C.2), en el que se indicó que: "Se observa una respuesta electrofisiológica (sic) que reporta audición normal para las frecuencias de 1.000, 2.000 y 4.000 HZ y leve disminución a nivel de 500HZ para oído izquierdo, en cuanto al oído derecho se observa una disminución auditiva de grado incipiente".

n) 14 de noviembre de 2014:

El paciente fue atendido en la Clínica San Juan de Dios de Manizales, diagnosticándose con "TRASTORNOS DE ADAPTACION (sic)" (fl. 32, C.2), y se ordenó hospitalizar por severidad del cuadro clínico.

o) 19 de noviembre de 2014:

El paciente acudió a control con la especialidad de otorrinolaringología en la IPS CONFA – Clínica San Marcel, en el que se refirió que los

resultados de los exámenes auditivos ordenados habían sido reportados como normales, por lo que “AUDITVAMENTE NO HAY NINGUNA LESION (sic) EN LAS PRUEBAS OBJETIVAS SE RECOMIENDA CONTROL SEMESTRAL Y CONTINUAR MANEJO POR PSIQUIATRIA (sic)” (fl. 11, C.2).

p) 5 y 19 de noviembre de 2014:

El paciente fue atendido por la especialidad de otorrinolaringología en la Dirección de Sanidad Militar (fls. 33 y 34, C.2), sin que sea posible establecer exactamente lo que allí se consignó, por tratarse de historia clínica que no está transcrita ni es completamente legible, sin perjuicio de lo cual se lee en ambas consultas lo siguiente: “Paciente sin lesión auditiva” (fl. 33 vuelto, ibídem) y “No hay perdida (sic) auditiva” (fl. 34 vuelto, C.2).

q) 13 de julio de 2017:

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses profirió Informe Pericial Daño Psíquico Forense n° GRCOPPF-DRSOCCDTE-14253 del 13 de julio de 2017 (fls. 126 a 130, C.2), en relación con el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz.

Del análisis hecho, se extrae lo siguiente:

Hasta antes de los hechos al parecer y como se describe en lo aportado, el individuo llevaba un adecuado funcionamiento global, esperado a su condición socioeconómica y cultural, en las distintas áreas de su vida (social, personal, familiar y laboral).

(...)

Pese al tratamiento el examinado presenta con los años una involución importante, con una imposibilidad de mantener su autonomía, requiriendo de terceros para suplir sus necesidades y una supervisión constante en su cotidianidad, que se ha limitado a actividades básicas de bañarse, alimentarse, estar en casa y no pudiendo recuperar su funcionalidad laboral.

En la presente entrevista se evidencia un estado mental altamente comprometido, especialmente a nivel de la producción de pensamiento y las funciones intelectivas superiores, con una importante actitud de apatía, tendencia al aislamiento y aplanamiento emocional, con una prueba de MOCA severamente comprometida que apoya lo evaluado en el examen mental actual del examinado.

Teniendo en cuenta lo aportado, la evaluación, la entrevista y luego de condensar toda la información, se considera que el examinado desde el momento de los hechos ha mostrado un deterioro severo global, teniendo inicialmente un diagnóstico de trastorno de estrés postraumático, el cual se ha cronificado y ha llevado además a un deterioro funcional global, que se aúna a una importante pérdida de audición que lo lleva a mayor aislamiento del entorno.

Para este evaluador se considera que además del cuadro de estrés postraumático y al deterioro funcional generado por este en el individuo, lo que se aprecia y teniendo el grado de deterioro especialmente en sus funciones intelectivas superiores, se considera que además se presentó asociado al evento un posible daño axonal difuso, que explicaría en parte el grado severo de compromiso que posee el examinado en todas sus funciones cognitivas.

Desde el punto de vista de psiquiatría se considera que el examinado cumplió y cumple criterios para TRASTORNO DE ESTRÉS POSTRAUMÁTICO que se cronificado y deteriorado severamente la funcionalidad del individuo, aunado además a un posible TRASTORNO NEUROCOGNITIVO MAYOR debido al traumatismo cerebral difuso con pérdida de conocimiento por la descarga.

Desde el punto de vista de psiquiatría forense se considera que el examinado presenta un DAÑO PSÍQUICO PROFUNDO, con afectación no solo del estado mental, sino que se comprometió todo el funcionamiento global del examinado con especial énfasis en la dinámica familiar, social, personal y laboral que lleva a un creciente deterioro y una más alejada posibilidad de recuperar el funcionamiento previo a los hechos, partiendo de la irreversibilidad de su daño (fl. 130, C.2).

La conclusión del informe fue la siguiente:

Que en el señor VICTOR (sic) ALFONSO MORALES a raíz de los hechos (descarga eléctrica) se generó un TRASTORNO DE ESTRÉS POSTRAUMÁTICO que se ha cronificado y deteriorado severamente la funcionalidad del individuo, aunado además a un posible TRASTORNO NEUROCOGNITIVO MAYOR debido al traumatismo cerebral difuso con pérdida de conocimiento por la descarga.

Lo anterior y como se explica en el análisis inmediatamente anterior consolida desde la perspectiva psiquiátrica forense en un DAÑO PSÍQUICO de intensidad PROFUNDO, con afectación no solo del estado mental, sino que se comprometió todo el funcionamiento global del examinado, con una alejada posibilidad de recuperar el funcionamiento previo a los hechos, partiendo de la irreversibilidad de su daño (fl. 130, C.2).

Establecido lo anterior, pasa ahora la Sala a determinar si se encuentran acreditados los elementos que permitan imputar responsabilidad a cargo de

la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con ocasión de los hechos que dieron origen a la demanda.

3.2 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 indemnizable⁹. Esa misma postura ha sido adoptada por el Consejo de Estado¹⁰.

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 exige que el mismo sea calificado como antijurídico¹¹.

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

⁹ 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.

¹⁰ 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. En la primera providencia, el Alto Tribunal expuso: “(...) 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 antijuridicidad 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”.

¹¹ 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).

aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama, 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 y reseñado anteriormente, el daño alegado por los actores se concreta en las lesiones físicas (hipoacusia neurosensorial bilateral) y psicológicas (trastorno de estrés postraumático) padecidas por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz, con ocasión de la caída de un rayo el 23 de marzo de 2013 alrededor de la 1:30 a.m., en la base militar del Municipio de Pensilvania.

3.3 Falla en el servicio

Advierte esta Sala de Decisión que a cargo de la entidad accionada existe un contenido obligacional en materia de prevención de accidentes en las tropas del Ejército Nacional como consecuencia de los riesgos de origen natural.

En efecto, según se constata en la Resolución n° 1851 del 28 de diciembre de 2009, expedida por el comandante del Ejército Nacional y con “(...) la cual se aprueba el manual de “Preservación del Personal del Ejército Nacional””, para prevenir muertes y lesiones por rayos, se tienen establecidas las siguientes directrices:

- a. *Investigar las áreas de la jurisdicción donde por su constitución geológica atraen los rayos y comunicar a la tropa el procedimiento a seguir cuando operen en estas.*
- b. *Evitar los árboles más altos durante tormentas y de ser necesario resguárdese en árboles más bajos.*
- c. *Durante tormentas eléctricas, impartir la orden a los hombres para que adopten la posición de cuclillas o de montar un pie sobre otro, los fusiles deben quedar al alcance en posición horizontal, sobre objetos no metálicos (en el equipo de campaña).*
- d. *Suspender de inmediato el uso de equipos eléctricos o electrónicos como radios militares, celulares y radios comerciales.*
- e. *Durante el desplazamiento se debe marchar, nunca dejar en contacto con el piso los dos pies al mismo tiempo.*

- f. *Capacitar al personal de radioperadores en el manejo de los equipos de comunicaciones durante las tormentas. (Suspender comunicación, apagar inmediatamente, desconectar antenas, bajar la antena, retirar batería)*
- g. *En bases fijas, puestos de mando, no permitir el empleo de antenas provisionales ni hechizas en medios de comunicación.*
- h. *Verificar que ningún bunker sea metálico, ni las fortificaciones posean tejas, vigas metálicas, varillas verticales que atraigan los rayos.*
- i. *Si la unidad tiene a cargo la seguridad de instalaciones particulares donde se ubican antenas repetidoras de telefonía, radio, televisión, etc. verificar y exigir el sistema de pararrayos con cobertura suficiente a los equipos e instalaciones militares donde se ubica la tropa.*
- j. *No utilizar motos, bicicletas, tractores u otros vehículos abiertos bajo la tormenta.*
- k. *Si se siente hormigueo en la piel o su cabello se eriza, significa que las probabilidades de que un rayo esté por caer son altas. Alerte de inmediato al personal.*
- l. *Durante tormentas sin descuidar la ubicación táctica sobre el terreno, evitar escampar, transitar, prestar guardia en áreas altas del terreno o en picos de montañas.*
- m. *Evitar que el personal esté cerca de elementos tales como estufas a gasolina y ollas que permanezcan en contacto con el suelo.*
- n. *Mantener el personal alejado de torres eléctricas, repetidoras, postes, cables eléctricos, alambradas, cuerdas y tuberías metálicas, etc.*
- o. *Concientizar al personal de los daños y consecuencias que generan las descargas atmosféricas.*
- p. *En caso que un soldado haya sido alcanzado por una descarga, y el afectado no tenga pulso ni respiración, se le debe brindar artificialmente sin temor, ya que el efecto eléctrico no es acumulativo.*
- q. *Evite ubicarse cerca de espejos de agua como, lagunas, lagos, ríos, piscinas, aguas estancadas y esteros pues estos atraen los rayos.*
- r. *Las garitas elevadas donde presta de servicio el personal de la guardia deben inspeccionarse para evitar estén provistas de tubos, varillas o puntas metálicas que atraigan los rayos. En momentos de tormenta los soldados debe (sic) estar abajo o dotarlas de sistemas de protección contra descargas atmosféricas.*

Descendiendo al caso concreto, se demostró que al señor Víctor Alfonso Morales Ortiz le fue ordenado por parte de sus superiores, prestar servicio como centinela en la base militar de Pensilvania en la madrugada del 23 de marzo de 2013.

Ahora bien, dicha función fue cumplida por parte del soldado en las siguientes condiciones: a campo abierto, cerca de un transformador de energía, bajo fuertes lluvias y con tormenta eléctrica.

Las circunstancias fácticas anteriores permiten a esta Sala inferir que la entidad demandada a través de los comandantes de la base militar de Pensilvania, desconoció el protocolo establecido por las mismas Fuerzas Militares para prevenir accidentes en sus tropas como consecuencia de los riesgos de origen natural, particularmente de los rayos.

En efecto, se observa que quien prestaba su servicio como centinela, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz, lo hizo cerca de un transformador, en oposición a lo previsto en el literal n) de la Resolución n° 1851 del 28 de diciembre de 2009, bajo las condiciones atmosféricas ya señaladas.

Adicionalmente, la entidad accionada no demostró haber sido diligente en el cumplimiento de las demás directrices previstas en la citada resolución a efectos de garantizar la integridad del demandante, tales como: impartir la orden al centinela de modificar su posición corporal y la de su fusil, suspender inmediatamente el uso de equipos eléctricos o electrónicos, no permitir contacto al mismo tiempo de los dos pies con el piso, desconectar antenas, y alejarse de espejos de agua, entre otros.

Así pues, para esta Corporación se encuentra demostrado que la entidad demandada incurrió en una falla en el servicio, por cuanto no adoptó una de las medidas de seguridad referidas anteriormente ni demostró haber acatado las demás, con el fin de evitar la causación de un daño de esta naturaleza o de contrarrestar sus efectos.

3.4 Nexos de causalidad. Inexistencia de eximente de responsabilidad

En el presente asunto se encuentra demostrado que el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz estuvo vinculado a las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional, en calidad de soldado regular desde el 23 de octubre de 2012.

Del mismo modo está acreditado que el accionante sufrió lesiones ocasionadas por la caída de un rayo cerca al lugar donde se encontraba prestando servicio de centinela, y que aquéllas ocurrieron, como lo establece el Informativo Administrativo por Lesión nº 007 del 15 de junio de 2013 (fl. 158, C.1), *“En el servicio por causa y razón del mismo”* (ibídem).

Adujo la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional que el accidente ocurrió por fuerza mayor, como quiera que el daño fue producto de un fenómeno natural que no era previsible ni resistible para la entidad, razón por la cual no puede endilgársele responsabilidad a la demandada. El Juez de primera instancia acogió dicha postura.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en señalar que, *“(…) demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”*¹².

En relación con la existencia de una causa extraña como eximente de responsabilidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹³ ha señalado que:

En conclusión, en cada caso concreto en los cuales se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio.

No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles –por acción u omisión– a la administración pública. Se requiere,

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 2 de marzo de 2000. Radicación número: 11401.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 13 de junio de 2016. Radicado número: 52001-23-31-000-2007-00593-01(39309).

además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño.

Pasa entonces la Sala a constatar si en el caso concreto se configuró fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad.

De conformidad con el artículo 64 del Código Civil, *“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.*

Atendiendo la anterior definición, para que la fuerza mayor se configure es necesario que de manera concurrente se acrediten sus tres elementos constitutivos, esto es, que el suceso sea externo al sujeto que lo padece, que sea imprevisible e irresistible.

Sobre los anteriores elementos, el Consejo de Estado los ha definido así¹⁴:

- i) La exterioridad de la causa extraña, *“(…) si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de que sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración -al menos con efecto liberatorio pleno- de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el*

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00440-01(16530).

sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada”.

- ii) La imprevisibilidad es *“(...) aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia”.*
- iii) La irresistibilidad *“(...) consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo -pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados-”.*

Descendiendo al caso concreto, se advierte que aunque las lesiones sufridas por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz fueron causadas materialmente por un fenómeno natural, cual fue la caída de un rayo –que en sí mismo puede catalogarse como imprevisible e irresistible–, lo cierto es que tal acontecimiento no resulta ajeno jurídicamente a la administración, esto es, no es exterior a su actividad en los términos señalados anteriormente, por cuanto el resultado perjudicial en este caso tiene una causa mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, y se materializó justamente a raíz de la falla en el servicio de la entidad, motivo por el cual la accionada no puede desprenderse de su responsabilidad.

En efecto, se observa que aun cuando se trata de un hecho de la naturaleza, éste no era absolutamente insospechado o inesperado para la entidad accionada, pues según quedó constancia en los respectivos informes, no sólo llovía fuertemente en la madrugada del 23 de marzo de 2013 en la base militar de Pensilvania, sino que además se presentaba tormenta eléctrica. Adicionalmente, el lugar en el cual el centinela prestaba sus servicios era a campo abierto, y cerca al mismo existía un transformador de energía.

Así las cosas, era altamente probable la caída de rayos en el lugar, teniendo en cuenta las condiciones descritas.

En lo que respecta a la irresistibilidad del suceso, considera la Sala que el evento no necesariamente adquiere esa connotación en este caso, por cuanto, como se indicó anteriormente, existe todo un protocolo para prevenir accidentes en las tropas del Ejército Nacional como consecuencia de los riesgos de origen natural; protocolo que no acató la entidad accionada y que permitió la materialización del hecho dañino en la humanidad del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz, pues recuérdese que fue la misma administración la que ubicó al soldado en las circunstancias que permitieron la consumación del hecho de la naturaleza.

Por lo anterior, estima este Tribunal que la causal de exoneración de responsabilidad de fuerza mayor no se configuró en el *sub lite*, razón por la cual el daño causado a la parte demandante le es imputable jurídicamente a la entidad demandada y, en tal sentido, habrá de revocarse la providencia recurrida.

4. Liquidación de perjuicios

Al haber acreditado la parte actora los presupuestos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado, pasa esta Sala a establecer la indemnización correspondiente, atendiendo lo expuesto en la demanda.

4.1 Perjuicios morales

Pretenden los demandantes que se reconozca a su favor indemnización de perjuicios morales en la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno (fls. 6 a 8, C.1).

Frente al reconocimiento de perjuicios morales, el Consejo de Estado¹⁵ ha expresado que, “(...) la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba (...)”.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 20 de abril de 2005. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-01574-01(15247).

En lo que se refiere a la tasación de los perjuicios morales, la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su posición sobre el particular¹⁶, diseñando como regla general en los casos de lesiones personales cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y quienes demandan, respecto de los cuales les asignó un porcentaje, así:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES PERSONALES					
REGLA GENERAL					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL I Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	NIVEL II Relación afectiva del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	NIVEL III Relación afectiva del tercer grado de consanguinidad o civil	NIVEL IV Relación afectiva del cuarto grado de consanguinidad o civil	NIVEL V Relaciones afectivas no familiares – terceros damnificados
	SALARIOS MÍNIMOS				
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Radicación número: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172).

Se requiere entonces para la tasación de los perjuicios morales, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima; todo lo cual debe guardar concordancia con lo probado en el proceso.

De conformidad con lo acreditado en el expediente, con ocasión del hecho dañino, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz presenta hipoacusia neurosensorial bilateral y trastorno de estrés postraumático.

Uno de los elementos que permiten determinar la gravedad o levedad de las lesiones sufridas por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz, corresponde al dictamen de pérdida de capacidad laboral, la cual fue dictaminada en este asunto en un 20%.

Ahora bien, como quedó consignado en el respectivo dictamen por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, para la fecha en que se realizó el análisis respectivo (25 de noviembre de 2016), no existían valoraciones actuales de psiquiatría que pudieran ser estudiadas.

Analizando entonces el Informe Pericial Daño Psíquico Forense n° GRCOPPF-DRSOCCDTE-14253 del 13 de julio de 2017 (fls. 126 a 130, C.2), advierte el Tribunal que con ocasión del hecho dañino, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz presenta un trastorno de estrés postraumático que ha deteriorado severamente la funcionalidad del individuo, al punto de llevarlo a depender de terceros para suplir sus necesidades, afectando su entorno familiar, social, personal y laboral, sumado a un posible trastorno neurocognitivo mayor, todo lo cual lo aleja de la posibilidad de recuperar el funcionamiento global que tenía antes del accidente.

Por todo lo anterior, considera esta Sala de Decisión que la gravedad de las lesiones físicas y psicológicas del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz, ascienden a un 29%, teniendo en cuenta su edad, el daño psíquico aparentemente irreversible que presenta la víctima, y las limitaciones que tal afectación supone para su desempeño personal, familiar, social y laboral.

Precisado el porcentaje de gravedad de la lesión de la víctima, pasa ahora la Sala a analizar si los perjuicios morales se encuentran acreditados en el expediente.

En el caso concreto, por concepto de perjuicios morales demandaron la víctima de la lesión, sus padres, sus hermanos, quien dijo ser su compañera permanente y su hija, razón por la cual están ubicados en el primero y segundo nivel de cercanía a los que se hizo alusión anteriormente.

Atendiendo las reglas de la experiencia según las cuales “(...) es posible inferir que quien ha padecido dolencias físicas, ha sufrido también padecimientos morales, (...)”¹⁷, estima el Tribunal que el daño antijurídico padecido por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz en efecto le produjo dolor y aflicción, no sólo por la manera de ocurrencia del mismo, sino por los efectos inmediatos que aquél produjo con posterioridad a su acaecimiento (hipoacusia neurosensorial bilateral y trastorno de estrés postraumático), razón por la cual debe reconocerse indemnización por este daño, en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta providencia¹⁸, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial adoptado por el Consejo de Estado¹⁹, y con base en los porcentajes fijados por el Alto Tribunal en su sentencia de unificación.

En relación con los perjuicios morales que la lesión sufrida por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz les produjo a sus padres, hermanos e hija, considera la Corporación que con la simple acreditación de las relaciones de parentesco entre ellos se presume la aflicción causada, pues “(...) a partir de las mismas se infiere la existencia de lazos de afecto en virtud de los cuales se les causa pena y aflicción por las lesiones causadas a su familiar²⁰”²¹. Lo anterior, en aplicación del artículo 42 de la Carta Política y de las máximas de la experiencia²².

Al expediente fueron allegados los respectivos Registros Civiles de Nacimiento (fls. 40 a 46, C.1), en los que consta que el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz es hijo de los señores Víctor Morales Mañunga y Elvira Ortiz Rivera, hermano de los señores Carmenza, Deisy, Yerson y Claudia Lorena Morales Ortiz, y padre de la menor Stefany Morales Rivera; y en tal sentido, procede el reconocimiento de perjuicios morales a su favor.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 26 de junio de 2014. Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00120-01(29847).

¹⁸ El salario mínimo legal mensual vigente para el año 2020 es de \$877.803, según el Decreto 2360 del 26 de diciembre de 2019.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. Radicación número: 66001-23-31-000-1996-3160-01(13232-15646).

²⁰ Cita de cita: En la última sentencia citada se sostuvo: “Demostradas las relaciones de parentesco existentes entre los demandantes puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que entre ellos existe un lazo afectivo y, por lo tanto, que sufrieron pena, aflicción y dolor a causa de las lesiones sufridas por su padre, hermano, hijo y compañero, lo cual los legitima para reclamar la reparación de los perjuicios causados”.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 26 de junio de 2014. Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00120-01(29847).

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 9 de abril de 2014. Radicación número: 05001-23-31-000-1996-01183-01(27949).

En lo que respecta a la señora Leyda Rivera Aranda, quien dijo ser la compañera permanente del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz, este Tribunal considera que el vínculo por el cual demanda no fue debidamente acreditado, con base en lo siguiente.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, la denominación de compañero y compañera permanente alude al hombre y a la mujer²³ que forman parte de la unión marital de hecho, esto es, a quienes sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular.

En relación con los medios probatorios para acreditar la existencia de la unión marital de hecho, el artículo 4 de la ley referida dispuso que podía acudir a aquellos consagrados en el Código de Procedimiento Civil – CPC, actual CGP.

Para acreditar el vínculo marital entre los señores Víctor Alfonso Morales Ortiz y Leyda Rivera Aranda, la parte demandante allegó declaración extra proceso rendida el 17 de abril de 2015 ante la Notaría Única del Círculo de Morales (Cauca) por los señores Nohelia Lara Velasco y Deiver Fernández Velasco (fl. 47, C.1), en la cual manifestaron que aquellos convivían en unión marital de hecho desde hacía 7 años. Firmaron como coadyuvantes de tal declaración los mismos interesados.

Los testigos Ignacia Belarmina Pechené²⁴, Luis Eduardo Rivera Muelas²⁵, Viviana Yisela Zamudio Valencia²⁶, Socorro Rivera Aranda²⁷, José Duván Rivera Aranda²⁸ y Alexander Uzuriaga Paz²⁹, aseguraron en sus declaraciones que la señora Leyda Rivera Aranda es la compañera permanente del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz, con quien tuvo una hija antes de ingresar al Ejército Nacional, y con quien convive actualmente.

No obstante lo anterior, con ocasión del Informe Pericial Daño Psíquico Forense n° GRCOPPF-DRSOCCDTE-14253 del 13 de julio de 2017 (fls. 126 a 130, C.2), elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz manifestó en relación con su estado civil: *“Tengo una niña no vivo con la mamá de ella, cuando estuve enfermo se fue”* (fl. 126 vuelto, C.2). Acotó que vivía con sus papás (ibídem).

²³ Sin perjuicio del concepto de familia ampliado por la Corte Constitucional.

²⁴ Minuto 4:45 a 23:25 del audio contenido en el CD obrante a folio 106, C.2.

²⁵ Minuto 24:40 a 39:12 del audio contenido en el CD obrante a folio 106, C.2.

²⁶ Minuto 29:14 a 43:40 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

²⁷ Minuto 12:54 a 29:02 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

²⁸ Minuto 1:06:12 a 1:25:14 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

²⁹ Minuto 44:51 a 1:06:00 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

A dicha diligencia lo acompañó su madre, la señora Elvira Ortiz Rivera, quien también indicó que el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz *“Vivió en unión libre, antes de entrar al batallón tenía una mujer, tiene una hija con esa mujer, pero ella lo dejó después del accidente”* (fl. 128, C.1).

Las manifestaciones hechas por la víctima directa y su madre ofrecen serios motivos de duda a esta Corporación en relación con la existencia de la supuesta unión marital de hecho entre los señores Víctor Alfonso Morales Ortiz y Leyda Rivera Aranda posterior al hecho que dio origen a esta demanda. Por tanto, no se accederá al reconocimiento de perjuicios morales a favor de la señora Leyda Rivera Aranda.

De acuerdo al porcentaje en el cual se determinó la gravedad de la lesión del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz (29%), se reconocerán los salarios mínimos legales mensuales vigentes conforme a la tabla de reparación del daño moral en caso de lesiones personales a la que se hizo alusión al comienzo de este acápite, esto es, 40 salarios mínimos para la víctima directa, sus padres e hija, y 20 salarios mínimos para los hermanos del lesionado.

4.2 Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante

La jurisprudencia ha entendido el lucro cesante como aquella ganancia frustrada, los intereses no percibidos o la utilidad esperada y no obtenida. Para su reconocimiento, debe encontrarse plena y adecuadamente demostrado en el proceso.

En el caso concreto la parte demandante solicitó indemnización por este concepto a favor de la víctima directa, en razón a las lesiones sufridas que le ocasionaron incapacidad laboral.

Conforme a las pruebas allegadas al proceso, se encuentra demostrada plenamente la ocurrencia del daño sufrido por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz como consecuencia de haber sufrido una descarga eléctrica mientras prestaba su servicio militar obligatorio. Así mismo, se acreditó que por tal motivo el actor fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca con un 20% de pérdida de capacidad laboral y ocupacional; y que para el 13 de julio de 2017, fecha en la cual se realizó el Informe Pericial Daño Psíquico Forense, el demandante continuaba experimentando trastorno de estrés postraumático, que en concepto del profesional del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, había cronificado y deteriorado severamente la funcionalidad del individuo.

En declaraciones rendidas por los señores Socorro Rivera Aranda³⁰, José Duván Rivera Aranda³¹ y Alexander Uzuriaga Paz³², se manifestó que antes de que el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz ingresara al Ejército Nacional a prestar servicio militar obligatorio, se dedicaba a la agricultura, pues laboraba en fincas cosechando café.

De otra parte, los señores Viviana Yisela Zamudio Valencia³³, Socorro Rivera Aranda³⁴, José Duván Rivera Aranda³⁵ y Alexander Uzuriaga Paz³⁶, indicaron en sus testimonios que desde que el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz sufrió las lesiones ya conocidas, no puede desempeñarse laboralmente porque casi no escucha bien y se asfixia al caminar, por lo que depende económicamente de su familia.

De conformidad con lo anterior, estima la Sala de Decisión que efectivamente es procedente reconocer indemnización por lucro cesante a favor del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz, pues está determinada la afectación de capacidad laboral derivada del accidente sufrido.

La liquidación de los perjuicios materiales bajo dicha modalidad se realizará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- **Renta**

El reconocimiento de indemnización por lucro cesante se otorga en este caso no por el hecho que la víctima devengara alguna suma de dinero antes de ingresar a prestar el servicio militar obligatorio, y menos que la percibiera durante el tiempo que hizo parte del Ejército Nacional, sino que se concede por cuanto es probable que a partir del momento del desacuartelamiento, el demandante iniciaría una vida productiva, teniendo en cuenta que se trata de una persona en edad laboralmente activa y, en tal sentido, devengaría por lo menos un salario mínimo.

Sobre este tema, el Consejo de Estado en providencia del 16 de agosto de 2018³⁷, precisó:

³⁰ Minuto 12:54 a 29:02 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

³¹ Minuto 1:06:12 a 1:25:14 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

³² Minuto 44:51 a 1:06:00 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

³³ Minuto 29:14 a 43:40 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

³⁴ Minuto 12:54 a 29:02 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

³⁵ Minuto 1:06:12 a 1:25:14 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

³⁶ Minuto 44:51 a 1:06:00 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Radicación número: 27001-23-31-000-2011-10226-01(50776).

La Sala considera que el reconocimiento de la indemnización por este concepto resulta procedente, porque si no se hubiera presentado el resultado dañino, luego de cumplir con su deber constitucional, lo esperable era que el aquí demandante se dedicara a alguna actividad económica y, como ello no sucedió, se debía dar aplicación a la presunción, según la cual toda persona que se encuentra en edad productiva devenga, al menos, un salario mínimo legal mensual vigente.

Frente a un caso similar al que ahora se debate, esta Subsección consideró lo siguiente:

“La Sala adoptará dentro de este proveído el salario mínimo legal vigente para la fecha de la presente providencia, toda vez que por tratarse precisamente de un soldado amparado bajo el régimen de conscripción, no existen en el proceso pruebas que determinen que el soldado Ibáñez Méndez percibía un ingreso como contraprestación por el servicio prestado de manera obligatoria, pero que en consideración al criterio de la Corporación según el cual se entiende que a partir del retiro del servicio el demandante iniciaría su vida productiva, se accederá a la referida indemnización.

“De igual manera se precisa que la indemnización que dentro de esta sentencia se reconocerá será cuantificada desde la fecha en la cual el actor se retiró de la entidad a causa de su lesión, hasta su vida probable -con base, claro está, en su incapacidad física- y no a partir de la ocurrencia de los hechos”³⁸ (se resalta).

Sin embargo, de conformidad con la postura de esta Subsección³⁹, la cual resulta aplicable en materia de conscriptos⁴⁰, no era dable incrementar en un 25% el

³⁸ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de febrero 4 de 2010, exps. acumulados 15061 y 15527. M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de septiembre de 2013, exp 29.088. M.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 37704, radicación No. 44001-23-31-000-2005-00412-01, entre muchas otras.

³⁹ Cita de cita: Al respecto, se puede consultar la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de agosto de 2017, exp. 51017, radicación No. 25000-23-26-000-2011-00994-01. Actor: Gerver Caamaño Hernández y otros. Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial.

⁴⁰ Cita de cita: Esta Subsección manifestó lo siguiente al momento de liquidar el lucro cesante de una persona que se encontraban bajo una relación especial de sujeción con el Estado: “*se tomará como ingreso base de liquidación el salario mínimo legal mensual actualmente vigente, sin que en este caso se incremente 25%, por concepto de prestaciones sociales, por cuanto la actividad económica que ejercía el aquí demandante, sin que se haya probado una distinta, debe entenderse como la de una persona independiente.*

“*Bajo ese contexto, se advierte que las prestaciones sociales son un beneficio al cual tienen derecho, únicamente, las personas que se encuentran bajo una relación laboral, más no así los contratistas o quienes se dediquen a actividades productivas independientes; para la Sala, cuando la víctima no acredita que antes de la lesión era un trabajador dependiente, dicho reconocimiento resulta improcedente*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de septiembre de

ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales, por cuanto, se itera, no se probó que el ahora demandante ejerciera una actividad económica formal.

De acuerdo con lo anterior, el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz tiene derecho al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, los cuales se liquidarán sobre la suma de \$877.803, correspondiente al valor del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de esta providencia, pues resulta más beneficiosa en términos de equidad, que la actualización del salario mínimo para la época en que finalizó su servicio militar obligatorio⁴¹.

El valor arriba indicado no será objeto de incremento por prestaciones sociales, de conformidad con lo expuesto por el Máximo Tribunal en lo Contencioso en la sentencia antes transcrita, y dicha suma se multiplicará por el porcentaje que corresponda a la pérdida de capacidad laboral, a partir del cual se determinará el valor de la renta o ingreso mensual para efectos de la indemnización.

Así, como la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca otorgó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 20%, la renta sobre la cual se calculará el lucro cesante equivale a la suma de \$175.560,6.

▪ **Extremos temporales de la indemnización**

2017, exp. 46485, radicación No. 27001-2331-000-2010-00176-01. Actor: Jacot Arturo Lara Feria y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

⁴¹ IF
Ra = R -----
Io

de donde:

Ra = Renta actualizada
Rh = Renta histórica
IF (índice final) = Índice de precios al consumidor del mes anterior al de la sentencia (junio de 2020)
Io (Índice Inicial) = Índice de precios al consumidor del mes en el cual finalizó su servicio militar obligatorio (julio de 2014)

Aplicando la fórmula señalada, se tiene:

$$Ra = \$616.000 \frac{104.97}{117.1}$$

$$Ra = \$552.190,61$$

De conformidad con la precisión hecha por el Consejo de Estado en relación con los extremos temporales de la indemnización por lucro cesante en casos de conscriptos, la liquidación en este asunto comprenderá dos períodos, el debido o consolidado y el futuro o anticipado, atendiendo lo siguiente.

En lo que se refiere al primer período, esto es, al debido o consolidado, la indemnización se realizará desde el momento en que el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz se retiró del Ejército Nacional⁴², esto es, desde el 11 de julio de 2014, hasta la fecha en la cual se profiere la sentencia, es decir, hasta el 24 de julio de 2020, para un total de 72,5 meses.

En relación con el lucro cesante futuro o anticipado, y considerando que el período de vida probable del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz es de 59 años⁴³ en atención a que para la época de los hechos contaba con 21 años, 1 mes y 22 días de edad⁴⁴, dicho lapso corresponderá a 708 meses, al cual deberá deducírsele la indemnización debida reconocida (72,5 meses), esto es, 635,5 meses.

▪ **Fórmulas a aplicar**

Se aplicarán las fórmulas financieras adoptadas por el Consejo de Estado, así:

La indemnización debida o consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

De donde,

S = es la indemnización consolidada a obtener.

Ra = es la renta o ingreso mensual actualizado.

i = interés puro o técnico mensual equivalente a 0.004867.

n = número de meses que comprende el período indemnizable.

Por su parte, la indemnización futura o anticipada se calculará con base en la siguiente fórmula:

⁴² Conforme a la constancia visible a folio 2 del cuaderno 2.

⁴³ De conformidad con la Resolución n° 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera.

⁴⁴ Nació el 1° de febrero de 1992, de conformidad con Registro Civil de Nacimiento obrante a folio 40 del cuaderno principal.

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

De donde,

S = es la indemnización futura a obtener.

Ra = es la renta o ingreso mensual actualizado.

i = interés puro o técnico mensual equivalente a 0.004867.

n = número de meses que comprende el período indemnizable.

4.2.1 Liquidación del lucro cesante consolidado

Se recuerda que la renta mensual del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz fue establecida en la suma de \$175.560,6.

Con este valor se calcula la renta dejada de percibir durante el tiempo consolidado, así:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

De donde,

S = es la indemnización consolidada a obtener.

Ra = es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$175.560,6.

i = interés puro o técnico mensual equivalente a 0.004867.

n = número de meses que comprende el período indemnizable: desde el momento en que el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz se retiró del Ejército Nacional hasta la fecha de la sentencia (del 11 de julio de 2014 al 24 de julio de 2020), esto es, 72,5 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene lo siguiente:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$175.560,6 \frac{(1+0.004867)^{72,5} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$15'219.008,07$$

Se tiene entonces, que durante el tiempo consolidado (72,5 meses) la víctima del daño dejó de percibir una renta total de \$15'219.008,07.

4.2.2 Liquidación del lucro cesante futuro

Se calcula ahora la renta dejada de percibir durante el tiempo futuro, así:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

De donde,

S = es la indemnización futura a obtener.

Ra = es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$175.560,6.

i = interés puro o técnico mensual equivalente a 0.004867

n = número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día siguiente a la fecha de la sentencia hasta completar la expectativa de vida probable de la víctima del daño, esto es, 635,5 meses.

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

Aplicando:

$$S = \$175.560,6 \frac{(1+0.004867)^{635,5} - 1}{0.004867(1.004867)^{635,5}}$$

$$S = \$34'422.853,7$$

Lo anterior significa que durante el tiempo futuro (635,5 meses), la víctima de la lesión dejó de percibir una renta total de \$34'422.853,7.

4.3 Perjuicios fisiológicos o daño a la salud

Se solicitó así mismo en la demanda el reconocimiento de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz por concepto de “(...) PERJUICIO EXTRAPATRIMONIALES (sic), FISIOLÓGICOS Y/O DAÑO A LA SALUD Y/O A LA VIDA DE RELACIÓN Y/O ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA (...) de acuerdo a reiterada Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado (...) en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral... la mengua de las posibilidades de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no

mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal (...)” (fls. 8 y 9, C.1).

En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, el Consejo de Estado ha fijado su posición en sentencias del 14 de septiembre de 2011, citadas a su vez en providencia del 24 de octubre de 2013⁴⁵, en las cuales se integraron en un solo tipo de indemnización todos los daños diferentes al material y al moral que se relacionan con la afectación a la integridad psicofísica de una persona.

En la citada providencia el Alto Tribunal estimó que la indemnización por concepto de daño a la salud o perjuicio fisiológico encuentra su sustento en la lesión o alteración a la unidad corporal del individuo, esto es, en la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, que imputable a la entidad pública que se demande y debidamente probado, genera el respectivo resarcimiento económico.

La indemnización en estos eventos procede única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no puede exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con la gravedad de la lesión, conforme a la siguiente tabla:

REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	VÍCTIMA DIRECTA
	SALARIOS MÍNIMOS
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Conviene precisar así mismo que la indemnización por concepto de daño a la salud se encuentra sujeta a lo que se demuestre en el proceso, y que su reconocimiento debe ser debidamente motivado y razonado.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 24 de octubre de 2013. Radicación número: 68001-23-15-000-1995-11195-01(25869).

De conformidad con lo acreditado en el expediente, entiende el Tribunal que para la tasación del daño a la salud deben tenerse en cuenta dos aspectos que comprenden la integridad psicofísica del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz: **i)** las lesiones físicas producidas con ocasión de la afectación por la caída del rayo, que para el caso concreto se tradujeron en hipoacusia neurosensorial bilateral; y **ii)** la afectación psicológica que el hecho dañino generó en el individuo.

Esta Sala de Decisión considera necesario traer a colación apartes de la citada providencia de unificación, en la que el Consejo de Estado sostuvo lo siguiente en relación con el reconocimiento de este perjuicio:

(...) el concepto de salud constitucionalmente protegido y cuya violación da lugar a reparación en el ámbito de la responsabilidad estatal, no está limitado a la mera funcionalidad orgánica cuantificable en porcentajes de invalidez. En efecto, la Sala acogió la definición de la Organización Mundial de la Salud de este bien jurídico en términos de “estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades”⁴⁶, el cual, valga la pena destacar, también ha sido reiteradamente admitido por jurisdicción constitucional⁴⁷.

(...)

(...) a la luz de la evolución jurisprudencial actual, resulta incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad, esto es, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se conoce. Más bien se debe avanzar hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se podrán considerar, entre otras, las siguientes variables:

- *La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)*
- *La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.*
- *La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.*
- *La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.*
- *La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.*

⁴⁶ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 14 de septiembre 2011, exp. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁷ Cita de cita: Cfr. Sentencias, T-597 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-395 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-307 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-548 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-940 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-894 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- **Los factores sociales, culturales u ocupacionales.**
- **La edad.**
- El sexo.
- El dolor físico, considerado en sí mismo.
- El aumento del riesgo vital o a la integridad
- **Las condiciones subjetivas que llevan a que una determinada clase de daño sea especialmente grave para la víctima** (v.gr. pérdida de una pierna para un atleta profesional)

Prima facie, la distinción podría parecer un simple matiz, por lo que se ha de insistir en las implicaciones de esta precisión. Básicamente, se cambia de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación consiste en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria. Sobre este punto la Sala ha de insistir en que no hay en la Constitución o en la normatividad infraconstitucional fundamento alguno para constituir los dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las juntas de calificación de invalidez en prueba única e incontestable de la gravedad del daño.

Por lo demás, se ha de notar que el concepto cualitativo de alteración psicofísica tiene una mayor extensión el relacionado con el mero porcentaje de incapacidad, especialmente cuando éste se entiende referido a lo meramente laboral. Esto es así porque existen circunstancias de afectación la integridad física o de limitación de funciones, cuya gravedad y aptitud para afectar la calidad de vida no se alcanzan a reflejar adecuadamente en la medición meramente cualitativa de la incapacidad. Este es el caso de lo que en algunas ocasiones se ha llamado daño estético⁴⁸ (subsumido dentro de esta dimensión del daño a la salud) o la lesión de la función sexual⁴⁹, componentes del daño a la salud que muy difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad.

También se unifica la jurisprudencia en lo relativo al tema espinoso del daño temporal. En efecto, al dejarse claro que la duración del daño es factor a tener en cuenta para la tasación del mismo, se aclara que el carácter permanente de la alteración o la secuela no es requisito esencial para el reconocimiento del perjuicio a la salud. Y es que, en efecto, la Sala no encuentra razones para estimar que el daño que se ha curado o mitigado jamás tuvo lugar (falseamiento de los hechos) o, lo que es aún más peligroso, que los sujetos están obligados a soportar la afectación del bien jurídico de la salud siempre y cuando ésta sea reversible. Según esta

⁴⁸ Cita de cita: Sobre la incidencia del componente estético como elemento del daño a la salud cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de marzo de 2011, radicación, 50001-23-31-000-1997-06394-01(18587). C.P. Gladys Agudelo Ordóñez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 6 de diciembre de 2013, radicación. 25000232600019990091701(24386). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴⁹ Cita de cita: Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 12 de diciembre de 2013, radicación 25000232600019961266101(27493). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; y Sentencia de 29 de agosto de 2013, radicación 25002232600020040211301 (36725), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

absurda hipótesis, en efecto, tendría sentido desestimar las pretensiones de alguien que padeció una incapacidad total durante varios años y luego se recuperó, bajo el argumento de que el daño fue revertido. En esta misma línea se ha de aclarar también, que la Sala abandona definitivamente la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración grave de las condiciones de existencia. En efecto, dado que no es razonable suponer que alguien tenga el deber de soportar la alteración psicofísica de menor entidad, no existe razón para desestimar su antijuridicidad y, por tanto, su mérito indemnizatorio.

En igual sentido, se entenderá aquí que, en tanto que el concepto de salud no se limita a la ausencia de enfermedad, cabe comprender dentro de éste la alteración del bienestar psicofísico debido a condiciones que, en estricto sentido, no representan una situación morbosa, como por ejemplo, la causación injustificada de dolor físico o psíquico (estados de duelo). Y es que, en efecto, el dolor físico o psíquico bien pueden constituirse, en un momento dado, en la respuesta fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecerse.

En conclusión se puede decir que se avanza a una noción más amplia del daño a la salud, que se pasa a definir en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma.

Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso sub lite, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo. (Resalta la Sala).

De conformidad con lo anterior, tanto para el reconocimiento como la tasación del daño a la salud se deben tener en cuenta las variables indicadas por el Consejo de Estado aplicables al caso concreto, de acuerdo a las circunstancias y pruebas, y asignarle el porcentaje correspondiente.

Como se dijo en el acápite de perjuicios morales, además del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, entendido como uno de los elementos para tasar este tipo de indemnización en su aspecto objetivo⁵⁰, obra así mismo en el expediente Informe Pericial Daño Psíquico Forense n° GRCOPPF-DRSOCCDTE-14253 del 13 de julio de 2017 (fls. 126 a 130, C.2), el cual da

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Radicación número: 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031).

cuenta de que el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz presenta un trastorno de estrés postraumático que ha deteriorado severamente la funcionalidad del individuo, al punto de llevarlo a depender de terceros para suplir sus necesidades, afectando su entorno familiar, social, personal y laboral, sumado a un posible trastorno neurocognitivo mayor, todo lo cual lo aleja de la posibilidad de recuperar el funcionamiento global que tenía antes del accidente.

En declaraciones rendidas por los señores Viviana Yisela Zamudio Valencia⁵¹, José Duván Rivera Aranda⁵² y Alexander Uzuriaga Paz⁵³, se manifestó que desde que el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz terminó su servicio militar, casi no puede trotar o correr ni desarrollar alguna actividad física, se siente mal porque no escucha bien, y no es la misma persona activa de antes porque ya no sale y no practica ningún deporte, sino que permanece en su casa.

Analizados a la luz de la sana crítica los anteriores testimonios, permiten inferir a este Juez Colegiado la intensidad de la perturbación emocional y psicológica que le causó al señor Víctor Alfonso Morales Ortiz el hecho del cual fue objeto.

Por todo lo anterior, considera esta Sala de Decisión que la gravedad de las lesiones físicas y psicológicas del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz, ascienden a un 29%, teniendo en cuenta su edad, el daño psíquico aparentemente irreversible que presenta la víctima, y las limitaciones que tal afectación supone para su desempeño personal, familiar, social y laboral.

En ese entendimiento, se reconocerá a favor del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz la suma equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Conclusión

Al encontrarse pues acreditados los elementos que configuran la responsabilidad del Estado representado en este caso por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, fuerza revocar la providencia dictada en primera instancia, para en su lugar, declarar a la accionada administrativa y patrimonialmente responsable por las lesiones físicas y psicológicas sufridas por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio y, en consecuencia,

⁵¹ Minuto 29:14 a 43:40 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

⁵² Minuto 1:06:12 a 1:25:14 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

⁵³ Minuto 44:51 a 1:06:00 del audio contenido en el CD obrante a folio 114, C.2.

condenarla al pago de perjuicios morales, materiales y por daño a la salud, según se dejó analizado.

Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 4 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandada, por haber resultado vencida en este asunto, y habida cuenta que la parte demandante se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial, interviniendo activamente durante todas las etapas del proceso, así como de sufragar los gastos procesales hasta su culminación.

Atendiendo lo previsto por el numeral 3.1.3 del artículo 6 del Acuerdo n° 1887 de 2003⁵⁴ proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija un 0.5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en este proceso como agencias en derecho a cargo de la parte demandada.

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

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

FALLA

Primero. REVÓCASE la sentencia del siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de reparación directa promovido por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz y otros contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

En su lugar,

⁵⁴ Aplicable al presente asunto por cuanto el proceso inició antes de la entrada en vigencia del Acuerdo n° PSAA16-10554 de 2016, conforme lo establece esta última disposición.

Segundo. DECLÁRASE infundado el medio exceptivo propuesto por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, que denominó “**FUERZA MAYOR**”.

Tercero. DECLÁRASE administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por las lesiones físicas y psicológicas sufridas por el señor Víctor Alfonso Morales Ortiz el 23 de marzo de 2013, cuando se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

Cuarto. Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNASE** a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar a título de perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero a favor de las personas que se señalan a continuación:

DEMANDANTE	PARENTESCO	SALARIOS MÍNIMOS RECONOCIDOS	VALOR A LA FECHA DE LA SENTENCIA
Víctor Alfonso Morales Ortiz	Víctima	40	\$35'112.120
Víctor Morales Mañunga	Padre	40	\$35'112.120
Elvira Ortiz Rivera	Madre	40	\$35'112.120
Stefany Morales Rivera	Hija	40	\$35'112.120
Carmenza Morales Ortiz	Hermana	20	\$17'556.060
Yerson Morales Ortiz	Hermano	20	\$17'556.060
Claudia Lorena Morales Ortiz	Hermana	20	\$17'556.060
Deysi Morales Ortiz	Hermana	20	\$17'556.060

Quinto. CONDÉNASE a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar a título de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, la suma de \$49'641.861,77, a favor del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz.

Sexto. CONDÉNASE a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar a título de daño a la salud, la suma equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta sentencia, esto es, \$35'112.120, a favor del señor Víctor Alfonso Morales Ortiz.

Séptimo. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Octavo. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Noveno. CONDÉNASE en costas en ambas instancias a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia, por lo brevemente expuesto. FÍJASE un 0.5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en este proceso como agencias en derecho.

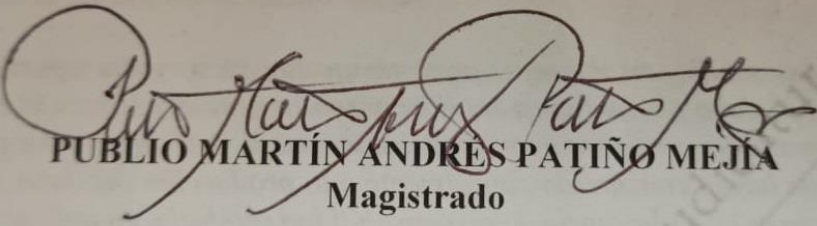
Décimo. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

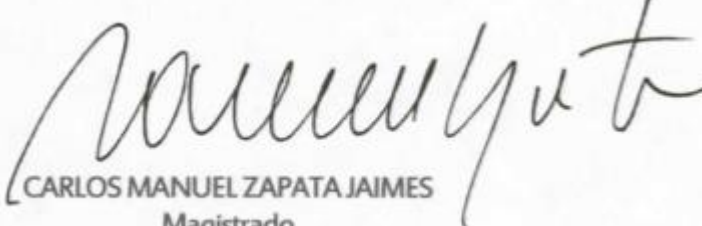
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 092

FECHA: 28 de julio de 2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 180

Asunto:	Corrección cambio de palabras en sentencia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2016-00302-02
Demandante:	Rogelio Osorio López
Demandada:	Servicio nacional de Aprendizaje Sena
Vinculado:	Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 039 del 24 de julio de 2020

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

ANTECEDENTES

En el presente asunto fue proferida sentencia de segunda instancia el 14 de julio de 2020, notificada por estado del 15 de julio del mismo año.

Mediante memorial remitido al correo electrónico del Despacho del Magistrado Ponente el 21 de julio de 2020, la parte accionante solicitó corrección de la providencia mencionada, explicando que en el planteamiento del problema jurídico se indicó el nombre de la señora Margarita Ramírez de Ramírez, cuando el mismo corresponde es al señor Rogelio Osorio López como se expresó en los demás apartes de la providencia.

CONSIDERACIONES

Respecto de la solicitud de corrección, se observa que la sentencia del 14 de julio de 2020 indicó en el problema jurídico el nombre de Margarita Ramírez de Ramírez, cuando se trata de la demanda interpuesta por señor Rogelio Osorio López.

Tratándose de un error por cambio de palabras, es procedente la corrección de la sentencia del 14 de julio de 2020, de oficio o a solicitud de parte en cualquier tiempo. Lo anterior, no obstante que en el presenta caso el error no está contenido en la parte resolutive de la sentencia ni influye en ella.

Así lo autoriza el artículo 286 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en relación con la corrección de las providencias, establece lo siguiente:

ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS. *Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.*

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión

RESUELVE

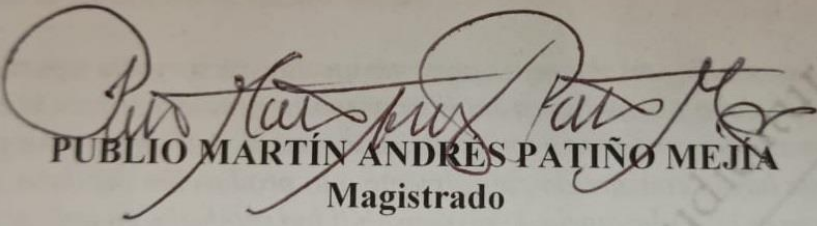
Primero. CORREGIR por cambio de palabras la sentencia del catorce (14) de julio de dos mil veinte (2020) proferida en Sala de Decisión por el Tribunal Administrativo de Caldas, en el sentido de indicar que en el problema jurídico el nombre de la parte demandante es Rogelio Osorio López.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, **CÚMPLASE** lo dispuesto en el ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 92
FECHA: 28 de julio de 2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 181

Asunto:	Corrección cambio de palabras en auto que decreta prueba de oficio
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2016-00348-02
Demandante:	Elvira Morales de Duque
Demandado:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 039 del 24 de julio de 2020

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

En el proceso de la referencia, se decretó prueba de oficio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, ordenado que por la Secretaría de esta Corporación, se **oficie** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP para que remita con destino a este proceso, información relacionada con la pensión de jubilación post-mortem reconocida al señor Octavio Duque Cataño.

No obstante, en el auto referido se indicó que el causante era el señor Octavio Duque Castaño y no Octavio Duque Cataño como efectivamente corresponde según las piezas procesales obrantes en el expediente y de acuerdo con lo informado por el apoderado de la parte actora en correo electrónico del 15 de julio de 2020.

CONSIDERACIONES

Respecto de la solicitud de corrección, se observa que el auto aprobado en Sala del 5 de junio de 2020, indicó en su contenido que el causante era el señor Octavio Duque Castaño, cuando se trata del señor Octavio Duque Cataño.

Tratándose de un error por cambio de palabras, es procedente la corrección del auto del 10 de julio de 2020, proferido en este asunto, de oficio o a solicitud de parte en cualquier tiempo. Así lo autoriza el artículo 286 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en relación con la corrección de las providencias, establece lo siguiente:

ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS. *Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.*

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión

RESUELVE

Primero. CORREGIR por cambio de palabras el auto que decretó prueba de oficio el diez (10) de julio de dos mil veinte (2020), proferido en Sala de Decisión por el Tribunal Administrativo de Caldas en el presente asunto, en el sentido de indicar que el nombre del causante es Octavio Duque Cataño.

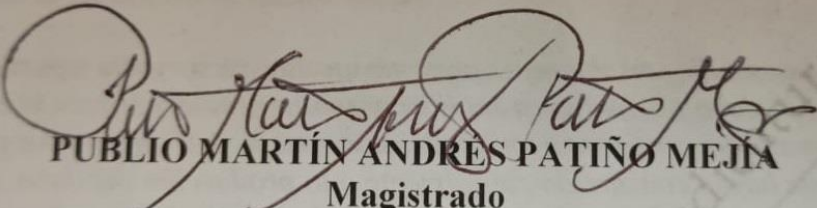
Segundo. Por la Secretaría de esta Corporación, **OFÍCIESE** nuevamente a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, indicando el nombre correcto del causante (Octavio Duque Cataño).

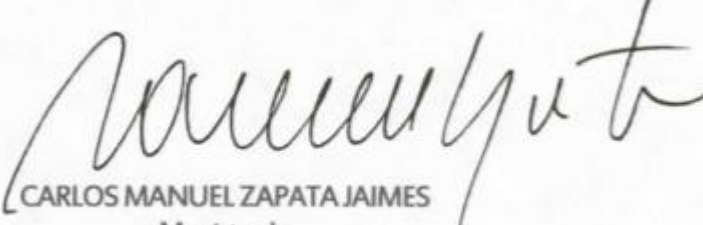
Tercero. Ejecutoriada esta providencia, **CÚMPLASE** lo dispuesto en el auto de prueba de oficio.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 92

FECHA: 28 de julio de 2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

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

Julio veintisiete (27) de 2020.



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-33-39-007-2016-00360-03
Demandante: MARIA MELVA BETANCUR DUQUE
Demandado: COLPENSIONES



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

A.S. 112

De conformidad con lo estipulado en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante (Folios 135 a 146), en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 09 de diciembre de 2019, al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el memorial se radicó el 14 de enero de 2020, es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia.

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

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

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

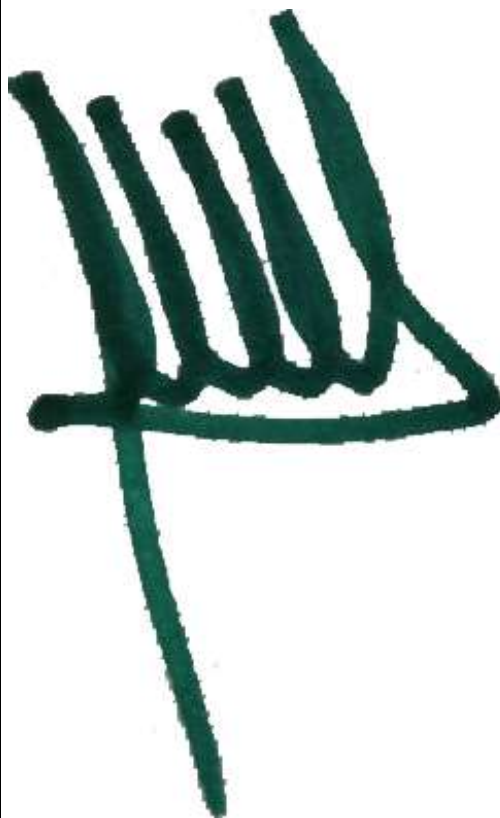
Notifíquese y cúmplase


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 092 de fecha 28/07/2020

Manizales, 28 de julio de 2020.



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 6 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: **b95eae8985c940140821ab7bae0f8c902aeac022e8b57d2c6a6469801cc6cf3a**
Documento generado en 27/07/2020 02:47:46 p.m.

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

Julio veintisiete (27) de 2020.



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-33-39-007-2018-00148-02
Demandante: MARIA ENITH GIRALDO OSPINA
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FNPSM



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

A.S. 113

De conformidad con lo estipulado en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante (Folios 58 a 73), en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 12 de diciembre de 2019, al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el memorial se radicó el 18 de diciembre de 2019, es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia.

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

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

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

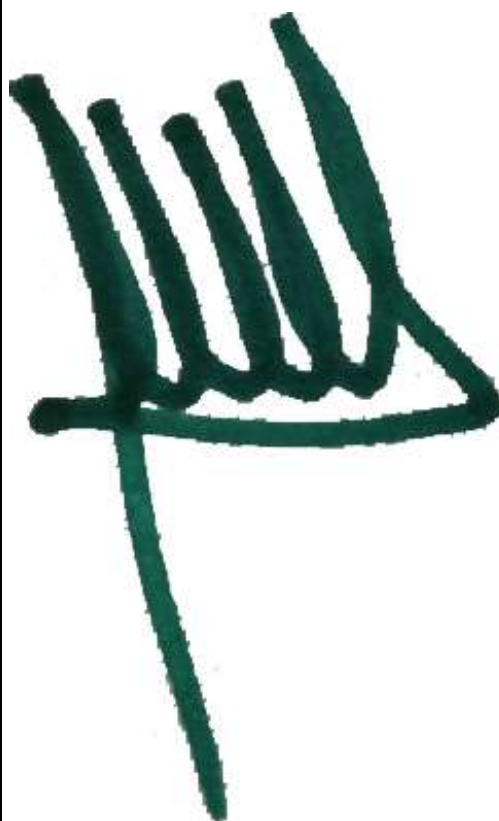
Notifíquese y cúmplase


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 092 de fecha 28/07/2020

Manizales, 28 de julio de 2020.



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 6 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: **04ff1f9e3ceb2e9c2d4a9271eeb3d1292272652cc4ac9d282498c62c4c0b4e07**
Documento generado en 27/07/2020 02:49:01 p.m.

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

Julio veintisiete (27) de 2020.



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 17001-33-39-007-2018-00151-02

Demandante: ROSALINDA DUQUE DE MARTINEZ

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

A.S. 114

De conformidad con lo estipulado en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante (Folios 61 a 76), en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 12 de diciembre de 2019, al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el memorial se radicó el 18 de diciembre de 2019, es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia.

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

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

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

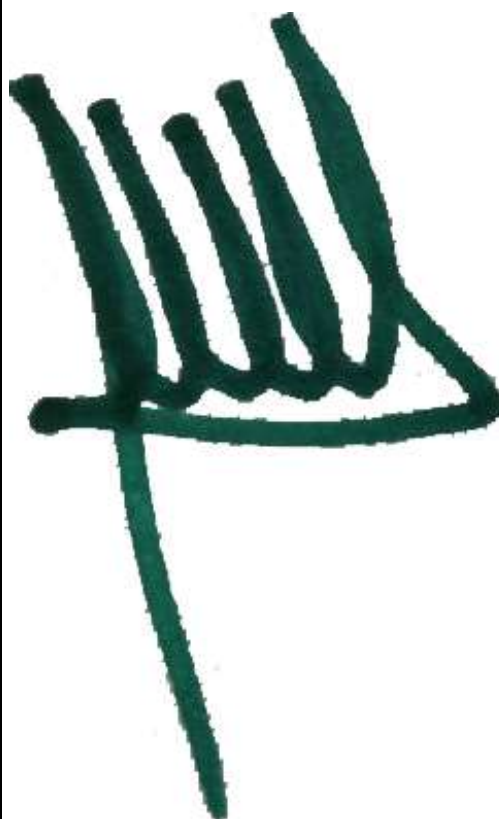
Notifíquese y cúmplase
El Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 092 de fecha 28/07/2020

Manizales, 28 de julio de 2020.



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 6 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:

1e8d1dbe9805b61f0bee89565a1fb78d835676cb60b1cc27fae12656b13e12a

5

Documento generado en 27/07/2020 02:49:56 p.m.

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

Julio veintisiete (27) de 2020.



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 17001-33-33-004-2019-00085-02

Demandante: MAGNOLIA MUÑOZ MARTINEZ

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

A.S. 115

De conformidad con lo estipulado en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante (Folios 75 a 82), en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 13 de diciembre de 2019, al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el memorial se radicó el 18 de diciembre de 2019, es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia.

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

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

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

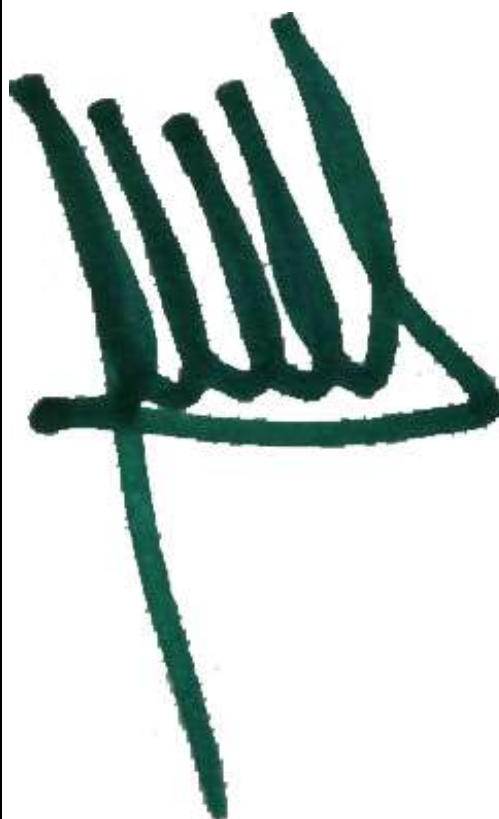
Notifíquese y cúmplase
El Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 092 de fecha 28/07/2020

Manizales, 28 de julio de 2020.



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 6 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: **a74f70c84dd87cb78a7e93318bc89d5c92fb82c86186a2c34b4df7e949d5f4dd**
Documento generado en 27/07/2020 02:50:50 p.m.

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

Julio veintisiete (27) de 2020.



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-33-33-004-2019-00090-02
Demandante: RUBIELA YEPES LONDOÑO
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

A.S. 116

De conformidad con lo estipulado en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante (Folios 76 a 83), en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 13 de diciembre de 2019, al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el memorial se radicó el 18 de diciembre de 2019, es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia.

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

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

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

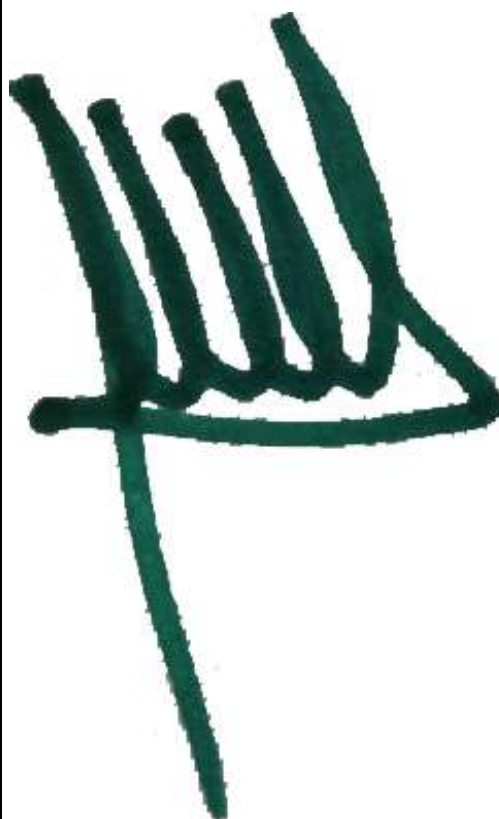
Notifíquese y cúmplase
El Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las parte por Estado Electrónico No. 092 de fecha 28/07/2020

Manizales, 28 de julio de 2020.



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

El acto judicial corresponde al aprobado en sala

Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 6 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:

**0401e9ed8315130aca0bb5999fcc9812c6468dccc6ddd5476e42e
13ead5f665**

Documento generado en 27/07/2020 02:51:53 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020).

A.I No. 109

Asunto: Admite demanda
Radicado: 1723330020200010
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
(Lesividad)
Demandante: Colpensiones
Demandado: Flor Bernarda Marulanda Castaño

SISTEMA DE ORALIDAD
-Ley 1437 de 2011-

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Lesividad) la **ADMINISTRADORA DE COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por conducto de apoderada judicial interpuso demanda en contra de la señora **FLOR BERNARDA MARULANDA CASTAÑO**.

Una vez analizado su contenido y anexos, el Tribunal encuentra procedente admitir la demanda, por cuanto fueron satisfechos los presupuestos y requisitos que se requieren para su presentación en el marco de la Ley 1437 de 2011

RESUELVE

1. **ADMITIR**, la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (lesividad) instaurada por **COLPENSIONES** en contra de **FLOR BERNARDA MARULANDA CASTAÑO**.
2. **NOTIFÍQUESE** personalmente a la señora **FLOR BERNARDA MARULANDA CASTAÑO** de conformidad con lo establecido en el artículo 200 del C.P.A.C.A..
3. **NOTIFÍQUESE** al Agente del Ministerio Público, Procurador Delegado ante esta Corporación, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, envíese por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.
4. **NOTIFÍQUESE** por estado electrónico a la parte demandante, como lo indica el artículo 201 del C.P.A.C.A.
5. Así mismo, se mantendrá en la secretaría del despacho a disposición de la parte notificada, copia de la demanda y sus anexos.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

6. **OTÓRGUESE** el término de treinta (30) días, contados a partir del vencimiento del término contenido en el artículo 199 del C.P.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. para que la parte demandada, el Ministerio Público, y los sujetos que tengan interés directo en las resultas del proceso, contesten la demanda, propongan excepciones, soliciten pruebas, llamen en garantía y/o presenten demanda de reconvención.
7. **RECONOCER**, personería para actuar en nombre y representación a la Dra. ELSA MARGARITA ROJAS OSORIO, identificada con la C.C. No. 52.080.434 de Manizales y T.P. No. 79.630 del C. S. de la J. como apoderada judicial de **COLPENSIONES** en los términos del poder conferido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. 092 FECHA: 28 de julio de 2020 HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA SECRETARIO

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

DESPACHO 6 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:

429ab309cc1cdc452f732871135af6402b7290c261654f9d55f3e53999c11f9a

Documento generado en 27/07/2020 02:53:39 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

A.I No. 110

Asunto: Traslado Medida Cautelar
Radicado: 1723330020200010
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
(Lesividad)
Demandante: Colpensiones
Demandado: Flor Bernarda Marulanda Castaño

Procede el Despacho a dar traslado de la solicitud de Medida Cautelar.

CONSIDERACIONES

En el mismo escrito de la demanda, la entidad demandante solicita se decrete la suspensión provisional del acto administrativo demandado, Resolución GNR 225406 del 18 de junio de 2014, proferida por COLPENSIONES, por medio del cual se reconoció una pensión de sobreviviente a favor de la señora Flor Bernarda Marulanda Castaño, sin embargo la beneficiaria no cumplía con el requisito de cinco (05) años de convivencia.

El artículo 238 de la Constitución Política prevé la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos susceptibles de impugnación judicial *“Por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”*.

Por su parte, el artículo 231 del C.P.A.C.A., establece como requisitos para decretar las medidas cautelares así: *“... Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

Por su parte, el artículo 233 del CPACA, dispone cuál es el procedimiento a seguir para la adopción de medidas cautelares:

“Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión**Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso. “

En atención a lo anterior, se ordenará correr traslado de la solicitud de la medida cautelar para que la demandada se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (05) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Por lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: ORDENAR correr el traslado de la solicitud de medida cautelar formulada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a la demandada **FLOR BERNARDA MARULANDA CASTAÑO**, para que se pronuncie en escrito separado dentro de los cinco (05) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda de conformidad con el artículo 233 del C.P.A.C.A.

SEGUNDO: Notifíquese por estado ésta decisión simultáneamente con el auto admisorio de la presente demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**Magistrado**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN
PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 6 TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 092
FECHA: 28 de julio de 2020
HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA
SECRETARIO

**ANDRES

TRIBUNAL O

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:
c744f75be3497e565166f473eb3f5a0ae6874ab6a0125bb5055f23a815300e97
Documento generado en 27/07/2020 02:56:17 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

A.I No. 108

Asunto: Admite demanda
Radicado: 1723330020200041-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: JONATAN ALEXIS BERNAL ECHEVERRY
Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional

SISTEMA DE ORALIDAD
-Ley 1437 de 2011-

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el señor **JONATAN ALEXIS BERNAL ECHEVERRY**, por conducto de apoderada judicial interpuso demanda en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL**

Una vez analizado su contenido y anexos, el Tribunal encuentra procedente admitir la demanda, por cuanto fueron satisfechos los presupuestos y requisitos que se requieren para su presentación en el marco de la Ley 1437 de 2011

RESUELVE

1. **ADMITIR**, la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por el señor **JONATAN ALEXIS BERNAL ECHEVERRY** en contra de la **NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL**
2. **NOTIFÍQUESE**, personalmente a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL**, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, **envíese** por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda
3. **NOTIFÍQUESE** al Agente del Ministerio Público, Procurador Delegado ante esta Corporación, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, envíese por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

4. **OTÓRGUESE** el término de treinta (30) días, contados a partir del vencimiento del término contenido en el artículo 199 del C.P.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. para que la parte demandada, el Ministerio Público, y los sujetos que tengan interés directo en las resultas del proceso, contesten la demanda, propongan excepciones, soliciten pruebas, llamen en garantía y/o presenten demanda de reconvención.
5. **RECONOCER**, personería para actuar en nombre y representación a la Dra. JONATAN DANIEL MARIN SIERRA, identificada con la C.C. No. 16.079.409 de Manizales y T.P. No. 337.036 del C. S. de la J. como apoderada judicial de **JONATNA ALEXIS BERNAL ECHEVERRY** en los términos del poder conferido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 092
FECHA: 28 de julio de 2020
HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020)

A.S No. 111

Asunto: Medida Cautelar
Radicado: 1723330020200041-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: JONATAN ALEXIS BERNAL ECHEVERRY
Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional

Procede el Despacho a dar traslado de la solicitud de Medida Cautelar.

CONSIDERACIONES

En el mismo escrito de la demanda, la entidad demandante solicita se decrete la suspensión provisional del acto administrativo demandado, Resolución N 04278 del 18 del 26 de septiembre de 2019, proferida por MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICIA NACIONAL, por medio del cual se ordenó retirar del servicio activo de la Policía Nacional, por disminución de la capacidad sicofísica.

El artículo 238 de la Constitución Política prevé la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos susceptibles de impugnación judicial *“Por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”*.

Por su parte, el artículo 231 del C.P.A.C.A., establece como requisitos para decretar las medidas cautelares así: *“... Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

Por su parte, el artículo 233 del CPACA, dispone cuál es el procedimiento a seguir para la adopción de medidas cautelares:

“Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**Sala de Decisión****Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso. “

En atención a lo anterior, se ordenará correr traslado de la solicitud de la medida cautelar para que la demandada se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (05) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Por lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: ORDENAR correr el traslado de la solicitud de medida cautelar formulada por JONATAN ALEXIS BERNAL ECHEVERRÉ a la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL**, para que se pronuncie en escrito separado dentro de los cinco (05) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda de conformidad con el artículo 233 del C.P.A.C.A.

SEGUNDO: Notifíquese por estado ésta decisión simultáneamente con el auto admisorio de la presente demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Magistrado

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 6 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:

fc9744877fa2afd94d2f0df04a41c9b6c58f8cc0df41c629bad5cea4d1e99ce1

Documento generado en 27/07/2020 02:56:48 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

A.I No.117

Asunto: Medida Cautelar

Radicado: 1723330020200041-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: JONATAN ALEXIS BERNAL ECHEVERRY

Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional

Procede el Despacho a dar traslado de la solicitud de Medida Cautelar.

CONSIDERACIONES

En el mismo escrito de la demanda, la entidad demandante solicita se decrete la suspensión provisional del acto administrativo demandado, Resolución N 04278 del 18 del 26 de septiembre de 2019, proferida por MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICIA NACIONAL, por medio del cual se ordenó retirar del servicio activo de la Policía Nacional, por disminución de la capacidad sicológica.

El artículo 238 de la Constitución Política prevé la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos susceptibles de impugnación judicial *“Por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”*.

Por su parte, el artículo 231 del C.P.A.C.A., establece como requisitos para decretar las medidas cautelares así: *“... Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

Por su parte, el artículo 233 del CPACA, dispone cuál es el procedimiento a seguir para la adopción de medidas cautelares:

“Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso. “

En atención a lo anterior, se ordenará correr traslado de la solicitud de la medida cautelar para que la demandada se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (05) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Por lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: ORDENAR correr el traslado de la solicitud de medida cautelar formulada por **JONATAN ALEXIS BERNAL ECHEVERRY** a la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL**, para que se pronuncie en escrito separado dentro de los cinco (05) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda de conformidad con el artículo 233 del C.P.A.C.A.

SEGUNDO: Notifíquese por estado ésta decisión simultáneamente con el auto admisorio de la presente demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Firmado Por:

**PUBLIO
PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
SECCIONAL
DESPACHO 6

CALDAS**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 092

FECHA: 28 de julio de 2020

HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA
SECRETARIO

**MARTIN ANDRES

TRIBUNAL O CONSEJO

TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE**

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:
1af03cc4edc6f6c26736923abec1e3e8c8c76e5f104e2ec45df45788c98e6859
Documento generado en 27/07/2020 02:57:30 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020).

Auto Interlocutorio No.111

Asunto: Admisión de Demanda

Radicado: 172333000202000048-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: HENRY SERNA RESTREPO

Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales

SISTEMA DE ORALIDAD

-Ley 1437 de 2011-

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho al señor **HENRY SERNA RESTREPO**, por conducto de apoderada judicial interpuso demanda en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**.

Una vez analizado su contenido y anexos, el Tribunal encuentra procedente admitir la demanda, por cuanto fueron satisfechos los presupuestos y requisitos que se requieren para su presentación en el marco de la Ley 1437 de 2011.

En razón de lo expuesto,

- 1. ADMITIR** la demanda bajo el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por el señor **HENRY SERNA RESTREPO**, por conducto de apoderado judicial interpuso demanda en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**
- 2. Notifíquese** personalmente a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, **envíese** por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

2.1. Por tener interés en el proceso DEPARTAMENTO DE CALDAS (Art. 159 CPACA), o a quien éste haya delegado la facultad de recibir notificaciones judiciales.

3. NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público, Procurador Delegado ante esta Corporación, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P.. Para el efecto, envíese por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.

4. NOTIFÍQUESE personalmente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, envíese por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.

5. OTÓRGUESE el término de treinta (30) días, contados a partir del vencimiento del término contenido en el artículo 199 del C.P.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. para que la parte demandada, el Ministerio Público, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y los sujetos que tengan interés directo en los resultados del proceso, contesten la demanda, propongan excepciones, soliciten pruebas, llamen en garantía y/o presenten demanda de reconvención.

6. REQUIÉRASE a :

6.1. UGPP

• *Para que con la contestación de la demanda allegue al plenario, el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder, so pena de que el funcionario encargado se constituya en falta disciplinaria gravísima sancionable, de conformidad con lo consagrado en el parágrafo 1° del artículo 175 del C.P.A.C.A.*

• *Para que insten al Comité de Conciliación de la respectiva entidad a estudiar la viabilidad de conciliar en el presente proceso, previo a la fecha de celebración de la audiencia inicial, de conformidad con lo establecido en el numeral 8° del artículo 180 del C.P.A.C.A.*

6.2. DEPARTAMENTO DE CALDAS

• *Certifique y allegue los establecimientos educativos en los cuales estuvo vinculada mediante contratos o nombramientos del señor HENRY SERNA RESTREPO con cedula de ciudadanía 10214972.*

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

- *Informe el origen de los Recursos con los cuales se le cancelaron los salarios al señor **Henry Serna Restrepo**.*
- *Informar el nivel del Establecimiento Educativo.*
- *Si la plaza en la cual estaba al docente **Henry Serna Restrepo**, era de carácter nacional o territorial*
- *Allegue todos los actos administrativos por medio de los cuales se vincularon como docente al señor **Henry Serna Restrepo**..*

7. **RECONOCER**, personería para actuar en nombre y representación al Dr. LUIS CARLOS AVELLANEDA TARAZONA identificada con la C.C. No. 19.138.292 de Manizales y T.P. No. 15.338 del C. S. de la J. como apoderada judicial del señor HENRY SERNA RESTREPO en los términos del poder conferido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN
MEJIA
MAGISTRADO
CONSEJO
DESPACHO 6

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 092

FECHA: 28 de julio de 2020

HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA
SECRETARIO

ANDRES PATIÑO

TRIBUNAL O
SECCIONAL
TRIBUNAL

ADMINISTRATIVO DE CALDAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

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:

e86313c0548916d47180a660ee0a775a5eab6d6098185fca194d2b51f132535f

Documento generado en 27/07/2020 02:58:04 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020).

Auto Interlocutorio No.112

Asunto: Admisión de Demanda

Radicado: 17233300020200069-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: LUZ MARY CASTAÑO DE SALGADO

Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales

SISTEMA DE ORALIDAD

-Ley 1437 de 2011-

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho a la señora **LUZ MARY CASTAÑO DE SALGADO**, por conducto de apoderada judicial interpuso demanda en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**.

Una vez analizado su contenido y anexos, el Tribunal encuentra procedente admitir la demanda, por cuanto fueron satisfechos los presupuestos y requisitos que se requieren para su presentación en el marco de la Ley 1437 de 2011.

En razón de lo expuesto,

- 1. ADMITIR** la demanda bajo el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por la señora **LUZ MARY CASTAÑO DE SALGADO**, por conducto de apoderado judicial interpuso demanda en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**
- 2. Notifíquese** personalmente a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES- UGPP**, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, **envíese** por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

2.1. Por tener interés en el proceso DEPARTAMENTO DE CALDAS (Art. 159 CPACA), o a quien éste haya delegado la facultad de recibir notificaciones judiciales.

3. NOTIFÍQUESE personalmente al Agente del Ministerio Público, Procurador Delegado ante esta Corporación, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, envíese por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.

4. NOTIFÍQUESE personalmente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. Para el efecto, envíese por Secretaría copia magnética de la presente providencia y de la demanda.

5. OTÓRGUESE el término de treinta (30) días, contados a partir del vencimiento del término contenido en el artículo 199 del C.P.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. para que la parte demandada, el Ministerio Público, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y los sujetos que tengan interés directo en las results del proceso, contesten la demanda, propongan excepciones, soliciten pruebas, llamen en garantía y/o presenten demanda de reconvención.

6. REQUIÉRASE a :

6.1. UGPP

• *Para que con la contestación de la demanda allegue al plenario, el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder, so pena de que el funcionario encargado se constituya en falta disciplinaria gravísima sancionable, de conformidad con lo consagrado en el parágrafo 1° del artículo 175 del C.P.A.C.A.*

• *Para que insten al Comité de Conciliación de la respectiva entidad a estudiar la viabilidad de conciliar en el presente proceso, previo a la fecha de celebración de la audiencia inicial, de conformidad con lo establecido en el numeral 8° del artículo 180 del C.P.A.C.A.*

6.2. DEPARTAMENTO DE CALDAS

• *Certifique y allegue los establecimientos educativos en los cuales estuvo vinculada mediante contratos o nombramientos la señora Luz Mary Castaño De Salgado con cedula de ciudadanía 24.316.976.*

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

- *Informe el origen de los Recursos con los cuales se le cancelaron los salarios a la señora **Luz Mary Castaño De Salgado**.*
- *Informar el nivel del Establecimiento Educativo.*
- *Si la plaza en la cual estaba la docente **Luz Mary Castaño De Salgado** era de carácter nacional o territorial*
- *Allegue todos los actos administrativos por medio de los cuales se vincularon como docente a la señora **Luz Mary Castaño De Salgado**.*

6.3. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS:

- *Allegue copia de la sentencia del 13 de septiembre de 2012 y confirmada por el Honorable Consejo de Estado el 12 de mayo de 2014; accionante **Luz Mary Castaño De Salgado**.*
7. **RECONOCER**, personería para actuar en nombre y representación a la Dra. DINA ROSA LOPEZ SANCHEZ identificada con la C.C. No. 52.492.389 de Manizales y T.P. No. 130.851 del C. S. de la J. como apoderada judicial dela señora **Luz Mary Castaño de Salgado** en los términos del poder conferido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 6 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:

dfb297afca295970705554671ee70fc756b62a58279026a66a7fb87c6898c417

Documento generado en 27/07/2020 02:58:38 p.m.

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. **092**

FECHA: 28 de julio de 2020

**HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA
SECRETARIO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

A.S No. 108

Asunto: Inadmite demanda

Radicado: 1723330020200077-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: ROSA EMILIA DUQUE GIL

Demandado: ASSBASALUD E.S.E

SISTEMA DE ORALIDAD

-Ley 1437 de 2011-

Revisada la demanda, encuentra el Despacho que carece de algunos requisitos que habrán de ser corregidos en el término de diez (10) días, conforme lo ordena el art. 170 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Al respecto:

- *Para la determinación de la cuantía, el solicitante debe aportar la operación matemática, con la cual justifica y precisa la estimación razonada de la cuantía, además deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 157 del C.P.A.C.A, en virtud del cual , “cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años”(resalta el despacho).*
- *Téngase en cuenta que los últimos tres años deben ser los inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda; lapso que igualmente se tiene en cuenta al momento de aplicar la prescripción trienal de las prestaciones de causación periódica.*

Por lo anteriormente expuesto,

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

RESUELVE:

PRIMERO: Inadmitir la demanda instaurada por la señora ROSA EMILIA DUQUE GIL en contra de la ASSBASALUD E.S.E por los motivos expuestos.

SEGUNDO: Ordenar corregir la demanda en el término de diez (10) días, teniendo en cuenta las consideraciones antes esgrimidas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN
MEJIA
MAGISTRADO
CONSEJO
DESPACHO 6
ADMINISTRATIVO**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. 092 FECHA: 28 de julio de 2020 HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA SECRETARIO

ANDRES PATIÑO

**TRIBUNAL O
SECCIONAL
TRIBUNAL
DE CALDAS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

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:

798b55903a3e34ec2b4a2521f3fdd3b0432bf197d4804d0a844dbfdb090192a0

Documento generado en 27/07/2020 02:59:10 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Sexta
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020).

Auto de Interlocutorio: 114

ASUNTO:	LIBRA MANDAMIENTO DE PAGO
ACCIÓN:	EJECUTIVA
DEMANDANTE:	ALEJANDRO ADAMES DÍAZ
DEMANDADO:	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICACIÓN:	170012333000-2019-00142-002

➤ **Pretensiones:**

El señor **ALEJANDRO ADAMES DÍAZ** solicita se libre mandamiento de pago en su favor y en contra de la citada entidad por la suma de **TRES MIL CIENTO VEINTE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$3.120.773.556) MONEDA CORRIENTE**, por concepto de pago de salarios, prestaciones sociales, seguridad social integral e intereses desde el día 15 de septiembre de 2003 hasta el 03 de febrero de 2014.

Se condene al reconocimiento y pago de costas y agencias en derecho.

➤ **Hechos:**

- Señala que el 15 de septiembre de 2003, mediante Resolución N 0-1724 del 15 de septiembre de 2003 declaró insubsistente el nombramiento del señor Alejandro Adames Díaz como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito.
- Afirma que mediante Sentencia del 30 de septiembre de 2011 el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, resolvió negar la totalidad de las pretensiones

- Que posteriormente se interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo de Caldas, el cual mediante sentencia del 11 de julio de 2013, se revocó la sentencia de primera instancia y accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando a la Fiscalía General de la Nación, el reintegro y pago de sueldos prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde el 15 de septiembre de 2003, hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo.
- Agrega que la sentencia quedó ejecutoriada el 28 de octubre de 2013.
- Señala que mediante resolución N 4533 del 27 de diciembre 2003, se ordenó el reintegro del señor **ALEJANDRO ADAMES DÍAZ**, posesionándose al cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Manizales el día 03 de febrero de 2014.
- El día 05 de noviembre de 2013 se radicó ante la entidad demandada la respectiva solicitud de cumplimiento; sin embargo, hasta la fecha a pesar de haber reintegrado al señor Alejandro Adames Díaz; no ha pagado las obligaciones salariales prestacionales y demás emolumentos laborales derivados de la sentencia de fecha 11 de julio de 2013

DEL TÍTULO EJECUTIVO Y ANEXOS DE LA DEMANDA APORTADOS

En el sub judice la parte demandante presentó como título ejecutivo los siguientes documentos:

- Copia de la contestación a la solicitud de pago de la sentencia /fl 14/
- Copia de la Resolución N 04533 del 27 de diciembre de 2013 mediante la cual se dispuso un reintegro /fl 18-23
- Copia del dictamen pericial (liquidación de Crédito) /fl 25-43.
- Copia auténtica con la constancia de ejecutoria de las sentencias proferidas el 30 de septiembre de 2011 y el 11 de julio de 2013 por el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión y el Tribunal Administrativo. /fls. 54-77

PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

El artículo 104 del CPACA ha establecido de manera genérica los asuntos que le compete conocer a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es así como respecto a los procesos ejecutivos dispone:

“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

“...

“6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades...” /Subraya el Despacho/.

Contiene el numeral 6º del artículo 104 del CPACA, la disposición procesal especial relativa a qué asuntos que en materia de juicios ejecutivos debe resolver esta Jurisdicción.

Así mismo, el artículo 297 del CPACA, preceptúa:

“Artículo 297. Título Ejecutivo. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.”

Norma esta última que sólo contiene una relación de títulos ejecutivos, más no regula otras competencias diferentes a las del artículo 104 del CPACA.

Por su parte, el numeral 1º del artículo 105 del CPACA, excluyó expresamente a la jurisdicción contencioso administrativa del conocimiento de procesos ejecutivos que se deriven de las siguientes entidades y actividades: *“1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.* /Negrillas del Despacho/

Quiere decir lo anterior que, si la base del recaudo ejecutivo no es una condena impuesta por la Jurisdicción Administrativa, no obedece a una conciliación aprobada por esta Jurisdicción, como tampoco proviene de un laudo arbitral en que hubiere sido parte una entidad pública; y no ha tenido origen en contratos celebrados por una entidad estatal, deviene evidente que el conocimiento del presente asunto no está en cabeza de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Ahora bien, las obligaciones ejecutables, según la ley procesal civil, artículos 422 y 424 del C. G. P., requieren de demostración documental en la cual se advierta la satisfacción de las condiciones tanto formales, como de fondo. Las primeras miran, a que se trate de documento o documentos que conformen unidad jurídica; que emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez, o por árbitro, etc. Las segundas condiciones, de fondo, atañen a que de ese o esos documentos, con alguno de los orígenes indicados, aparezca a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, una obligación clara, expresa y exigible y además líquida o liquidable por simple operación aritmética si se trata de pagar una suma de dinero.

Frente a esas calificaciones, ha señalado la doctrina, que por “*expresa*” debe entenderse cuando la obligación aparece manifiesta en la redacción misma del título, es decir que en el documento (s) que contiene la obligación debe constar en forma clara el “*crédito - deuda*” sin que para ello haya que acudir a elucubraciones o suposiciones; por ello, como lo ha dicho la doctrina procesal colombiana, “*Faltará este requisito cuando se pretenda deducir la obligación por razonamientos lógico jurídicos, considerándola una consecuencia implícita o una interpretación personal indirecta*”.

Otra de las cualidades necesarias para que una obligación sea ejecutable es la claridad, lo que significa que debe ser fácilmente inteligible y entenderse en un solo sentido; y la última, para que la obligación sea ejecutable, es la de que sea exigible lo que se traduce en que puede demandarse su cumplimiento por no estar pendiente de un plazo o una condición. Dicho de otra forma, la exigibilidad de la obligación se debe a la que debía cumplirse dentro de cierto término ya vencido, o cuando ocurriera una condición ya acontecida, o para la cual no se señaló término, pero cuyo cumplimiento sólo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió; y, la que es pura y simple por no haberse sometido a plazo ni condición, previo requerimiento¹.

El Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 192 consagra la obligación de la entidades públicas en el cumplimiento de sentencia de adoptar dentro de los 30 días siguientes a su ejecución las medidas necesarias para el cumplimiento de aquellas; así mismo el artículo 195 numerales 4 del C.P.A.C.A., prevé el trámite para el pago de condenas impuestas en sentencias Judiciales y los artículos 297, 298 y 299 establecen disposiciones que se ocupan de regular los documentos que tendrán el carácter de títulos ejecutivos aquellos que contienen obligaciones clara expresas y exigibles.

➤ **Caso concreto y conclusión:**

Así las cosas, se tiene que las obligaciones que se pretenden ejecutar provienen de dos sentencias proferidas por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en asuntos de carácter laboral, de fechas 30 de septiembre de 2011 y el 11 de julio de 2013 ejecutoria el 27 de agosto de 2013 /ver constancia fl. 77/ y en la que se dispuso ordenar a la FISCALÍA GENERAL DE

¹ CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA - Consejera Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. 23 de septiembre 2004, Radicación número: 68001-23-15-000-2003-2309-01(26563)A. Actor: INOCENCIO MARTINEZ ESTRADA

LA NACIÓN al pago de los salarios y demás prestaciones sociales que resulten a favor del actor desde el momento del retiro y hasta que se reintegre efectivamente al servicio.

La parte ejecutante señaló que el Fiscalía General de la Nación no le ha cancelado los salarios, prestaciones sociales, el pago de la seguridad social, la indexación, ni los intereses moratorios.

El art. 430 del C.P.C. consagra que “... *el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida si fuere procedente o en la que aquél considere legal...*” /Negrilla del Despacho/.

Teniendo en cuenta que el título ejecutivo base de esta ejecución está contenido en la dos sentencias proferidas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de la cual se derivan unas sumas liquidables, se libraré mandamiento de pago en contra del FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

El art. 430 del CGP consagra que “... *el juez libraré mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida si fuere procedente o en la que aquél considere legal...*” /Negrilla del Despacho/.

Se procede a analizar la suma por la cual se libraré por la suma que seguidamente pasa a explicarse:

En el escrito de demanda la demanda, el apoderado del señor ALEJANDRO ADAMES DÍAZ solicita se libre mandamiento de pago por la suma de **\$3.120.773.556**, por concepto de salarios, prestaciones sociales, seguridad social e intereses desde el 15 de septiembre de 2003 hasta el 3 de febrero de 2014 discriminados así:

Salarios y Prestaciones Sociales	\$1.042.796.346
Intereses Corrientes	\$105.593.048
Intereses moratorios	\$1.512.842.874
Sanción moratoria²	\$ 570.015.268
TOTAL	\$ 3.231.247.536

Considera el Despacho que no es dado librar mandamiento de pago sobre los valores correspondientes al pago de la sanción por mora por la no consignación de las cesantías, por el valor de **\$ 570.015.268**, toda vez que no fue ordenada por la sentencia.

Si bien la parte ejecutante formuló su demanda ejecutiva por valor mayor, el origen de este cobro deviene de una sentencia judicial que reconoció derechos laborales, ordenando el reajuste pensional en sumas no liquidadas sino liquidables; en virtud de ello y atendiendo a la obligación contenida en el art. 430 del C.G. P., se procede a librar el mandamiento en la suma explicada por el Despacho, considerando adicionalmente que los valores ordenados en la sentencia, tienen como origen derechos laborales reconocidos en la sentencia base del recaudo.

² Por el no pago oportuno de las cesantías

En el cálculo del capital adeudado se tomó en cuenta la certificación recibida el día 10 de febrero de 2020.

Año	Valor calculado Despacho	Valor Calculado Abogado	Diferencia	Observaciones
2003	29.130.673	25.024.089	4.106.584	En la liquidacion aportada se tiene un salario \$2,885,616, Gtos de Representacion \$961,873, Prima especial de \$s se tomo mensual en la liquidacion y el abogado solo tiene un valor de \$339,861 en Dic, los cuales no coinciden con la certificacion FI 119
2004	87.346.345	88.032.031	(685.686)	
2005	88.419.790	88.429.677	(9.887)	
2006	99.911.240	100.846.982	(935.742)	
2007	98.868.956	98.899.960	(31.004)	
2008	97.499.186	108.139.914	(10.640.728)	El abogado tomo la bonificacion por actividad judicial erradamente tomo el valor del certificado doble por semestre y era por el año distribuido en Junio y Diciembre
2009	102.520.861	113.622.302	(11.101.441)	
2010	102.499.228	114.356.621	(11.857.393)	
2011	103.034.163	119.750.421	(16.716.258)	
2012	104.478.233	115.186.033	(10.707.800)	
2013	95.942.437	95.531.406	411.031	
Total	1.009.651.112	1.067.819.436	(58.168.324)	

A partir de esa diferencia se empiezan a realizar los cálculos matemáticos de la siguiente manera:

INDEXACIÓN

Año	Mes	Dias	Valor adeudado	IPC Inicial	IPC Final	Factor	Valor indexado	Valor Acumulado indexado
2003	Septiembre	16	2.568.607	75,26	113,89	1,51	3.887.041	3.887.041
2003	Octubre	30	4.816.139	75,31	113,89	1,51	7.283.362	11.170.403
2003	Noviembre	30	4.816.139	75,57	113,89	1,51	7.258.304	18.428.707
2003	Diciembre	30	7.137.527	76,03	113,89	1,50	10.691.739	29.120.446
2004	Enero	30	3.858.838	76,70	113,89	1,48	5.729.896	34.850.342
2004	Febrero	30	3.858.838	77,62	113,89	1,47	5.661.982	40.512.325
2004	Marzo	30	3.858.838	78,39	113,89	1,45	5.606.366	46.118.691
2004	Abril	30	3.858.838	78,74	113,89	1,45	5.581.446	51.700.137
2004	Mayo	30	3.858.838	79,04	113,89	1,44	5.560.261	57.260.398
2004	Junio	30	3.858.838	79,52	113,89	1,43	5.526.698	62.787.097
2004	Julio	30	5.436.362	79,50	113,89	1,43	7.788.015	70.575.112
2004	Agosto	30	5.156.908	79,52	113,89	1,43	7.385.818	77.960.930
2004	Septiembre	30	3.858.838	79,76	113,89	1,43	5.510.068	83.470.999
2004	Octubre	30	3.858.838	79,75	113,89	1,43	5.510.759	88.981.758
2004	Noviembre	30	3.858.838	79,97	113,89	1,42	5.495.599	94.477.357
2004	Diciembre	30	15.465.034	80,21	113,89	1,42	21.958.767	116.436.124
2005	Enero	30	4.071.075	80,87	113,89	1,41	5.733.334	122.169.459

2005	Febrero	30	4.071.075	81,70	113,89	1,39	5.675.089	127.844.547
2005	Marzo	30	4.071.075	82,33	113,89	1,38	5.631.662	133.476.209
2005	Abril	30	4.071.075	82,69	113,89	1,38	5.607.144	139.083.353
2005	Mayo	30	4.071.075	83,03	113,89	1,37	5.584.183	144.667.536
2005	Junio	30	4.071.075	83,36	113,89	1,37	5.562.077	150.229.613
2005	Julio	30	6.165.982	83,40	113,89	1,37	8.420.188	158.649.801
2005	Agosto	30	5.495.951	83,40	113,89	1,37	7.505.202	166.155.003
2005	Septiembre	30	4.071.075	83,76	113,89	1,36	5.535.515	171.690.518
2005	Octubre	30	4.071.075	83,95	113,89	1,36	5.522.987	177.213.505
2005	Noviembre	30	4.071.075	84,05	113,89	1,36	5.516.416	182.729.921
2005	Diciembre	30	16.315.614	84,10	113,89	1,35	22.094.950	204.824.871
2006	Enero	30	4.274.630	84,56	113,89	1,35	5.757.304	210.582.175
2006	Febrero	30	4.274.630	85,11	113,89	1,34	5.720.099	216.302.274
2006	Marzo	30	4.274.630	85,71	113,89	1,33	5.680.056	221.982.330
2006	Abril	30	4.274.630	86,10	113,89	1,32	5.654.328	227.636.657
2006	Mayo	30	4.274.630	86,38	113,89	1,32	5.635.999	233.272.656
2006	Junio	30	8.460.199	86,64	113,89	1,31	11.121.100	244.393.756
2006	Julio	30	6.474.283	87,00	113,89	1,31	8.475.357	252.869.113
2006	Agosto	30	5.770.751	87,34	113,89	1,30	7.524.969	260.394.082
2006	Septiembre	30	4.274.630	87,59	113,89	1,30	5.558.141	265.952.224
2006	Octubre	30	4.274.630	87,46	113,89	1,30	5.566.403	271.518.627
2006	Noviembre	30	4.274.630	87,67	113,89	1,30	5.553.070	277.071.696
2006	Diciembre	30	21.316.971	87,87	113,89	1,30	27.629.337	304.701.033
2007	Enero	30	4.466.989	88,54	113,89	1,29	5.745.938	310.446.971
2007	Febrero	30	4.466.989	89,58	113,89	1,27	5.679.229	316.126.201
2007	Marzo	30	4.466.989	90,67	113,89	1,26	5.610.956	321.737.157
2007	Abril	30	4.466.989	91,48	113,89	1,24	5.561.274	327.298.431
2007	Mayo	30	4.466.989	91,76	113,89	1,24	5.544.304	332.842.736
2007	Junio	30	8.840.909	91,87	113,89	1,24	10.959.956	343.802.691
2007	Julio	30	6.765.627	92,02	113,89	1,24	8.373.585	352.176.276
2007	Agosto	30	6.030.435	91,90	113,89	1,24	7.473.409	359.649.685
2007	Septiembre	30	4.466.989	91,97	113,89	1,24	5.531.645	365.181.329
2007	Octubre	30	4.466.989	91,98	113,89	1,24	5.531.043	370.712.373
2007	Noviembre	30	4.466.989	92,42	113,89	1,23	5.504.711	376.217.084
2007	Diciembre	30	22.276.236	92,87	113,89	1,23	27.318.193	403.535.276
2008	Enero	30	4.721.161	93,85	113,89	1,21	5.729.281	409.264.557
2008	Febrero	30	4.721.161	95,27	113,89	1,20	5.643.886	414.908.443
2008	Marzo	30	4.721.161	96,04	113,89	1,19	5.598.636	420.507.080
2008	Abril	30	4.721.161	96,72	113,89	1,18	5.559.274	426.066.354
2008	Mayo	30	4.721.161	97,62	113,89	1,17	5.508.021	431.574.375
2008	Junio	30	9.343.958	98,47	113,89	1,16	10.807.184	442.381.559
2008	Julio	30	7.150.592	98,94	113,89	1,15	8.231.058	450.612.617
2008	Agosto	30	6.373.567	99,13	113,89	1,15	7.322.612	457.935.229

2008	Septiembre	30	4.721.161	98,94	113,89	1,15	5.434.527	463.369.756
2008	Octubre	30	4.721.161	99,28	113,89	1,15	5.415.780	468.785.537
2008	Noviembre	30	4.721.161	99,56	113,89	1,14	5.400.711	474.186.248
2008	Diciembre	30	23.543.756	100,00	113,89	1,14	26.813.983	501.000.231
2009	Enero	30	5.154.092	100,59	113,89	1,13	5.835.604	506.835.836
2009	Febrero	30	5.154.092	101,43	113,89	1,12	5.787.164	512.623.000
2009	Marzo	30	5.154.092	101,94	113,89	1,12	5.758.436	518.381.436
2009	Abril	30	5.154.092	102,26	113,89	1,11	5.740.000	524.121.436
2009	Mayo	30	5.154.092	102,28	113,89	1,11	5.739.192	529.860.628
2009	Junio	30	10.131.458	102,22	113,89	1,11	11.287.920	541.148.548
2009	Julio	30	7.806.302	102,18	113,89	1,11	8.700.741	549.849.289
2009	Agosto	30	6.958.024	102,23	113,89	1,11	7.751.850	557.601.139
2009	Septiembre	30	5.154.092	102,12	113,89	1,12	5.748.410	563.349.548
2009	Octubre	30	5.154.092	101,98	113,89	1,12	5.755.759	569.105.307
2009	Noviembre	30	5.154.092	101,92	113,89	1,12	5.759.541	574.864.849
2009	Diciembre	30	25.632.779	102,00	113,89	1,12	28.620.249	603.485.098
2010	Enero	30	5.282.945	102,70	113,89	1,11	5.858.489	609.343.587
2010	Febrero	30	5.282.945	103,55	113,89	1,10	5.810.354	615.153.940
2010	Marzo	30	5.282.945	103,81	113,89	1,10	5.795.784	620.949.724
2010	Abril	30	5.282.945	104,29	113,89	1,09	5.769.221	626.718.945
2010	Mayo	30	5.282.945	104,40	113,89	1,09	5.763.269	632.482.214
2010	Junio	30	10.359.859	104,52	113,89	1,09	11.288.940	643.771.154
2010	Julio	30	8.001.460	104,47	113,89	1,09	8.722.714	652.493.868
2010	Agosto	30	7.131.976	104,59	113,89	1,09	7.766.138	660.260.006
2010	Septiembre	30	5.282.945	104,45	113,89	1,09	5.760.514	666.020.520
2010	Octubre	30	5.282.945	104,36	113,89	1,09	5.765.599	671.786.119
2010	Noviembre	30	5.282.945	104,56	113,89	1,09	5.754.434	677.540.553
2010	Diciembre	30	26.249.330	105,24	113,89	1,08	28.407.786	705.948.339
2011	Enero	30	5.515.998	106,19	113,89	1,07	5.915.831	711.864.170
2011	Febrero	30	5.515.998	106,83	113,89	1,07	5.880.397	717.744.566
2011	Marzo	30	5.515.998	107,12	113,89	1,06	5.864.589	723.609.155
2011	Abril	30	5.515.998	107,25	113,89	1,06	5.857.607	729.466.762
2011	Mayo	30	5.515.998	107,55	113,89	1,06	5.840.971	735.307.733
2011	Junio	30	10.753.851	107,90	113,89	1,06	11.351.324	746.659.057
2011	Julio	30	8.320.691	108,05	113,89	1,05	8.770.792	755.429.850
2011	Agosto	30	7.423.643	108,01	113,89	1,05	7.827.643	763.257.493
2011	Septiembre	30	5.515.998	108,35	113,89	1,05	5.798.280	769.055.773
2011	Octubre	30	5.515.998	108,55	113,89	1,05	5.787.298	774.843.072
2011	Noviembre	30	5.515.998	108,70	113,89	1,05	5.779.256	780.622.328
2011	Diciembre	30	27.147.020	109,16	113,89	1,04	28.324.000	808.946.328
2012	Enero	30	5.790.596	109,96	113,89	1,04	5.997.825	814.944.152
2012	Febrero	30	5.790.596	110,63	113,89	1,03	5.961.414	820.905.566
2012	Marzo	30	5.790.596	110,76	113,89	1,03	5.954.146	826.859.712

2012	Abril	30	5.790.596	110,92	113,89	1,03	5.945.563	832.805.275
2012	Mayo	30	5.790.596	111,25	113,89	1,02	5.927.776	838.733.052
2012	Junio	30	11.028.449	111,35	113,89	1,02	11.280.377	850.013.429
2012	Julio	30	8.735.523	111,32	113,89	1,02	8.937.003	858.950.432
2012	Agosto	30	7.793.624	111,37	113,89	1,02	7.970.111	866.920.542
2012	Septiembre	30	5.790.596	111,69	113,89	1,02	5.904.817	872.825.360
2012	Octubre	30	5.790.596	111,87	113,89	1,02	5.895.185	878.720.545
2012	Noviembre	30	5.790.596	111,72	113,89	1,02	5.903.256	884.623.801
2012	Diciembre	30	28.241.278	111,82	113,89	1,02	28.764.078	913.387.879
2013	Enero	30	6.540.824	112,15	113,89	1,02	6.642.304	920.030.183
2013	Febrero	30	6.540.824	112,65	113,89	1,01	6.612.822	926.643.006
2013	Marzo	30	6.540.824	112,88	113,89	1,01	6.599.348	933.242.354
2013	Abril	30	6.540.824	113,16	113,89	1,01	6.583.019	939.825.373
2013	Mayo	30	6.540.824	113,48	113,89	1,00	6.564.456	946.389.829
2013	Junio	30	12.229.762	113,75	113,89	1,00	12.244.814	958.634.643
2013	Julio	30	9.587.057	113,80	113,89	1,00	9.594.639	968.229.282
2013	Agosto	27	436.055	113,89	113,89	1,00	436.055	968.665.337

INTERESES MORATORIOS

Intereses de mora empiezan a correr desde el 28 agosto de 2013; es decir, desde la ejecutoria hasta la presentación de la demanda, 13 de diciembre de 2018.

Año	Mes	Días	Valor adeudado	Capital	Tasa Efectiva Anual Corriente	Tasa moratorio	Tasa Efectiva Mensual Moratoria	Interés Mes	Interés Acumulado
				968.665.337					
2013	Agosto	28	8.612.756	1.077.578.846	20,83	31,25	2,29%	23.048.157	23.048.157
2013	Septiembre	30	6.540.824	1.077.578.846	20,34	30,51	2,24%	24.178.715	24.178.715
2013	Octubre	30	18.808.465	1.077.578.846	19,85	29,78	2,20%	23.660.307	23.660.307
2013	Noviembre	30	6.540.824	1.084.119.670	19,85	29,78	2,20%	23.803.923	47.464.230
2013	Diciembre	30	12.129.666	1.096.249.336	19,85	29,78	2,20%	24.070.253	71.534.483
2014	Enero	30	7.243.845	1.103.493.181	19,65	29,48	2,18%	24.011.829	95.546.312
2014	Febrero	3	5.310.908	1.108.804.089	19,65	29,48	2,18%	2.412.739	97.959.051
2014	Febrero	28	-	1.108.804.089	19,65	29,48	2,18%	22.518.901	120.477.952
2014	Marzo	30		1.108.804.089	19,65	29,48	2,18%	24.127.394	144.605.346
2014	Abril	30		1.108.804.089	19,63	29,45	2,17%	24.105.516	168.710.862
2014	Mayo	30		1.108.804.089	19,63	29,45	2,17%	24.105.516	192.816.378
2014	Junio	30		1.108.804.089	19,63	29,45	2,17%	24.105.516	216.921.894
2014	Julio	30		1.108.804.089	19,33	29,00	2,14%	23.776.790	240.698.684

2014	Agosto	30		1.108.804.089	19,33	29,00	2,14%	23.776.790	264.475.474
2014	Septiembre	30		1.108.804.089	19,33	29,00	2,14%	23.776.790	288.252.264
2014	Octubre	30		1.108.804.089	19,17	28,76	2,13%	23.601.039	311.853.303
2014	Noviembre	30		1.108.804.089	19,17	28,76	2,13%	23.601.039	335.454.342
2014	Diciembre	30		1.108.804.089	19,17	28,76	2,13%	23.601.039	359.055.381
2015	Enero	30		1.108.804.089	19,21	28,82	2,13%	23.645.005	382.700.386
2015	Febrero	30		1.108.804.089	19,21	28,82	2,13%	23.645.005	406.345.391
2015	Marzo	30		1.108.804.089	19,21	28,82	2,13%	23.645.005	429.990.396
2015	Abril	30		1.108.804.089	19,37	29,06	2,15%	23.820.681	453.811.077
2015	Mayo	30		1.108.804.089	19,37	29,06	2,15%	23.820.681	477.631.758
2015	Junio	30		1.108.804.089	19,37	29,06	2,15%	23.820.681	501.452.438
2015	Julio	30		1.108.804.089	19,26	28,89	2,14%	23.699.936	525.152.374
2015	Agosto	30		1.108.804.089	19,26	28,89	2,14%	23.699.936	548.852.310
2015	Septiembre	30		1.108.804.089	19,26	28,89	2,14%	23.699.936	572.552.246
2015	Octubre	30		1.108.804.089	19,33	29,00	2,14%	23.776.790	596.329.036
2015	Noviembre	30		1.108.804.089	19,33	29,00	2,14%	23.776.790	620.105.826
2015	Diciembre	30		1.108.804.089	19,33	29,00	2,14%	23.776.790	643.882.616
2016	Enero	30		1.108.804.089	19,68	29,52	2,18%	24.160.202	668.042.817
2016	Febrero	30		1.108.804.089	19,68	29,52	2,18%	24.160.202	692.203.019
2016	Marzo	30		1.108.804.089	19,68	29,52	2,18%	24.160.202	716.363.221
2016	Abril	30		1.108.804.089	20,54	30,81	2,26%	25.096.283	741.459.504
2016	Mayo	30		1.108.804.089	20,54	30,81	2,26%	25.096.283	766.555.786
2016	Junio	30		1.108.804.089	20,54	30,81	2,26%	25.096.283	791.652.069
2016	Julio	30		1.108.804.089	21,34	32,01	2,34%	25.959.489	817.611.558
2016	Agosto	30		1.108.804.089	21,34	32,01	2,34%	25.959.489	843.571.047
2016	Septiembre	30		1.108.804.089	21,34	32,01	2,34%	25.959.489	869.530.537
2016	Octubre	30		1.108.804.089	21,99	32,99	2,40%	26.655.565	896.186.101
2016	Noviembre	30		1.108.804.089	21,99	32,99	2,40%	26.655.565	922.841.666
2016	Diciembre	30		1.108.804.089	21,99	32,99	2,40%	26.655.565	949.497.230
2017	Enero	30		1.108.804.089	22,34	33,51	2,44%	27.028.439	976.525.669
2017	Febrero	30		1.108.804.089	22,34	33,51	2,44%	27.028.439	1.003.554.108
2017	Marzo	30		1.108.804.089	22,34	33,51	2,44%	27.028.439	1.030.582.547
2017	Abril	30		1.108.804.089	22,33	33,50	2,44%	27.017.804	1.057.600.351
2017	Mayo	30		1.108.804.089	22,33	33,50	2,44%	27.017.804	1.084.618.155
2017	Junio	30		1.108.804.089	22,33	33,50	2,44%	27.017.804	1.111.635.959
2017	Julio	30		1.108.804.089	21,98	32,97	2,40%	26.644.891	1.138.280.850
2017	Agosto	30		1.108.804.089	21,98	32,97	2,40%	26.644.891	1.164.925.742
2017	Septiembre	30		1.108.804.089	21,98	32,97	2,40%	26.644.891	1.191.570.633
2017	Octubre	30		1.108.804.089	21,15	31,73	2,32%	25.755.131	1.217.325.764
2017	Noviembre	30		1.108.804.089	20,96	31,44	2,30%	25.550.367	1.242.876.131
2017	Diciembre	30		1.108.804.089	20,77	31,16	2,29%	25.345.196	1.268.221.326

2018	Enero	30		1.108.804.089	20,69	31,04	2,28%	25.258.685	1.293.480.011
2018	Febrero	30		1.108.804.089	21,01	31,52	2,31%	25.604.292	1.319.084.303
2018	Marzo	30		1.108.804.089	20,68	31,02	2,28%	25.247.866	1.344.332.170
2018	Abril	30		1.108.804.089	20,48	30,72	2,26%	25.031.250	1.369.363.419
2018	Mayo	30		1.108.804.089	20,44	30,66	2,25%	24.987.872	1.394.351.291
2018	Junio	30		1.108.804.089	20,28	30,42	2,24%	24.814.177	1.419.165.469
2018	Julio	30		1.108.804.089	20,03	30,05	2,21%	24.542.192	1.443.707.660
2018	Agosto	30		1.108.804.089	19,94	29,91	2,20%	24.444.101	1.468.151.761
2018	Septiembre	30		1.108.804.089	19,81	29,72	2,19%	24.302.249	1.492.454.010
2018	Octubre	30		1.108.804.089	19,63	29,45	2,17%	24.105.516	1.516.559.526
2018	Noviembre	30		1.108.804.089	19,49	29,24	2,16%	23.952.241	1.540.511.768

Concepto	Valor
Capital hasta la Ejecutoria	\$ 968.665.337
Capital hasta el reintegro	\$ 50.033.708
Intereses	\$ 1.540.511.768
Menos Ingresos percibidos	-\$ 145.256.480
Total	\$ 2.413.954.332

Resultado de las operaciones anteriores, encuentra el Despacho mandamiento de pago se librar  por las siguientes sumas de dinero: **DOS MIL CUATROCIENTOS TRECE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL PESOS (\$ 2.413.954.332).**

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

- 1. LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO** en contra de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y en favor del señor Alejandro adames Díaz , por las siguientes sumas de dinero:
 - a. Por la suma de **MIL DIECIOCHO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CUARENTA Y CINCO PESOS (\$1.018.699.045)**, como capital (salarios y prestaciones sociales)
 - b. Por la suma de **MIL QUINIENTOS CUARENTA MILLONES QUINIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$1.540.511.768)**, por concepto de intereses moratorios.
- 2. SE ORDENA** a la parte ejecutada cancelar la anterior suma a la parte demandante, dentro del término de CINCO (5) días.

3. **NOTIFÍQUESE** personalmente, haciéndole entrega de la demanda y sus anexos, al representante legal del **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** advirtiéndole que dispone de **CINCO (5) DÍAS** para pagar las obligaciones y de **DIEZ (10) DÍAS** para proponer excepciones, términos que empezarán a contarse a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia. La notificación se hará conforme al artículo 199 del CPACA y el Decreto 806 de 2020.
4. **SE ORDENA** notificar personalmente al señor Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el presente proveído. La notificación se hará conforme al artículo 199 del CPACA y el Decreto 806 de 2020.
5. Notificar por estado a la parte demandante.
6. **SE RECONOCE PERSONERÍA** al Dr. **SAMUEL ALDANA**, identificado con la C.C.# 91.208.282 y T.P.# 34.877 del C. S. de la J. para actuar como apoderado judicial de la parte ejecutante

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
MAGISTRADO

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN
MEJIA
MAGISTRADO
CONSEJO
DESPACHO 6

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. 092 FECHA: 28 de julio de 2020 HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA SECRETARIO

ADMINISTRATIVO DE CALDAS

ANDRES PATIÑO

TRIBUNAL O
SECCIONAL
TRIBUNAL

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:

73f337074cdfc205d5a71cd0b9978a9e33b3c24b90f8d45143d7f6dba59512fe

Documento generado en 27/07/2020 02:59:50 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 237

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado:	17-001-33-33-004-2017-00357-02
Naturaleza:	Proceso Ejecutivo
Demandante:	Luz Alba Henao Ríos
Demandados:	Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP.

Se procede a emitir fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la ejecutada contra la sentencia que dispuso proseguir con la ejecución.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de ejecución

La señora Luz Alba Henao Ríos deprecia la ejecución del crédito contenido en la sentencia del 14 de diciembre de 2009 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales -ejecutoriada el 02 de febrero de 2010-, en la cual se dispuso la reliquidación de la mesada pensional a ella reconocida y en consecuencia se ordenó el pago de los mayores valores generados con ocasión de la reliquidación; proceso que en su oportunidad se tramitó en contra de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal E.I.C.E. -en liquidación para ese entonces, hoy liquidada-.

Señala que el 17 de enero de 2012 solicitó a la ejecutada el cumplimiento del fallo, por lo que la UGPP expidió la resolución RDP 007174 del 08 de agosto de 2012; sin embargo, no dio cumplimiento íntegro a la decisión judicial base de recaudo, pues señaló que los intereses moratorios generados con ocasión de la sentencia estarían a cargo de la extinta Cajanal E.I.C.E. -en liquidación para ese momento-.

Que, por lo anterior, interpuso solicitudes de aclaración y recursos en sede administrativa frente a los cuales la ejecutada expidió las resoluciones RDP 010055 del 16 de marzo de 2015 y RDP 029946 del 17 de agosto de 2016 por medio de las cuales liquidó nuevamente el monto pensional y aceptó su responsabilidad en el pago de los intereses moratorios generados, empero, tras la realización de los trámites administrativos pertinentes la UGPP efectuó el pago de intereses de forma incompleta.

2. Mandamiento de pago

El Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, mediante proveído del 06 de junio de 2018 (fls. 73-79, cdo. 1), dispuso librar mandamiento de pago en contra de la UGPP, “...[P]or la suma de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL VEINTICINCO PESOS M/CTE (\$12´432.025)... por concepto de intereses moratorios derivados de la sentencia del 14 de diciembre de 2009...”

3. Reposición contra el mandamiento de pago

El 22 de junio de 2018 la UGPP formuló recurso de reposición bajo 2 derroteros: *(i)* Que la acción ejecutiva había caducado al momento de interponer la demanda y *(ii)* Que la obligación ya había sido pagada.

El recurso fue despachado desfavorablemente a través de auto del 30 de julio de 2008, en el cual el *a quo* respecto a la caducidad advirtió que, la solicitud de ejecución fue radicada ante el Juzgado, antes de que feneciera el plazo de cinco años que otorga el artículo 164 del CPACA para el efecto, término que solo puede ser computado a partir de la fecha de exigibilidad de la sentencia, lo cual en los términos del artículo 177 del Decreto 01 de 1984 -en vigencia del cual se expidió la decisión ejecutada- se dio pasados 18 meses desde la ejecutoria del fallo. Con respecto a los demás argumentos del recurso señaló que estos hacen referencia a excepciones de fondo, por lo que no resultan debatibles en esta etapa.

4. Excepciones contra el mandamiento de pago

La ejecutada transcribió íntegramente el contenido del recurso de reposición interpuesto contra el mandamiento de pago, integrando dichos argumentos bajo las excepciones que denominó “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA CONTENCIOSA” y “PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN EJECUTIVA LABORAL”, agregando la que denominó “BUENA FE” arguyendo que ha actuado de buena fe, dando aplicación a las disposiciones normativas que ha considerado pertinentes; frente a dichos medios exceptivos el *a quo* dispuso no dar trámite a las mismas tras advertir que no resultan procedentes en el marco del proceso de ejecución de créditos contenidos en sentencias judiciales, en los términos del artículo 442 del C.G.P (fl. 143, cdo. A).

Ahora bien, como excepción procedente se propuso la de “PAGO DE LA OBLIGACIÓN” alegándose que dio cumplimiento al fallo a través de las resoluciones RDP 007174 del 08 de agosto de 2012, RDP 010055 del 16 de marzo de 2015 y RDP 029946 del 17 de agosto de 2016 por medio de las cuales se el reconocimiento de los mayores valores de la mesada pensional y se dispuso sobre los intereses moratorios generados.

5. Sentencia de primera instancia.

En sentencia emitida en audiencia de instrucción y juzgamiento celebrada el 24 de octubre de 2019 (fls. 156 a 158, cdo. 1) el *a quo* resolvió la excepción de “PAGO DE LA OBLIGACIÓN” señalando que, se encuentra acreditado que, si bien la ejecutada expidió las resoluciones RDP

007174 del 08 de agosto de 2012, RDP 010055 del 16 de marzo de 2015 y RDP 029946 del 17 de agosto de 2016, no se acreditó que con estas se hubiese reconocido el pago de los intereses generados por los valores reconocidos en la sentencia -según fueron liquidados en el mandamiento de pago-.

Corolario, dispuso seguir adelante con la ejecución y condenó en costas a la ejecutada.

6. Recurso de apelación

La UGPP interpuso recurso de apelación para lo cual insistió en que, se configuró la caducidad de la acción ya que la demanda ejecutiva fue radicada pasados más de 5 años de la fecha de ejecutoria de la sentencia. Igualmente, señaló que la liquidación de Cajanal E.I.C.E. representó una situación de fuerza mayor que según lo dispuesto por el artículo 1616 del Código Civil, exime al deudor de pago de perjuicios -para el caso intereses-, en tal sentido, arguye que la liquidación de una entidad estatal según sentencia del Consejo de Estado -la cual no identifica- constituye fuerza mayor que impide la causación de intereses moratorios desde la data en que se dispuso esta liquidación, esto es, el año 2009.

Finalmente, manifestó su oposición a la condena en costas impuesta al señalar que, no ha actuado en forma temeraria, pues su proceder siempre ha sido en derecho y procurando la protección del erario; igualmente cita la sentencia proferida por este Tribunal el 26 de abril de 2019, con ponencia del H. Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes, en la cual se advirtió que el *a quo* debe fundamentar la condena en costas impuestas.

II. CONSIDERACIONES

1. Alcance del recurso de apelación

Observado el recurso de apelación propuesto por la entidad demandada se observa que, el mismo se fundamenta en que, los intereses moratorios que hoy son objeto de cobro no se causaron atendiendo a que, la mora en el pago de la sentencia se encuentra justificada por una fuerza mayor consistente en la liquidación a la que fue sometida Cajanal E.I.C.E.

Tal punto de disenso no fue objeto de controversia ante el *a quo* por la simple razón de que la ejecutada nunca planteó tal argumento en la etapa pertinente, esto, en el traslado para la formulación de excepciones; basta ver como en dicha etapa la UGPP se limitó a señalar que realizó el pago de los intereses deprecados por el ejecutante según la Resolución RDP 037370 del 04 de octubre de 2016, con base a la cual se cancelaron \$4.025.298,26 por dicho concepto; se itera, sin realizar consideración alguna sobre la no causación de intereses por fuerza mayor.

Es postura pacífica de esta jurisdicción que, el estudio por parte del fallador de segunda instancia de argumentos nuevos que no fueron propuestos por las partes ante el *a quo*, se torna en una vulneración al derecho al debido proceso y más exactamente al principio de congruencia que debe ser respetado por los fallos judiciales. En tal sentido, el H. Consejo

de Estado señaló¹:

“El principio de la doble instancia, elevado a canon constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, prevé que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley; esta garantía del derecho de impugnación, como posibilidad de controvertir una decisión judicial, exige la presencia jerárquica del superior, quien participa como autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa.

En suma, el principio de la doble instancia encierra una de las más caras garantías establecidas en la Carta Política, por ello, es deber del Juez, salvo las excepciones expresamente consignadas por el legislador, procurar su realización y plena efectividad como garantía de los derechos de impugnación y de contradicción que subyacen del mismo.

No obstante, el acceso a dicho derecho no opera de manera deliberada; por ello, el legislador ha establecido algunos requisitos de oportunidad y procedencia para su efectividad, que deben ser satisfechos a cabalidad so pena del fracaso del recurso de apelación, requisitos que dentro del procedimiento contencioso administrativo quedaron consignados dentro de los artículos 181 y 212 del Decreto 01 de 1984, modificado por la Ley 1395 de 2010. El primero, prevé que serán apelables las sentencias de primera instancia; el segundo establece, el trámite bajo el cual ha de surtir la apelación señalando el término para la sustentación.

De otra parte, la normatividad procesal precisa los fines y el alcance de la apelación, como también el interés para interponerla, al precisar en el inciso 1º del artículo 350 del C.P.C., aplicable al procedimiento contencioso administrativo por remisión del artículo 267 del Decreto 01 de 1984, que el recurso de apelación “... tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o la reforme...”.

Una lectura sistemática de las anteriores normas lleva a concluir que al sustentar la apelación, el recurrente debe señalar al ad quem las inconformidades frente a la decisión del a quo para que el superior revise los posibles errores en que haya incurrido la primera instancia.

Ahora bien, una de las garantías del debido proceso consiste en el límite que tiene la judicatura de no introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa; por ello, la conformidad entre la sentencia y la demanda en cuanto a las personas, el objeto y la causa, es ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales del juicio relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites de los poderes del juez. Cuando se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia.

Sabido es, que el principio de congruencia de la sentencia debe ser respetado por los jueces, pues estos tienen que fallar según lo pedido y de acuerdo con lo probado. Argumento que se

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 5 de junio de 2014, radicación No. 25000-23-25-000-2012-00762-01(0623-13), C.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

justifica en virtud de la conexidad existente entre el debido proceso, manifestado particularmente en el derecho de contradicción, y el ceñimiento de las decisiones judiciales a lo pedido y probado dentro del mismo. De esta manera no se toma por asalto a ninguna de las partes.

Partiendo de las anteriores premisas, es evidente que el recurso de apelación formulado por el apoderado de la entidad incluye entre sus explicaciones que en el presente caso no se agotó el requisito de procedibilidad de la acción como lo es la conciliación extrajudicial para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la que el a quo debió rechazar de plano la demanda.

Al respecto debe señalarse que este no se trata en realidad de un verdadero argumento de disenso frente a la sentencia de primera instancia. Al contrario, se trata de una nueva manifestación sobre la que no versó la controversia analizada por el Tribunal. Ni tampoco, contiene un auténtico disenso de la parte apelante frente a la decisión tomada por el a quo para dar solución a la controversia.

Así al ser introducido sorpresivamente en el recurso, no corresponde a la Sala referirse al mismo, pues entraría a desconocer el equilibrio entre las partes que debe imperar así como el derecho a la defensa de la entidad demandada. (Subrayado y negrillas son de la Sala).

Así las cosas, la Sala no se adentrará en el estudio del ya referido cargo de apelación que fuere formulado por la parte accionada, pues como se advirtió, la denominada “no causación de perjuicios -intereses- por fuerza mayor” no fue una consideración propuesta ante el a quo, sino que fue una nueva manifestación sorpresivamente introducida en sede de apelación; es más, basta con observar los actos administrativos mediante los cuales la entidad ejecutada pretendió dar cumplimiento al fallo para advertir que, dicha consideración no fue por modo alguno fundamento para negar el pago de los intereses deprecados, pues la entidad accionada si acudió a su reconocimiento y pago.

Corolario, la Sala descenderá al análisis de los cargos de apelación que sí se presenta como verdaderos argumentos de disenso frente a la sentencia de primera instancia, esto es, el referente a la caducidad de la acción y la imposición de condena en costas.

2. Caducidad de la acción ejecutiva

El literal k) del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece con respecto a la oportunidad para presentar la demanda ejecutiva, que:

“k) Cuando se pretenda la ejecución con títulos derivados del contrato, de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cualquier materia y de laudos arbitrales contractuales estatales, el término para solicitar su ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida; (...)” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así las cosas, contrario a lo señalado por la ejecutada, el extremo inicial desde el cual debe ser computado el tiempo otorgado para la interposición de la demanda, no es la data de ejecutoria de la sentencia, sino la fecha a partir de la cual resultó exigible. Por tanto, para establecer dicha exigibilidad resulta pertinente traer a colación el artículo 177 del Decreto 01 de 1984 -en vigencia del cual se expidió la sentencia base de recaudo- que señalaba:

“ARTICULO 177. EFECTIVIDAD DE CONDENAS CONTRA ENTIDADES PUBLICAS: *Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada.*

...

Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.” (Subraya la Sala)

De conformidad con lo anterior, se tiene que la sentencia base de recaudo ejecutivo, quedó ejecutoriada el 2 de febrero de 2010 (fl. 34 vto, cdo. 1), por tanto, su exigibilidad data del 3 de agosto de 2011 -día siguiente al cumplimiento de los 18 meses señalados en la norma en cita-.

En este orden de ideas, en principio podría señalarse que el término oportuno de interposición de la demanda corrió hasta el 03 de agosto de 2016, sin embargo el H. Consejo de Estado ha advertido en forma pacífica que, para el caso de Cajanal E.I.C.E. con ocasión de su liquidación se presentó una suspensión respecto del término para la interposición de demandas ejecutivas, pues existió un periodo donde los interesados no podían impetrar la ejecución de las obligaciones de dicha entidad, por encontrarse en etapa de reconocimiento de pasivos y prelación de acreedores, por lo que las obligaciones a su cargo fueron suspendidas entre el 12 de junio de 2009 hasta el 11 de junio de 2013, viéndose entonces afectados de dicha suspensión los términos de caducidad, pues tan solo podían reanudarse a partir del 12 de junio de 2013. En tal sentido dicha corporación expresó²:

“Frente a la aplicación de esta norma al proceso de liquidación de la extinta CAJANAL, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento señaló:

“[...] Uno de los sustentos normativos del precitado Decreto 2196 de 2009 lo fue el Decreto-Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006, el cual, en el inciso segundo de su artículo 1º, respecto de su ámbito de aplicación, consagró “...en lo no previsto en el presente decreto, deberán aplicarse, en lo pertinente, las disposiciones del estatuto orgánico del sistema financiero y del Código de Comercio sobre liquidación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la entidad...”. Para esos efectos se expidió la Ley 550 de 1999, aplicable a todas las entidades de carácter privado, público o de economía mixta que ejerzan alguna

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”. Ponente: William Hernández Gómez, providencia de 30 de junio de dos 2016, radicación: 25000-23-42-000-2013-06595-01(3637-14).

actividad financiera y de ahorro y crédito, consagrandolo en el inciso segundo del artículo 14 que "...Durante la negociación del acuerdo se suspende el término de prescripción y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos contra el empresario [...].

En suma, se concluyó que los términos de prescripción y de caducidad de las obligaciones a cargo de la entidad liquidada se suspendieron desde el 12 de junio de 2009 hasta el 11 de junio de 2013, fecha esta última a partir de la cual se reanudó el cómputo de los cinco (5) años de caducidad de las acciones ejecutivas contra aquella entidad. A esta conclusión también llegó esta Subsección de la Sección Segunda en reciente decisión".

Por lo anterior, se tiene que el para el caso de marras, el término de caducidad de 5 años de que trata el citado artículo 164 del CPACA, solo empezó a correr a partir del 11 de junio de 2013 y por tanto, el término para la interposición de la presente demanda ejecutiva feneció el 11 de junio de 2018. Ahora bien, en el asunto bajo estudio la demanda ejecutiva fue radicada el 17 de julio de 2017, razón por la cual se concluye que no operó la caducidad alegada por la ejecutada.

3. Costas en primera instancia

La Corte Constitucional³ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"* y están conformadas por dos rubros: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del C.G.P., las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial. Las segundas *"no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.⁴

El artículo 188 del CPACA dispone: *"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"*. El CGP al respecto establece:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

El H. Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016⁵, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en las posturas del extinto CPC y el CGP, puesto que el primero consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, mientras que el segundo adopta un criterio objetivo.

En sentencia del 12 de abril de 2018⁶ precisó que, si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se compruebe para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA—.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad

del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

De conformidad con lo expuesto, la imposición de la condena en costas tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio mientras se compruebe su causación en el expediente, por lo que en consideración de esta Colegiatura la condena en costas impuesta por la Juez de primera instancia no resulta ajustada a derecho, pues la funcionaria judicial limitó la condena en costas a un criterio meramente objetivo, al no señalar por modo alguno las razones de dicha imposición.

Corolario, se revocará el ordinal cuarto³ de la sentencia apelada en el cual se decidió sobre el particular.

4. Costas en segunda instancia

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP) y en aplicación del criterio objetivo valorativo previamente analizado, no se impondrá condena en costas en esta instancia al no haberse acreditado que la parte actora haya incurrido en gastos procesales o haya intervenido en esta instancia a través de su apoderada judicial.

Por lo expuesto la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo De Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE el ordinal 4° de la sentencia proferida el 24 de octubre de 2019 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, que dispuso continuar la ejecución

³ El cual dispuso: “**Cuarto: CONDÉNESE en COSTAS** a cargo de la UGPP y a favor del ejecutante, de acuerdo a lo establecido en la parte motiva de esta providencia.”

propuesta en el mandamiento de pago librado por dicha célula judicial en favor de la señora Luz Elba Henao Ríos y en cabeza de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP.

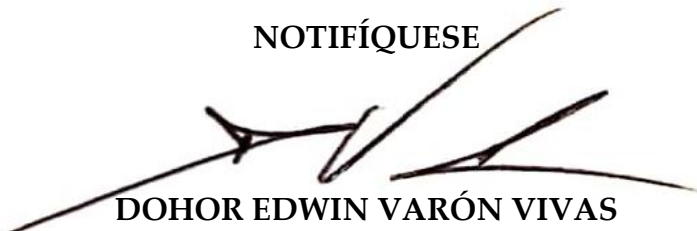
SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás la sentencia objeto de apelación.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

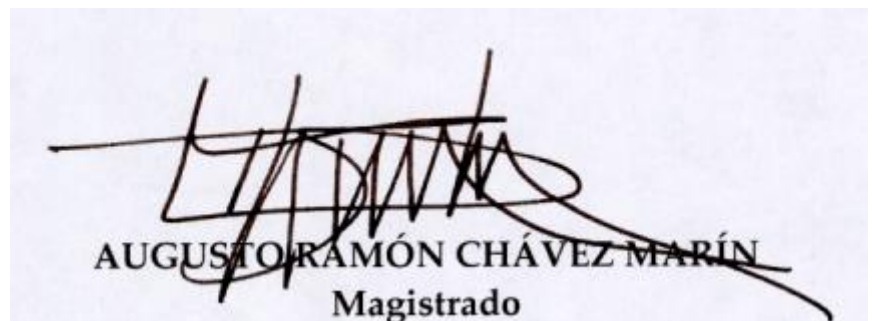
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 225

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-003-2017-00481-02
Naturaleza: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Demandantes: Enrique Arbeláez Mutis
Demandado: Personería Municipal de Manizales
Vinculado: Municipio de Manizales

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a emitir fallo de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación propuesto en contra de la sentencia del 11 de febrero de 2019 preferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, mediante la cual se declaró la vulneración del derecho colectivo “*de [A]cceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, de acceso a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna y el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente*” y se profirieron órdenes para su protección.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

Se solicita en la demanda amparar los derechos colectivos que vienen siendo vulnerados por la entidad accionada y en consecuencia se ordene adoptar las medidas necesarias para que cese su vulneración, efectuando las reparaciones y mantenimiento necesario en la estructura física de la sede de funcionamiento de la Personería Municipal ubicada en la calle 31 entre carreras 22 y 23 de Manizales.

1.2. Sustento Fático Relevante

Manifestó el accionante que, la Personería Municipal de Manizales presta servicio al público en una sede alterna ubicada en la calle 31 entre carreras 22 y 23 de Manizales, edificación que se encuentra en estado de deterioro, presentando daños en los techos, pisos, cielorrasos, redes internas de alcantarillado, humedades en techos y paredes; situaciones que ponen en riesgo a los usuarios y funcionarios de dicha entidad.

1.3. Fundamentos de derecho

No se hace mención específica en el escrito de demanda.

1.4. Pronunciamiento frente a la demanda

La **Personería Municipal de Manizales** (fls. 23-24, cdo. 1) señaló que, las afectaciones a que hace referencia el accionante son situaciones comunes a cualquier inmueble, las cuales pueden ser superadas mediante simples reparaciones locativas.

Manifestó que los recursos asignados a la Personería Municipal no pueden superar el 1.7% de los ingresos de libre destinación del ente territorial al tenor de lo dispuesto por la Ley 617 de 2001, lo cual conlleva a que no sea posible adelantar labores de reparación en el referido inmueble, pues del presupuesto asignado aproximadamente el 80% es destinado al pago de salarios y prestaciones sociales de los empleados de la entidad y el restante es destinado al pago de servicios públicos, papelería, compra y mantenimiento de equipos de cómputo, viáticos, gastos de transporte y promoción de los programas de atención a víctimas, apoyo electoral y promoción de los derechos humanos.

- El **Municipio de Manizales** (fls. 31-33, cdo. 1) indicó que no cuenta con legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que la Personería Municipal goza de independencia administrativa y presupuestal, aunado a que el inmueble en el cual desarrolla sus actividades –sede alterna, ubicada en la calle 31 entre carreras 22 y 23 es de propiedad de dicha autoridad.

1.5. Providencia impugnada

El *a quo* declaró la existencia de vulneración a los derechos colectivos al “acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública”, al “acceso a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna” y a la “seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente” y ordenó a la personería municipal de Manizales “inici[ar] los estudios técnicos que determinen el real estado del inmueble de su propiedad... en cuanto a reparaciones locativas, y con base en el mismo se tomen los correctivos que solucionen la problemática descrita en esta sentencia”.

Como sustento de sus decisiones, analizó el alcance de los derechos colectivos invocados, para posteriormente señalar que, quedaron probadas las malas condiciones del inmueble ubicado en la calle 31 entre carreras 22 y 23 en donde funciona una de las sedes de atención al público de la Personería Municipal. En ese sentido, mencionó que no existen dudas sobre la naturaleza del bien objeto de controversia “de uso público”, razón por la cual con el fin de proteger los derechos invocados se hace necesario la realización de las obras de adecuación en dicho inmueble.

Finalmente señaló que, si bien la Personería municipal de Manizales cuenta con autonomía presupuestal y financiera para la realización de las adecuaciones del inmueble en donde presta su servicio al público, dicha autonomía presupuestal se encuentra atada a la apropiación de recursos que para el efecto realice el municipio de Manizales, razón por la cual dispuso que las dos entidades que, actúen de común acuerdo y en virtud de los principios de coordinación y colaboración se adecue, solicite o modifique el presupuesto de la Personería municipal con miras al financiamiento de las referidas obras. En tal sentido ordenó:

*“...**TERCERO:** Ordenase a la Personería Municipal de Manizales que a partir de la notificación de esta sentencia, inicie los estudios técnicos que determinen el real estado del inmueble de su propiedad y que se ubica en la calle 31 entre carreras 22 y 23 de Manizales **en cuanto a reparaciones locativas**, y con base en el mismo se tomen los correctivos que solucionen la problemática descrita en esta sentencia. Dichos estudios no deberán tener una duración mayor a seis meses y una vez terminados deberán iniciarse las respectivas obras, las cuales deberán culminar en un plazo máximo de un año.*

CUARTO: ORDÉNASE al Municipio de Manizales en coordinación y colaboración armónica con la Personería Municipal de Manizales que adecue, solicite o modifique el presupuesto general del Municipio con miras al financiamiento de las obras de adecuación y conservación que requiere el inmueble ubicado en la calle 31 entre carreras 22 y 23 del Municipio...”

1.6. Impugnación del fallo

El municipio de Manizales (fls. 100-103, cdo. 1), indicó que, el fallo vulnera la normativa legal pertinente al imponer al ente territorial la obligación de modificar el presupuesto asignado a la Personería municipal para atender la adecuación de su infraestructura física, en desconocimiento de los postulados del artículo 10 de la Ley 617 del año 2000, en el cual se establece que el máximo de recursos asignable a este tipo de autoridades; el cual para el caso del municipio de Manizales no puede superar el 1,7% de los ingresos corrientes de libre destinación del ente territorial.

En tal sentido, solicita que se revoque el ordinal cuarto del fallo de primera instancia en tanto ordenó una modificación a los recursos asignados a la Personería municipal de Manizales con el fin de atender el cubrimiento de las demás órdenes efectuadas en dicha providencia (adecuación de la estructura física de su sede alterna).

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

A juicio de la Sala deben ser desatados los siguientes problemas jurídicos: *¿Cuenta la*

Personería Municipal de Manizales con la autonomía presupuestal y financiera que le permita dar cumplimiento de las órdenes emitidas por el a quo; o por el contrario debe comparecer el municipio de Manizales a la atención de dichas órdenes, mediante la modificación del presupuesto asignado a la Personería?

Para efectos de resolver los cuestionamientos planteados se analizará: i) La naturaleza, finalidad y procedencia de las acciones populares; ii) la autonomía presupuestal, administrativa y financiera de las Personerías municipales y iii) su relación con las órdenes que fueron emitidas por el *a quo*.

2.2. Naturaleza, finalidad y procedencia de las acciones populares

La acción popular fue instituida en el artículo 88 inciso 1º de la Constitución Política en los siguientes términos: *“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella...”*.

Dicho precepto constitucional fue desarrollado por la Ley 472 de 1998, disponiendo en su artículo 2º inciso 2º respecto a las acciones populares que: *“...[S]e ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”*

En tal sentido, se tiene que el medio de control aquí desplegado procede contra toda acción u omisión de las autoridades o de los particulares que vulnere o amenace transgredir los derechos e intereses colectivos (art. 9º *ibidem*), pudiéndose instaurar la respectiva demanda en el tiempo que subsista la amenaza o el peligro de tales derechos o intereses (art. 11 *ídem*), bien a iniciativa de las personas naturales o jurídicas, o de las organizaciones, entidades o autoridades a que alude el precepto 12 de la citada Ley 472/98.

Sobre los criterios para su procedencia el H. Consejo de Estado ha señalado tres aspectos necesarios que deben ser acreditados en cada asunto particular: (i) *Una acción u omisión de la parte demandada.* (ii) *Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana.* (iii) *La relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses. Dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.”*¹

Aunado a lo anterior, el artículo 4º de la ley 472 de 1998 enlista los derechos que pueden ser objeto de amparo mediante el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, frente a lo cual cabe recalcar que si bien la parte actora no realizó en la

¹ Sección Primera, 15 de diciembre de 2016, Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00084-01(AP).

demanda un claro señalamiento sobre cuáles de los derechos allí contenidos considera objeto de vulneración, la Sala de conformidad con los hechos y pretensiones del escrito introductor considera pertinente ceñir el análisis a las garantías colectivas contenidas en los literales g), h) y j) de dicho canon normativo referentes a la seguridad y salubridad pública, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice lo anterior, y el acceso a los servicios públicos en condiciones de eficiencia y oportunidad.

De otra parte, tratándose del alcance de las órdenes impartidas en una sentencia donde lo discutido es la protección de los derechos e intereses colectivos, es preciso destacar que el Consejo de Estado ha señalado²:

"Es de recordarse que las órdenes emanadas del juez popular no obedecen a su capricho, sino a que con su oportuno cumplimiento se protejan los derechos colectivos que se encuentran amenazados o conculcados, siendo esta la única finalidad de esta acción constitucional, pues esta corporación ha sido clara en precisar que compete al juez popular impartir las ordenes adecuadas con el fin de proteger los derechos colectivos vulnerados.

"(...) Conviene recordar que en tratándose de acciones constitucionales como la presente, al fallador le compete proferir la orden que dentro de la razonabilidad fáctica, probatoria, constitucional y legal, resulte adecuada para proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado (art. 34 Ley 472 de 1998), lo que en modo alguno le impone la obligación invariable de proferir la propuesta por el demandante, aunque pueden resultar semejantes". (Resaltado fuera de texto)

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia T-443 de 2013³, al referirse a los poderes del juez popular, consideró:

"En efecto, se debe tener en cuenta que las acciones populares poseen una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto son un mecanismo de protección de los derechos colectivos, radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero de los que al mismo tiempo son titulares cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial.

En consecuencia, como director del proceso, el juez puede conminar, exhortar, recomendar o prevenir, a fin de evitar una eventual vulneración o poner fin a una afectación actual de los derechos colectivos que se pretenden proteger, sin que tal decisión constituya un capricho del juez constitucional.⁴Es así como, un elemento esencial de las acciones populares es el carácter oficioso con que debe actuar el

² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 16 de marzo de 2012. Radicación 88001-23-31-000-2010-00071 01. Actor: Jaime Miguel Torres Padilla.

³ Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Cita de cita: Al respecto, ver: CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Auto de 5 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Exp: (AP) 25000-23-24-000-2003-00238-01.

juez, sus amplios poderes y con miras a la defensa de los derechos colectivos.

*Así, se ha establecido⁵ que es propio del juez de acción popular quien debe amparar los derechos **yendo incluso más allá de lo pedido por el actor**, pues el fin último de este mecanismo no es proteger al demandante, sino resguardar a la comunidad que resulta afectada; debe recordarse que el titular de los derechos colectivos es toda la colectividad, y que tales derechos guardan una relación estrecha con otros derechos como la vida y la salud respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental. Por tal motivo **el juez de la acción popular, como garante de los derechos constitucionales colectivos puede, cuando resulte necesario, proferir fallos ultra y extra petita**. Por ejemplo, como ha resaltado Consejo de Estado, (...) **es viable que se tengan en cuenta hechos distintos a los que aparecen en la demanda, siempre que la conducta que se persiga sea la misma que la parte actora indicó como trasgresora en la demanda**. En ese orden de ideas, la sentencia debe ser coherente con la conducta vulneradora imputada en el escrito de la demanda⁶.*

*En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el juez de acción popular, al declarar la vulneración de los derechos colectivos y protegerlos, puede ordenar remedios que excedan las pretensiones presentadas por el actor popular en la demanda **siempre que resulte necesario**. En este sentido, en razón a la obligación positiva en cabeza del juez de proteger los derechos colectivos, si en curso del proceso se encuentra probada una circunstancia que vulnera los derechos colectivos y que no fue alegada por el demandante, el juez **está facultado para proferir fallos ultra petita y extra petita...**". (Resaltado fuera de texto)*

En este orden de ideas, el Juez en sede popular cuenta con la facultad para impartir órdenes a fin de lograr la efectiva protección de los derechos colectivos invocados, pero bajo criterios de razonabilidad fáctica, probatoria, constitucional y legal, como se reseñó en acápites anteriores.

2.4. Autonomía presupuestal, administrativa y financiera de las Personerías municipales

Las personerías municipales son organismos encargados del control y vigilancia de la administración de sus respectivas entidades territoriales, atribuciones que se acompañan con la tarea de ejercer la función de Ministerio Público y defensa, protección y promoción de los Derechos Humanos en su jurisdicción, el ejercicio del

⁵ Cita de cita: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 9 de agosto de 2012. Consejero ponente (E): Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00472-01(AP). En aquella oportunidad se presentó acción popular y se solicitó la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público, el derecho a la seguridad y la prevención de desastres previsibles técnicamente, los cuales se estiman vulnerados como quiera que la alcantarilla ubicada en el Km 138 + 002 de la vía Guamo-Espinal no cuenta con las medidas de seguridad necesarias y exigidas por la ley.

⁶ Cita de cita: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Agosto 9 de 2012. Consejero ponente (E): Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 73001-23-31-000-2010- 00472-01 (A P).

control disciplinario, la promoción del control social de la gestión pública y la guarda del interés público.

Si bien es dable considerar la figura de las personerías como un órgano de carácter municipal, no solamente porque su elección tiene origen allí, sino porque sus funciones se circunscriben a la jurisdicción del determinado municipio y su presupuesto también está limitado al del ente territorial, no obstante, se predica de aquellas autonomía presupuestal y administrativa, equiparándose en este aspecto a las contralorías territoriales, según lo ha señalado la H. Corte Constitucional⁷:

“La personería y la contraloría son órganos municipales. Sin embargo, la Carta confiere a esas entidades autonomía e independencia, a fin de que puedan ejercer adecuadamente las funciones de control que les competen. Así, la contraloría ejerce la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración (CP arts 119 y 267), por lo cual, tanto en el plano nacional como a nivel municipal, goza de autonomía administrativa y presupuestal (CP arts 267 y 272). Por su parte, el personero, si bien es elegido por el concejo municipal (CP art. 313 ord 8º), en manera alguna es un servidor público dependiente de esta entidad, pues ejerce funciones de Ministerio Público a nivel local, por lo cual le corresponde, entre otras atribuciones, la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta de los otros servidores públicos (CP art. 118).

Como vemos, el contralor municipal y el personero, si bien son órganos municipales, no dependen directamente del alcalde ni del concejo, ya que son organismos de control que gozan de autonomía administrativa y presupuestal, precisamente para poder ejercer adecuadamente sus funciones de control.”

En tal sentido, el H. Consejo de Estado ha señalado en forma pacífica que justamente en virtud de dicha autonomía, las personerías municipales están llamadas a dar cumplimiento a las órdenes judiciales que exijan de estas autoridades erogaciones con cargo a su propio presupuesto. En efecto la referida corporación señaló⁸:

“Al respecto, es necesario señalar que la Personería Municipal puede carecer de personería jurídica, pero ello no es óbice para que efectúe el pago de las condenas judiciales, toda vez que goza de autonomía administrativa y presupuestal y constituye una Sección dentro del presupuesto del respectivo municipio, lo cual la habilita para atender sus obligaciones y realizar sus pagos.

En materia presupuestal, las normas legales orgánicas son de aplicación tanto a nivel nacional como territorial, conforme lo establece el artículo 352 de la Constitución:

“Artículo 352.- Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del

⁷ Sentencia C- 405 de 1998. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

⁸ Sala de Consulta y Servicio Civil, 28 de junio de 2007, radicación: 11001-03-06-000-2007-00042-00 (1828).

presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, **de las entidades territoriales** y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el plan nacional de desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”

El decreto 111 de 1996, “Por el cual se compilan la ley 38 de 1989, la ley 179 de 1994 y la ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”, es pues, aplicable en el ámbito municipal y dispone en los artículos 108 y 110 lo siguiente:

“Artículo 108.- Las Contralorías y **Personerías Distritales y Municipales** tendrán la autonomía presupuestal señalada en la Ley Orgánica del Presupuesto (Ley 225/95, art. 30)”

“Artículo 110.- Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes.

En la sección correspondiente a la Rama Legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la Rama Judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, las Contralorías y **Personerías Territoriales** y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica...”.

Como se observa, el inciso tercero de esta última norma menciona a las “Personerías Territoriales”, expresión que comprende a las personerías distritales y a las municipales y en consecuencia, la ley orgánica de presupuesto reconoce a estos órganos, la autonomía presupuestal necesaria para el ejercicio independiente de su labor de control de la administración local y les confiere la categoría de ser una sección del presupuesto del respectivo distrito o municipio, con lo cual, además de la potestad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hacen parte (el distrito o el municipio), pueden válidamente ordenar el gasto respecto de las apropiaciones que han sido incorporadas en la Sección que les corresponde.

...

En consecuencia, el Personero Municipal y los funcionarios del nivel directivo en los cuales éste haya delegado la facultad de ordenación del gasto, pueden, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, ordenar el gasto respecto de las apropiaciones que figuren en la sección correspondiente de la Personería Municipal dentro del presupuesto del municipio, sin que haya que solicitar la intervención del Alcalde Municipal, pues ello significaría desconocer la autonomía presupuestal del órgano de control". (Se resalta)

2.5. Caso concreto

Ahora bien, con el fin de descender a las particulares del asunto objeto de análisis, resulta necesario recordar que el único punto de controversia hace referencia a la inconformidad planteada por el municipio de Manizales, al verse avocada por la parte resolutive de la sentencia recurrida a adecuar o modificar el presupuesto asignado a la Personería municipal con miras al financiamiento de las referidas obras de adecuación que requiere la sede alterna donde esta autoridad presta servicio al público.

Sobre este particular, como se advirtió en el acápite precedente, la Personería municipal de Manizales cuenta con autonomía presupuestal y administrativa, acorde con un presupuesto asignado de conformidad con el ordenamiento legal que debe ser utilizado para sufragar sus gastos de funcionamiento.

Entre dichos gastos están los relacionados con el mantenimiento y las reparaciones locativas de sus sedes, como son aquellos necesarios para atender los problemas que se presentan en el inmueble en el cual se ubica su sede alterna, consistentes en: *Presencia de humedades pisos y paredes; Filtraciones de agua; Signos de deterioro en el piso de madera; Cargas concentradas que ponen en riesgo los pisos; Techos en mal estado.* (fls. 58-64, cdo. 1).

En este orden de ideas, cabe advertir que de conformidad con las normas orgánicas de presupuesto, específicamente el artículo 10 de la Ley 617 de 2000, regula el valor máximo de los gastos de las personerías municipales, el cual para el caso de entes territoriales de primera categoría como es el caso del municipio de Manizales, se encuentra fijado en un 1.7% de los ingresos corrientes de libre destinación del municipio, siendo esta una restricción a los gastos de funcionamiento de las personerías que debe ser acatada. En tal sentido el H. Consejo de Estado expuso⁹:

"Una de las normas orgánicas de presupuesto, tal como lo expuso la Sala en párrafos anteriores, es el artículo 10 de la Ley 617 de 2000, el cual regula el valor máximo de los gastos de los concejos, las personerías y las contralorías distritales y municipales..."

Esta disposición impone una restricción a los gastos de funcionamiento de las personerías, entre otras instituciones, límite al cual deben ajustarse los municipios al

⁹ Sala de Consulta y Servicio Civil, 19 de septiembre de 2017, radicación: 11001-03-06-000-2016-00223-00 (2321).

momento de elaborar sus presupuestos, pues de la lectura de la norma se observa un imperativo “Los gastos de las personerías ...no podrán superar los siguientes límites...”. Además, al ser una norma orgánica de presupuesto, deben las entidades territoriales sujetarse a ella, por así disponerlo los artículos 352 y 353 de la Constitución Política y 109 del Decreto 111 de 1996 (Ley 38/89, artículo 94. Ley 179/94, artículo 52). Estas normas orgánicas de presupuesto de la Ley 617 de 2000 (dentro de las cuales se encuentra el artículo 10), fueron expedidas por el Congreso como un mecanismo para ajustar los presupuestos de las entidades territoriales, y sobre las que ya hubo pronunciamiento de la Corte Constitucional admitiendo la imposición de restricciones a las entidades territoriales a la hora de determinar sus gastos de funcionamiento...

En conclusión, el límite presupuestal establecido en el artículo 10 de la Ley 617 de 2000, es de obligatorio cumplimiento para las entidades territoriales, por lo que, los gastos de funcionamiento de las personerías no pueden superar el límite allí establecido.” (Se resalta)

Corolario de lo expuesto, la Sala no halla justificación legal a la orden impartida por el *a quo* referente a la modificación por parte del municipio de Manizales a las partidas asignadas a la Personería municipal con el fin de que atienda las reparaciones de su sede alterna, pues no es objeto de controversia que la asignación presupuestal efectuada a dicha autoridad se encuentra en el tope máximo permitido por la Ley, esto es, el 1.7% de los ingresos corrientes de libre destinación del municipio de Manizales, siendo necesario que la Personería de Manizales atienda con cargo a dicho presupuesto las adecuaciones que requiere el inmueble donde presta su servicio al público, inmueble que es de propiedad de dicha personería municipal (v. fl. 26, cdo. 1).

En este orden de ideas, halla eco de prosperidad el cargo de apelación formulado por el municipio de Manizales en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, al considerar que la Personería municipal es la llamada a cumplir el fallo con cargo al presupuesto asignado a dicha autoridad, por lo cual se revocará en tal sentido el ordinal 4º de la sentencia recurrida.

2.6. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del **Tribunal Contencioso Administrativo De Caldas**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE el ordinal 4º de la sentencia proferida el 11 de febrero de 2019 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio de la acción popular promovió el señor **Enrique Arbelaez Mutis** en contra de la **Personería municipal de Manizales**.

En lo demás, **CONFÍRMASE** la sentencia recurrida.

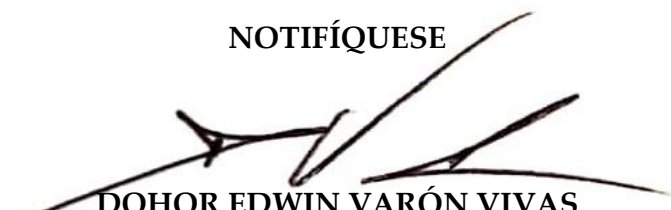
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 238

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-33-33-004-2013-00102-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Luz Marina Londoño y otros
Demandado: Agencia Nacional de Infraestructura y otros

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto Administrativo de Manizales, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Solicita la parte demandante se declare administrativa y patrimonialmente responsable a las entidades demandadas por los daños causados con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el 16 de diciembre de 2010 en la vía que del municipio de Chinchiná conduce al municipio de Manizales, hecho en el cual falleció el señor Ronal Roens Gómez Londoño y en consecuencia se les ordene pagar las indemnizaciones por perjuicios materiales¹ y daños morales².

1.2. Fundamento factico

Relató la parte demandante que el 16 de diciembre de 2010, siendo aproximadamente las 6:15 pm el señor Ronal Roens Gómez Londoño se dirigía en la vía que del municipio de Chinchiná conduce al municipio de Manizales, en el sitio conocido como La Estampilla,

¹ Para Luz Marina Londoño, Lucro cesante consolidado: \$55.701.603 y Lucro cesante futuro \$85.865.861. Para Claudia Ximena Duque Arboleda, Lucro cesante consolidado: \$55.701.603 y Lucro cesante futuro 136.008.825.

² 100 smmlv para cada uno de los demandantes.

lugar donde fue arrollado por una volqueta de placas WHG 469, que invadió el carril por el que subía el señor Gómez, al parecer porque en el momento se encontraba personal realizando trabajos en la vía, lo que obligó a la utilización de un solo carril en doble sentido y sin que se hubiesen instalado las señales de tránsito obligatorias que indicaran el contraflujo y advirtieran el peligro que existía para los conductores.

Afirmó que el occiso al momento del suceso, contaba con 26 años y laboraba en la fábrica Buencafé Liofilizado de Colombia con un salario de \$1.434.000.

1.3. Fundamentos de derecho

Invocó como fundamento los artículos 1 y 2 de la Constitución y artículo 1 inciso 2 del Código Nacional de Tránsito Terrestre. Argumentó que las entidades demandadas, son responsables por el fallecimiento de Ronal Roens Gómez Londoño, a título de falla en el servicio, toda vez que, al momento de los hechos, no dispusieron las medidas establecidas en el Manual sobre dispositivos para el control de tránsito en calles y carreteras, por lo tanto, la mala señalización en la carretera, la cual representaba un peligro, es la causa efectiva del daño antijurídico provocado, siendo en consecuencia imputable a las entidades.

2. Contestación de la demanda

2.4.1. La Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (fls. 298-313). Se opuso a las pretensiones y se refirió a cada uno de los hechos de la demanda señalando que no le constaban y propuso las siguientes excepciones:

1) *Caducidad*: Sostuvo que teniendo en cuenta la fecha de los hechos y la fecha de presentación de la demanda, la acción ya había caducado.

2) *Responsabilidad de señalización de la vía concesionada en cabeza del Concesionario Autopistas del Café S.A.*: Afirmó que en el evento de probarse que el accidente ocurrió por falta de señalización de vía, quien debe entrar a responder directamente es Autopistas del Café, por omisión del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de Concesión No. 113 de 1997.

3) *Inexistencia de responsabilidad patrimonial por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura – no se presenta falla o falta en el servicio a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura lo que ocasiona rompimiento del nexo causal*: Argumentó que entidad ha cumplido con las obligaciones legales y contractuales, toda vez que el 26 de marzo de 2009, dicha agencia celebró el contrato de interventoría 016 con la Unión Temporal CJ, para que por su intermedio se ejerciera la labor de control sobre la concesión. Insistió que para la Agencia es imposible hacer presencia en todos los lugares de la vía para llevar control del cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario.

4) *Falta de legitimación en la causa por pasiva*: Refirió la ausencia de pruebas que demuestren la relación fáctica que alega el demandante que lleven a imputar los cargos a la Agencia Nacional de Infraestructura.

5) *Falta de material probatorio*: Afirmó que no se aportan pruebas pertinentes, conducentes y útiles que permitan inferir que el accidente ocurrió por alguna acción u omisión de parte de la agencia.

6) *Las que resulten probadas en el curso del proceso*.

Como razonamiento jurídico señaló que, se configuró la causal eximente de responsabilidad denominada culpa exclusiva de la víctima, por cuanto afirmó que la víctima conducía con exceso de velocidad, invadió el carril por donde se desplazaba la volqueta y no estuvo atento a las condiciones de la vía.

2.4.2 El Ministerio de Transporte (fls. 369-378), realizó un resumen de los hechos expuestos en el escrito de demanda; se opuso a las pretensiones de la parte demandante; realizó un recuento normativo respecto al Fondo Vial Nacional, creado mediante la Ley 64 de 1987, creado con el propósito de mejorar y extender la red de carreteras nacionales, teniendo a su cargo las funciones de construcción y conservación de las carreteras nacionales, además de asumir la administración de los contratos de obra pública.

Señaló que el Decreto 2053 de 2003, estableció que el sector transporte se encuentra integrado por el Instituto Nacional de Vías, el Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil y el Instituto Nacional de Concesiones. Que esta última entidad, por medio del Decreto 4165 de 2011, cambió de razón social pasando a ser la Agencia Nacional de Infraestructura argumentó que la ley asignó la función de construcción, mantenimiento y señalización de las vías nacionales no concesionadas al Instituto Nacional de Vías y de las vías concesionadas a la Agencia Nacional de Infraestructura.

Con fundamento en lo anterior adujo que, la vía donde ocurrieron los hechos se encuentra concesionada a *Autopistas del Café*, a quien le corresponde la construcción, mantenimiento, conservación y señalización, en virtud del contrato de Concesión No. 0113 de 199, contrato vigilado por la ANI.

Concluyó que no existen pruebas que señalen al Ministerio de Transporte como responsable de los hechos de la demanda y menos del daño antijurídico que es alegado. Propuso las siguientes excepciones:

1) *Falta de legitimación en la causa por pasiva*: Señaló que en virtud de la Ley 64 de 1967, Decretos 2171 de 1992, 101 de 2000, 2053, 2056 de 2003, 087 y 4165 de 2011, se establece claramente la falta de responsabilidad del Ministerio de Transporte, toda vez que no está

dentro de sus funciones construir, administrar, mantener, conservar, ni señalizar las carreteras colombianas.

2) *Falta de responsabilidad de ente demandado*: Expuso que no existe responsabilidad de ninguna naturaleza, toda vez que no se señala cual ha sido la gestión que ha debido atender la entidad.

3) *Inexistencia de solidaridad del Ministerio de Transporte*: Si bien la entidad es un organismo rector en materia de política del transporte, tránsito e infraestructura, cumple funciones muy distintas a las asignadas al INVIAS y a la ANI.

4) *Culpa exclusiva de un tercero o de la propia víctima*: Indicó que de acuerdo con como se dieron los hechos, se arriba a la conclusión que el desenlace fatal obedeció a la conducta del conductor de la volqueta o la propia víctima.

2.4.3. El Instituto Nacional de Vías – Invias (fls. 397-408), hizo referencia a cada uno de los hechos de la demanda, indicando como cierto el fallecimiento del señor Ronal Roens Gómez Londoño conforme los documentos que fueron anexados al expediente, frente a los demás hechos manifestó que no le constan, y se opuso a las pretensiones de la misma, argumentó que desde el 23 de octubre de 2003, el Instituto Nacional de Concesiones ostenta la calidad de contratante en el Contrato No 0113 de 1997, y en consecuencia es la entidad encargada de la administración de la vía y la obligada a realizar la supervisión técnica y administrativa del desarrollado contrato.

Propuso las excepciones tituló:

1) *Falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto del Instituto Nacional de Vías*: Señaló que el daño antijurídico, no es atribuible ni imputable a la entidad, toda vez que no tiene a su cargo la vía donde ocurrieron los hechos.

2) *Inexistencia de responsabilidad por parte del Instituto Nacional de Vías*: Insistió que no es posible atribuir responsabilidad alguna en el presente caso, toda vez que la vía fue entregada a la sociedad Autopista del Café S.A.

3) *Excepción genérica*.

2.4.4. Autopistas del Café S.A. (fls. 524-542), frente a los hechos de la demanda refirió que unos no le constaban, otros no son ciertos y manifestó su oposición a las pretensiones. Señaló que se rompió el nexo de causalidad en relación con la responsabilidad que se le imputa, toda vez que el accidente ocurrió debió a la culpa exclusiva de la víctima, ello por cuanto no es cierto que faltara señalización, puesto que en el tramo donde iniciaba y terminaba el contraflujo existía señalización que prevenía a los conductores sobre el estado de la vía; que además siempre se debe conducir con la última señal de tránsito, que

en este caso era la de contraflujo. Adujo que la víctima incumplió lo previsto en el artículo 94 del Código Nacional de Tránsito, en tanto los motociclistas deben desplazarse por el carril derecho, quien además conducía bajo exceso de velocidad y no contaba con licencia de conducción para motocicleta.

Con fundamento en lo anterior propuso las siguientes excepciones de mérito: 1) *Inexistencia de acciones u omisiones por parte de Autopistas del Café S.A. que hayan generado perjuicio alguno a la parte demandante*; 2) *Culpa exclusiva de la víctima*; 3) *Falta de legitimación en la causa por activa de los señores Claudia Ximena Duque Arboleda y Juan José López Duque*; 4) *Cumplimiento por parte de Autopistas del Café S.A. de todas sus obligaciones legales y contractuales* y 5) *Cualquiera que resulte probada en el proceso*.

Mediante escrito separado planteó las siguientes excepciones previas:

1) *Falta de competencia*: Señaló que el competente para decidir en primera instancia era el Tribunal Administrativo de Caldas, en razón a la cuantía.

2) *Indebida representación del demandante*: Señaló que el poder no fue otorgado por María Cristina Osorio Londoño, sino por María Cristina Londoño Osorio, lo cual configura la indebida representación.

3) *No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado*: Adujo que no fue aportada prueba de la calidad de compañeros permanentes entre Claudia Ximena López Duque y Ronal Roens Gómez Londoño.

4) *Falta de requisitos de la conciliación de la conciliación prejudicial*: Arguyó que las personas que participaron en la etapa de conciliación prejudicial son diferentes a las que actúan en el presente asunto.

5) *Inepta demanda*: Señaló que la demanda no cumple con los requisitos de precisión y claridad, según lo establece el numeral 2 del artículo 162 del CPACA.

2.4.5. La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza³ (Fls. 608-622) llamada en garantía por la Agencia Nacional de Infraestructura y Autopistas del Café S.A., frente a los hechos de la demanda señaló que ninguno le consta, y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos del llamamiento efectuado por la ANI, como a los planteados por Autopistas del Café S.A., oponiéndose a las pretensiones planteadas sobre ambas entidades.

Planteó como excepción frente a las pretensiones de la parte demandante la denominada “*Hecho de la víctima*”: fundada en que el señor Ronal Roens Gómez, infringió los artículos 68

³ Llamada en Garantía

Reparación directa

17-001-33-33-004-2013-00102-02

y 94 del Código Nacional de Tránsito, y que además la motocicleta se desplazaba con exceso de velocidad.

Frente al llamamiento en garantía formulado por la ANI planteó las siguientes excepciones:

1) *La Póliza de cumplimiento no cubre eventos de responsabilidad civil extracontractual*: Señaló que resulta improcedente llamar en garantía a la aseguradora con fundamento en una póliza de cumplimiento.

2) *Ausencia de cobertura de lucro cesante y de daños extrapatrimoniales por expresa exclusión*: Señaló que la póliza que fundó el llamamiento en garantía solo cubre el daño emergente, por lo tanto, no cubre lucro cesante, ni daños extrapatrimoniales.

Planteó las siguientes excepciones frente al llamamiento en garantía de Autopistas del Café:

1) *Inexigibilidad de la póliza 01 RO015349 por cuanto los hechos ocurrieron fuera de las vías intervenidas con ocasión del otrosí No. 7 al contrato de concesión celebrado entre la ANI y Autopistas del Café S.A.*: Adujo que la vía Chinchiná – Manizales, no hacía parte de las vías que sería intervenidas con ocasión al otrosí.

2) *Límites asegurados y deducibles*: Hizo referencia a los montos máximos que cubriría la póliza en caso de resultar condenada la entidad.

2.4.6. La sociedad **QBE Seguros**⁴ (fls. 686-721) llamado en garantía por la Agencia Nacional de Infraestructura, frente a los hechos señaló que no son ciertos y que no le constaban y se opuso a las pretensiones.

Propuso los siguientes medio exceptivos:

1) *Caducidad de la acción de reparación directa*: Sostuvo que, de acuerdo con los hechos y la fecha de presentación de la demanda, la acción ya había caducado.

2) *Falta de legitimación en la causa por activa*: Adujo que no existe prueba de la relación marital de hecho que sostuvo la señora Claudia Ximena Duque Arboleda con la víctima. Frente a los hermanos del occiso, indicó que no se desprende tal relación de los registros civiles de nacimiento aportados para tal fin.

3) *Falta de legitimación en la causa por pasiva configurada respecto a la Agencia Nacional de Infraestructura*: Expuso que la vía se encontraba en buen estado y debidamente señalizada, por lo cual afirma que la ANI nada tuvo que ver en el desenlace fatal.

⁴ Llamada en garantía.

4) *Ausencia de nexo causal en lo que respecta a la Agencia Nacional de Infraestructura*; Señaló que la entidad no tuvo injerencia alguna en la producción del daño.

5) *Ruptura del nexo causal frente a la Agencia Nacional de Infraestructura, en el caso hipotético que el mismo existiera*: Indicó que en el caso de existir nexo causal entre el actuar de la ANI y el daño, el mismo se rompe por la configuración del hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima.

6) *Ausencia de cobertura de la Póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 120100001155 expedida por QBE Seguros S.A.*: La póliza no cubre si los perjuicios no se causan como consecuencia directa de las actividades desarrolladas por la ANI.

7) *Presencia de una causal de exclusión pactada en la póliza*: Sostuvo que en caso de resultar probada la responsabilidad en la ejecución del contrato No 0113 de 1997, el llamado a responder es Autopistas del Café.

8) *Cobertura de las pólizas Nos. 01 RO014912 y 01 RO015349 expedidas por la compañía aseguradora de Finanzas S.A.*: Señaló que el llamado a responder es Autopistas del Café.

9) *Ausencia de Prueba de los perjuicios reclamados*: Indicó que los daños hipotéticos no son indemnizables, por lo cual adujo que los daños no se encuentran probados.

10) *Excepción genérica*.

Propuso las siguientes excepciones frente al llamamiento realizado por la ANI:

1) *Ausencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 120100001155 expedida por QBE Seguros S.A.*: Indicó que, conforme a la cláusula primera, la aseguradora responde por los perjuicios causados directamente por la ANI, lo que a su juicio no ocurrió en el presente asunto.

2) *Configuración de una causal de exclusión pactada en la póliza No. 0120100001155*: Sostuvo que en caso de resultar probada la responsabilidad en la ejecución del contrato No 0113 de 1997, el llamado a responder es Autopistas del Café.

3) *Cubrimiento de las pólizas Nos. 01 RO014912 y RO015349 expedidas por compañía aseguradora de Fianzas S.A.*: Señaló que el llamado a responder es Autopistas del Café.

Cabe destacar que el Juzgado de primera instancia, mediante providencia del 30 de noviembre de 2016 (fls. 750 –753), declaró la ineficacia de llamamiento en garantía que realizó la ANI frente a la aseguradora QBE Seguros S.A., ello por cuanto no se realizó el llamamiento dentro del plazo otorgada para la notificación, decisión frente a la cual no

interpusieron recurso alguno.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y a Autopistas del Café S.A., por los hechos en los que falleció el señor Ronal Roens Gómez Londoño y las condenó al pago de perjuicios materiales a favor de la señora Luz Marina Londoño (madre) por conceptos de lucro cesante consolidado y futuro, la suma de \$164.208.909, ello toda vez que encontró probado que la víctima convivía con ella y que era quien velaba económicamente por su manutención y perjuicios morales para la señora Luz Marina y Germán Augusto Londoño en calidad de hermano de la víctima.

Para ello, luego de referirse al régimen de imputación de la falla en el servicio, encontró probado el daño antijurídico, consistente en el fallecimiento del señor Gómez Londoño, quien iba conduciendo su motocicleta en la vía que conduce del municipio de Chinchiná al municipio de Manizales.

Frente a la imputación sostuvo que, el hecho dañoso es atribuible a la ANI y a Autopistas del Café, por cuanto son las encargadas del mantenimiento y señalización de la vía. Señaló que el accidente en el cual perdió la vida el señor Gómez, se produjo en gran medida, debido a la mala señalización respecto al peligro que representaba el contraflujo; que las entidades señaladas incumplieron el deber de adoptar las medidas necesarias para prevenir a los usuarios de la vía, sobre la existencia de un contraflujo, mediante la ubicación de señales eficaces que advirtieran de los riesgos.

Agregó que, se logró demostrar que la víctima invadió el carril izquierdo, cuando su deber era el de transitar por el derecho, ello según lo dispuesto en los artículos 94 y 96 del Código Nacional de Tránsito, razón por la cual determinó que sería descontado un 30% de la indemnización que debían asumir las entidades condenadas, toda vez que consideró que el actuar de la víctima fue imprudente.

De otra parte, declaró la falta de legitimación en la causa por activa de Claudia Ximena Duque quien no demostró la calidad de compañera permanente de la víctima; María Cristina Londoño Londoño, quien no demostró que era la hermana de la víctima y frente al menor de edad Juan José López Duque, sostuvo que, si bien logró demostrarse que la víctima contribuía económicamente con su manutención, no se demostró el grado de sufrimiento. Además, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del Invias y el Ministerio de Transporte.

Por otro lado, la aseguradora Confianza S.A., fue liberada de responsabilidad tanto frente al llamamiento realizado por Autopistas del Café, toda vez que la póliza que sirvió de fundamento no amparaba la vía en la cual ocurrieron los hechos; como del llamamiento

realizado por la ANI, toda vez que con fundamento en el artículo 1088 del Código de Comercio y las cláusulas de la póliza, no estaba llamada a responder.

4. Recurso de apelación

La parte demandante apeló la decisión señalando que, de las declaraciones rendidas por los señores Jorge Alexander Osorio y Nancy Osorio, se debe tener probado que la señora María Cristina Osorio Londoño acudió en la calidad de hermana de la víctima, por tal razón considera debe accederse a la condena de perjuicio deprecado.

Autopistas del Café S.A. se opuso a la sentencia al considerar que obran pruebas suficientes que demuestran la configuración de la culpa exclusiva de víctima, toda vez que infringió múltiples obligaciones como conductor, situación que rompe el nexo de causalidad entre la acción o la omisión de la que se acusa a la sociedad; además que no fue aportada prueba alguna que demostrara la ausencia de señalización o que esta fuera insuficiente.

Señaló que la víctima invadió el carril contrario al sentido en el que conducía, condujo el vehículo más de un metro del borde de la vía y además no atendió las condiciones de la vía en ese momento. Que de acuerdo con el informe de tránsito 3460043, la víctima conducía la motocicleta sin tener los mínimos estándares de cuidado y mantenimiento, lo cual no le permitía maniobrar adecuadamente, debido a que la rueda delantera del vehículo tenía una profundidad de 0.55 mm, señalando que la norma técnica determina que el área de mayor desgaste de cualquiera de las llantas no debe ser menor a 1.6 mm a las marcas de desgaste.

Aseveró que la víctima conducía el vehículo con exceso de velocidad en una vía que solo era permitido transitar a una máxima de 30 km/h, concluyendo que, si hubiese respetado dicho límite, hubiese podido advertir cualquier anomalía en la vía que permitiese evitar el desenlace fatal.

Finalmente, expuso conforme a algunos apartes de jurisprudencia que, en caso de concurrencia de culpas, se ha establecido un porcentaje de 50% de deducción a la condena y no en 30% como fue establecido en el fallo de primera instancia.

La **Agencia Nacional de Infraestructura** apeló la decisión señalando que, no se realizó una valoración conjunta de la prueba para concluir la existencia de una falla en el servicio atribuible a la entidad; que no se tuvo en cuenta en forma íntegra el informe de policía judicial, ello en cuanto afirma que las fotografías 9, 10, 11, ilustran sobre la presencia de señalización que advertía la existencia de contraflujo en el lugar donde ocurrieron los hechos, sin que la sentencia indicara los motivos por los cuales diera una preponderancia a las declaraciones en las que apoyó sobre los medios probatorios que indican lo contrario.

Reiteró con fundamento en el informe ejecutivo suscrito por el patrullero Juan Pablo Aguirre Gómez, que la vía contaba con señales preventivas en el lugar que ocurrieron los hechos, que además la condición de la vía era seca, no había neblina, no tenía huecos, ni aceite derramado sobre la vía, no tenía obstáculo que le impidiera la adecuada visibilidad, concluyendo que las señales existentes era las requeridas para evitar el peligro.

Señaló que está demostrado, según el reporte de policía judicial, que la víctima no era propietaria de la motocicleta, no portaba licencia de conducción y tampoco reportaba en el RUNT⁵, que hubiese tramitado alguna licencia para conducir motocicleta, aduciendo que, en el caso de existir una falla esta es atribuible a las autoridades de tránsito.

Por otro lado, adujo que no está llamada a responder por los hechos que se le atribuyen, puesto que la decisión se fundó en la falta o defectuosa señalización de la vía, obras que no se encuentran a su cargo, sino del concesionario Autopistas del Café, en virtud del Contrato de Concesión 133 de 1997, la labor de señalización, mantenimiento y conservación de la vía.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La **Agencia Nacional de Infraestructura** (fls. 20-22, cdo. 4) reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y adicionalmente señaló que, con fundamento en la cláusula vigésima quinta del contrato de concesión No. 113 de 1997, la sociedad Autopistas del Café, se encuentra obligada a cumplir con todas las disposiciones sobre la señalización y el mantenimiento del proyecto vial, por lo cual considera que con base en el principio de la buena fe, espera siempre que la sociedad ajuste su conducta de forma honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse, razón por la cual solicitó que fuera negada la pretensión condenatoria frente a dicha entidad.

Finalmente, haciendo referencia a una sentencia del Consejo de Estado solicitó que, en caso de mantenerse la falla en el servicio, se establezca como proporción a pagar por la concesionaria un 100% de la condena.

La **Sociedad Autopistas del Café S.A.** reiteró lo expuesto en el recurso de apelación.

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para decidir el recurso de apelación con fundamento en lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

⁵ Registro Único Nacional de Tránsito

Contencioso Administrativo.

2. Problemas jurídicos.

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver los siguientes cuestionamientos:

¿La demandante María Cristina Osorio Londoño acreditó la calidad de hermana de la víctima?

¿El daño es imputable a las demandadas?

¿Se configuró la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad?

¿Es proporcional y razonable el porcentaje establecido por la concurrencia de la culpa de la víctima?

3. Primer problema jurídico: *¿María Cristina Osorio Londoño acreditó la calidad de hermana de la víctima?*

Tesis del Tribunal: La señora María Cristina Osorio Londoño no demostró la calidad de hermana de la víctima que invocó como fundamento de sus pretensiones, de tal manera que no se encuentra legitimada para ser beneficiaria de la condena impuesta.

Sobre la legitimación en la causa por activa, el Consejo de Estado ha realizado la siguiente diferenciación:

“La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva. A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación. Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.”

La señora María Cristina Londoño Osorio invocó como fundamento de sus pretensiones la calidad de hermana de la víctima, para lo cual para acreditar la legitimación en la causa por activa material debía aportar el correspondiente registro civil de nacimiento.

Al respecto el Consejo de Estado, ha señalado:

*“(...) A propósito de la **legitimación en la causa**, tuvo razón el Tribunal al considerar que Leonor Álvarez y Alberto Viña, no estaban habilitados para reclamar la indemnización de los perjuicios en condición de padres. En efecto, dentro del proceso no se solicitó, ni se decretó como prueba, pero tampoco se aportó dentro de las oportunidades previstas por la ley procesal con tal fin, **el registro civil de nacimiento de la víctima directa**, de la que se desconocen sus ascendientes y, por ende, tampoco podía determinarse si quienes demandaron alegando la condición de hermanos eran, en efecto, parientes en segundo grado de la víctima directa, pues no se sabe si “descienden de una raíz o tronco común”⁶*

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la señora Londoño Osorio, no demostró la calidad de hermana del señor Ronal Roes, pues del registro civil de nacimiento aportado⁷, figuran como sus padres, Luz Marina Osorio e Iván Londoño, de tal suerte que, los padres de la víctima son Luz Marina Londoño y Carlos Antonio Gómez Tabares, siendo claro que no coinciden.

Ahora bien, señala la demandante que de las declaraciones de los señores Jorge Alexander Osorio y Nancy Osorio, se desprende la prueba del parentesco; si bien tales medios no son los idóneos para tal fin, se procederá a su análisis a efectos de establecer la calidad de tercera afectada:

Jorge Alexander Osorio declaró:

“(...) Sabe si Ronal velaba económicamente por otra persona. CONTESTÓ: Él lo que hacía era una obra de caridad con el hijo de la que era la novia de él (...) Pero no era una obligación. Él le ayudaba mensualmente al niño.

Sobre la relación con la señora. CONTESTÓ: De Ronal con la señora más o menos 3 a años llevaban ellos, pero al momento de él fallecer ellos hacía 3 meses que ya no eran novios. PREGUNTADO: ¿ellos convivieron juntos? CONTESTÓ: No, él siempre vivió con doña Marina, ella lo visitaba a él y él a ella. Él nunca fue a vivir con esa muchacha.

PREGUNTADO: Qué observó en la compañera por el fallecimiento de Ronal. CONTESTÓ: La verdad la muchacha mostró, en el momento en que él faltó, esa parte que él le faltaba, pero ahí no pasó más (...) PREGUNTADO: y al niño al que le colaboraba que edad tenía para la época del fallecimiento. CONTESTÓ: El niño tenía 4 o 5 años. PREGUNTADO: alcanzó a observar alguna manifestación del niño. CONTESTÓ: No porque con la novia de él casi no trataba.”

Nancy Osorio por su parte señaló:

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata, 15 de noviembre de 2019. Radicación: 25000-23-26-000-2006-02068-03(44922)

⁷ 46 C1

“(…) PREGUNTADO: El señor Ronal al momento del fallecimiento tenía alguna relación o algún hijo. CONTESTÓ: Exactamente en el momento en que falleció no porque él hacía tres meses había terminado la relación que tenía con Claudia (…). PREGUNTADO: Sobre esa relación podría informar cuánto tiempo duró, si lo sabe. CONTESTÓ: pues aproximadamente fue como 2 o 3 años, algo así más o menos (…). PREGUNTADO: Ellos llegaron a convivir juntos. CONTESTÓ: No, vivió con su madre y él era el que la sostenía a ella (…). PREGUNTADO: Durante el tiempo que duró la relación le ayudaba a su pareja. CONTESTÓ: Pues que yo sepa no. De pronto él estuvo muy preocupado fue por el niño que ella tenía, pues no era ni de él (…) y él como que si se interesaba en aportarle al niño lo que más pudiera (…) hasta donde tengo entendido que él hizo una declaración extrajuicio de que vivía con ella, algo más a fondo de que eran novio, por el simple hecho de que el niño recibiera una ayuda económica por CONFAMILIARES pues que es el subsidio que les llega y para tener acceso a piscinas y eso lo escolar en la época escolar , pensando en el niño.”

De las declaraciones rendidas, si bien expresan que la señora María Cristina Osorio era la hermana del señor Ronal Roens, no son claros en expresar el grado de angustia y congoja que padeció con su fallecimiento, como tampoco algún grado de dependencia económica.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que la señora María Cristina Osorio, no logró demostrar la relación de hermana que afirmó tener con el señor Ronal Roens Gómez y tampoco demostró tener algún grado de afectación para acceder a indemnización como tercera afectada. Por lo anterior, será confirmado el fallo de primera instancia.

4. Segundo problema jurídico: ¿El daño es imputable a las demandadas?

Tesis del Tribunal: El daño derivado del accidente ocurrido el 16 de diciembre de 2010 en la vía que conduce del municipio de Chinchiná al municipio de Manizales, en el cual perdió la vida el señor Ronal Roens Gómez Londoño, es imputable a la sociedad Autopistas del Café S.A., por cuanto al ser la encargada del mantenimiento de la vía y estar ejecutando las obras transitorias en la vía, tenía el deber jurídico de implementar las debidas medidas de señalización del contraflujo, que advirtieran de la situación de peligro, deberes que se encuentra acreditado, no cumplieron.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos relevantes acreditados; ii) el fundamento normativo sobre el régimen de responsabilidad aplicable y iii) el análisis del caso concreto

4.1. Hechos relevantes acreditados

- Ronal Roens Gómez Londoño, el 16 de diciembre de 2010 sufrió un accidente de tránsito a bordo de una motocicleta, la cual colisionó con una volqueta en la vía *Tres Puertas – Puente La Libertad* Kilómetro 19+100, en el sector conocido como *La Estampilla*, ello según el Informe Ejecutivo FPJ-3, suscrito por Juan Pablo Aguirre Gómez de la Policía

Nacional⁸, reporte del cual se destaca lo que a continuación se lee:

“(...) Siendo as 18+20 horas fuimos informados (...) sobre un accidente de tránsito sobre la vía que de Chinchiná conduce a Manizales en el kilómetro 20+500 metros aproximadamente (...) llegamos a las 18:25 horas encontrando en el sitio, una vía que se encuentra en contraflujo sobre el sentido tres puertas – Manizales ya que la calzada Manizales – Tres Puertas se encuentra cerrada por obras en la vía. En el sentido Tres puertas – Manizales nos encontramos una volqueta marca dina de placas WHG-469 de color azul, modelo 1995 de servicio público (...) la cual era conducida por EDWIN ADRIÁN SUAZA CASTAÑO (...) debajo de la llanta izquierda se encontró una motocicleta de marca Suzuki best 125 de placas NMW -16B modelo 2009 de color negro de servicio particular (...) la cual era conducida por RONAL ROENS GÓMEZ LONDOÑO (...) el cual cuando llegamos al lugar del accidente se encontraba tendido en el asfalto con varias lesiones, llegando la ambulancia de bomberos minutos más tarde y llevándolo a la Clínica Santa Sofía donde fue atendido falleciendo a las 21:30 horas según historia clínica.

(...)

*Hipótesis del accidente: de la vía: 301 **ausencia total o parcial de señales.***

Vehículo No 2 157 invasión de carril.” (Se resalta)

- El Informe Policial de Accidente de Tránsito No. 55591 del 16 de diciembre de 2010, reportó el accidente mencionado en el acápite anterior⁹, documento en el que se consignó la siguiente observación: *“(...) en el sentido Tres Puertas Manizales se utiliza contraflujo ya que la otra calzada se encuentra cerrada.”*

La anterior información concuerda con el material fotográfico registrado por la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional¹⁰.

- El señor Ronal Roes Gómez Londoño falleció el 16 de diciembre de 2010, con ocasión al accidente de tránsito señalado en líneas precedentes, ello según el Registro Civil de Defunción¹¹, además del Álbum fotográfico de Inspección de Cadáver¹², realizado por el patrullero Wilmar Fernando Díaz Valencia¹³.

El señor Ronal Roens Gómez Londoño, el Informe Pericial de Necropsia No. 2010010117001000402¹⁴: *“(...) fallece de manera violenta por un politraumatismo de tipo contundente y cortocontundente, producido en hechos de tránsito. / Causa básica de muerte: Politraumatismo. / Manera de muerte: Violenta hechos de tránsito.”*

⁸ Fls. 210-212 C1

⁹ Fl. 113 C1

¹⁰ Fls. 115-119 C1

¹¹ Fl. 43 C1

¹² Fls. 127-130 C1

¹³ Fotógrafo Laboratorio Móvil de Criminalística

¹⁴ Fls. 132-137 C1

Así mismo, se describe en la historia clínica de la ESE Hospital Santa Sofía de Caldas¹⁵, la atención prestada por el servicio de urgencia al señor Ronal Roens Gómez Londoño.

- En registro fotográfico realizado por el señor IT. Ofemey Meléndez Adrada (fotógrafo judicial)¹⁶, se aprecia la inspección técnica, con levantamiento y fijación topográfica, realizada al lugar de los hechos, en la vía Chinchiná - Manizales, en donde sufrió el accidente el señor Gómez Londoño.
- El acta de inspección a lugares – FP j-9-, elaborado por el Laboratorio Móvil de Criminalística¹⁷, complementa el anterior registro, documento del cual se destaca:

“(...) El día 8 de febrero de 2011 (...) se procede a realizar inspección al lugar de los hechos en la vía Tres Puertas – Puente la Libertad Km 20 más 500 metros, donde se observa dos calzadas, cuatro carriles, con línea de borde, línea de carril y separadores de carril, a su costado derecho sentido a Manizales existe vegetación y una entrada a la finca La Simpatía, señalización vertical curva y contracurva peligrosa izquierda-derecha (SP-06), velocidad máxima permitida 30 kilómetros por hora señal reglamentaria (SR-30), señal informativa carril izquierdo solo para adelantar (SI-27) se toman medidas del lugar de los hechos, ancho de la vía 7,50 metros, cuneta 80 centímetros de ancho y berma 50 centímetros de ancho, inclinación de la vía 1.2° en ascenso, peralte 5.2° en ascenso, como referencia para realizar las medidas de la inspección se tomó el posible punto de impacto del croquis realizado por el patrullero Juan Pablo Aguirre que efectuó el informe de accidente de tránsito el día de los hechos, las condiciones de la vía actual, comparando con la del día de los hechos se encuentra diferente, ya que la señalización de contraflujo y desvíos que se encontraba para el día de los hechos no coincide con la actual, debido a que dichas señales son móviles por cierres temporales por parte de la concesión de la autopista del café; dada tales circunstancias no fue factible la inspección con reconstrucción de los hechos (...)”

- Todo lo anterior fue compilado en el Informe Técnico No. 05 SETRA-DECAL¹⁸, suscrito por José Edier Marín Gómez (técnico en seguridad vial), documento en el que además de dejar consignadas las circunstancias del accidente de tránsito, se dejó la siguiente apreciación por parte del personal que adelantó el mencionado informe:

“(...) Teniendo en cuenta las características de la vía y la señalización existente al momento del accidente, el resulta de la velocidad crítica en curva con respecto a la vía de 72 km/h, en la que le permite a un vehículo transitar sobre ésta, a una velocidad no superior de la indicada, donde podemos afirmar:

Que de acuerdo a las huellas de frenado dejadas por la volqueta de 7.70 mts. Esta iba a una

¹⁵ Fls. 138-143 C1

¹⁶ Fls. 179 -187 C1

¹⁷ Fls. 192-193 C1

¹⁸ Fls. 194-202 C1

*velocidad no menor a 37 km/h, que la velocidad crítica en curva con respecto a la vía para este sitio es de 72 km/h, se demuestra que el vehículo volqueta no superó la velocidad máxima de la velocidad crítica de la curva, que de acuerdo a lo dicho por el señor Patrullero Aguirre Gómez Juan Pablo funcionario policial que realizó el informe de accidente de tránsito, con respecto a la señalización vial que avía (sic) en el momento del accidente, **noto fallas en la señalización pues solo habían unos pocos conos y bombonas encintadas al comienzo del contra flujo en los dos sentidos de circulación**, que la demás señalización era retirada por personal de mantenimiento de autopistas de café a las 18:00 horas, que el conductor de la motocicleta invadió el carril adyacente a su sentido de circulación, por no tener este tramo de vía en contra flujo elementos que le impidieran tomar el carril izquierdo de su sentido de circulación hasta salir de él (conos reflectivos, maletines, etc.) o señales que le indicaran con precisión la prohibición de dicha maniobra, que si en efecto la señalización era escasa un conductor que condujera atento a la vía y su señalización hubiera notado cuando paso por el comienzo del contraflujo (sic) que la calzada contraria a su sentido de circulación estaba cerrada y que el carril izquierdo de la calzada por la que él estaba transitando estaba funcionando en contra flujo. (Se resalta)*

9. TEORÍA DEL ACCIDENTE

9.1. FACTOR DETERMINANTE.

LA VÍA: Se presentó fallas graves en la señalización en horas nocturnas, pues esta era quitada casi en su totalidad después de las 18:00 horas, solo se dejaba al comienzo del contra flujo en ambos sentidos de circulación.

9.2. FACTOR CONTRIBUYENTE

FACTOR HUMANO: Desconociendo el motivo, es evidente que el conductor de la motocicleta no estaba atento a la vía ni su señalización, teniendo en cuenta que esta actividad es catalogada como de alto riesgo, no se encontraron pruebas que evidenciaran que este (sic) trato (sic) de realizar alguna maniobra evasiva para evitar la colisión con la volqueta."

- El señor agente Juan Pablo Aguirre Gómez¹⁹ del grupo de Policía Judicial de Caldas, quien suscribió el Informe Policial de Accidentes (fls.113-114), plasmó una hipótesis respecto al accidente, ante el Juzgado de primera instancia declaró lo siguiente:

*"(...) Si, hipótesis 301 que es de la vía, que es ausencia total o parcial de señales, en el sitio donde yo conocí el accidente, **había deficiencia de señalización para indicar el contraflujo que estaba dando**. PREGUNTADO: Nos podría dar más precisión sobre esa deficiencia. CONTESTÓ: Porque nos encontramos sobre una vía donde las señales horizontales las que están dibujadas en la vía son de color blanco, eso indica que el conductor debe seguir un mismo sentido, por los carriles que están ahí siguen un mismo sentido donde fue el accidente, antes de la vía encontramos que hay una señalización donde indica que hay un contraflujo y terminando el contraflujo, la verdad no recuerdo muy bien, si indicaba que*

¹⁹ Fl. 841 C1 CD.

terminaba el contraflujo, entonces cuando llegamos al sitio sobre la mitad de la vía que es donde debe indicar para que no invadan el otro carril, no se encontraba señalizado. PREGUNTADO: Podría describir el sitio del hecho. CONTESTÓ: El sitio es saliendo de una curva (...) es como el intermedio de dos curvas (...) siempre que hay dos curvas nos encontramos con una recta, es como saliendo de esa curva ya para iniciar la recta. PREGUNTADO: Al iniciarse el contraflujo hizo referencia a una señal, qué señales existían. CONTESTÓ: Yo recuerdo que estaba la señal de contraflujo, no recuerdo qué más señales había. PREGUNTADO: Usted tenía como funciones recorrer esa vía y pasar por el punto donde ocurrió el accidente. CONTESTÓ: Sí señor. PREGUNTADO: Con qué frecuencia usted recorría ese punto (el de los hechos). CONTESTÓ: Todos los días creo yo. PREGUNTADO: Usted notó las deficiencias en la señalización del contraflujo. CONTESTÓ: Si señor, se notaban las deficiencias.”

- Respecto a la escasa señalización en la vía donde ocurrieron los hechos, el señor Jorge William Amaya, quien transitaba por la vía en la fecha y hora de los hechos materia de análisis, declaró ante el Juzgado de primera instancia lo siguiente:

“(...) en la vía de subida no habían conos, no habían separadores o un aviso de tránsito que dijera que había contraflujo, o algo que pudiera yo identificar como conductor que la vía estaba en ese momento que no era una sola subida sino que era doble (...) PREGUNTADO: Usted en su conducción que observó. CONTESTÓ: Me di cuenta que estaba en contraflujo porque vi a los carros bajar, no porque alguna señalización de tránsito a mí me lo hubiera identificado (...) PREGUNTADO: Si en el sitio específico de los hechos vio alguna señal que dijera contraflujo, que indicara una separación – algo que indicara que estuviera la vía en contraflujo. CONTESTÓ: No señora, en ese sitio en que ocurrieron los hechos no había ninguna señalización que yo hubiera podido identificar que pudiera decir que era contraflujo.”

- Se aportó además el Contrato de Concesión 0113 de 1997²⁰, cuyo objeto es: *Realizar por el sistema de concesión los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento y la prestación de los servicios del proyecto vial Armenia – Pereira – Manizales*”, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y Autopistas del Café, del cual se desprende que las obligaciones que se encontraban a cargo de las partes contratantes, respecto a la vía que es objeto de análisis, correspondiendo al concesionario ejecutar las obras de rehabilitación y de construcción, la operación (cláusula sexta), por su parte al Instituto le correspondía la vigilancia, supervisión de la ejecución y cumplimiento del contrato de concesión (cláusula séptima).

4.2. Fundamento normativo - Régimen de responsabilidad aplicable

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

²⁰ Fls. 409-429 C1

imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, 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 el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable 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*”, que significa que 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 los sujetos procesales.

4.3. Análisis del caso concreto

De acuerdo con lo expuesto, resulta claro que la parte actora endilga a las entidades demandadas la responsabilidad de los hechos que originaron el daño, con base en una omisión en las obligaciones inherentes al mantenimiento y vigilancia de la vía que de Chinchiná conduce a Manizales, esto debido a la pobre o nula señalización del contraflujo que se presentó con ocasión a obras que se estaban realizando en la calzada de bajada, esto es, de Manizales hacia Chinchiná, lo cual influyó en que el señor Ronal Roens Gómez Londoño invadiera el carril izquierdo que en ese momento estaba operando de bajada, colisionando contra una volqueta, causándole heridas mortales.

En línea con lo anterior, la Sala considera que en el presente asunto el esquema de responsabilidad aplicable es el de la falla en el servicio, siendo necesario que se acredite la existencia de los elementos de la responsabilidad estatal, esto es, **i)** el daño, **ii)** la acción u omisión que se aduce en cabeza de las demandadas y **iii)** la imputación; los cuales se pasan a analizar:

4.3.1. El daño antijurídico

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.

En línea con los hechos previamente relacionados como acreditados, esta Sala considera que, en el presente asunto, tal y como determinó la sentencia recurrida, se encuentra acreditado el daño antijurídico, consistente en el fallecimiento del señor Ronal Roens Gómez Londoño.

El referido daño se encuentra plenamente acreditado con el Registro Civil de Defunción, con el informe de inspección técnica de cadáver y la historia clínica del Hospital Santa Sofía, institución donde prestaron la atención del señor Gómez y donde quedó consignada las maniobras medicas realizadas y el desenlace fatal.

Acreditado como está la existencia del daño antijurídico invocado, pasa la Sala a abordar el que claramente es el punto fuerte de la discusión, esto es, la existencia de una omisión en cabeza de las entidades accionadas a través de la cual sea dable afirmar la existencia de imputación fáctica.

4.3.2. La omisión endilgada a las entidades accionadas

El análisis *sine qua non* de la responsabilidad de las entidades demandadas debe centrarse en la configuración o no de una conducta omisiva, al no haber dispuesto las señales de advertencia del peligro que representaba el contraflujo que ocurrió en la vía, siendo esta de doble calzada, con dos carriles en dirección Manizales – Chinchiná y dos carriles Chinchiná - Manizales, sin embargo debido a obras que se presentaron el día de los hechos en el primer trayecto, debieron invadir el carril del segundo trayecto, generando un contraflujo, es decir, por un tramo de la vía, solo operó un carril de subida y otro de bajada.

Respecto a la responsabilidad del Estado en los eventos de accidentes de tránsito, la Sección Tercera del Consejo de Estado²¹ ha señalado lo siguiente:

“(...) el Estado está obligado a realizar las labores necesarias para cumplir con el sostenimiento de la red vial, de manera que deberá responder en los siguientes eventos: i) cuando conozca las condiciones naturales del terreno, de las cuales sea previsible el desprendimiento de materiales de las montañas aledañas a las carreteras y, sin embargo, no adopte las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de tragedias naturales o accidentes de tránsito y ii) cuando incurra en omisión de sus tareas de conservación y mantenimiento rutinario y periódico de la infraestructura vial, responsabilidad que acarreará mayor exigencia si se demuestra que los daños u obstáculos permanecieron sobre una carretera durante un tiempo razonable para actuar, sin que la entidad demandada hubiera efectuado las obras de limpieza, remoción, reparación o señalización, con miras a restablecer la

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejera Ponente: María Adriana Marín. 6 de febrero de 2020. Radicación: 17001-23-31-000-2008-00013-01(45546)

circulación normal en la vía, evento en el cual se deberán evaluar las condiciones y circunstancias del caso particular, con el fin de determinar la razonabilidad del tiempo, valoración que será más estricta si se llega a demostrar que el hecho anormal que presentaba la vía fue puesto en conocimiento de la accionada y que esta omitió el cumplimiento de sus funciones; no obstante, en este punto cabe advertir que la falta de aviso a la entidad encargada no la exonera de responsabilidad.”²²

Así mismo, el alto Tribunal ha reiterado que la responsabilidad por omisión del deber de mantenimiento de carreteras se presenta en dos eventos: *“i) cuando se ha dado aviso a la entidad sobre un daño en la vía, que impide su uso normal y no es atendida la solicitud de arreglarlo, ni se ha encargado de instalar las correspondientes señales preventivas y ii) cuando unos escombros u obstáculos permanecen abandonados en una carretera durante un período razonable, sin que hubieren sido objeto de remoción o demolición para el restablecimiento de la circulación normal de la vía”²³.*

Arribando al caso concreto, se acreditó que el 16 de diciembre de 2010, la sociedad Autopistas del Café realizaba labores de estabilización del terreno, razón por la cual debieron desviar el tránsito de la vía que del municipio de Manizales conduce al municipio de Chinchiná, por lo que se generó un contraflujo en un tramo, de tal suerte que los vehículos que iban en dirección al municipio de Chinchiná debieron transitar por el carril que va en dirección a Manizales, situación que generó un peligro extraordinario e inminente para todos los usuarios de la mencionada autopista.

De acuerdo con lo anterior, es necesario revisar el contenido obligatorio, frente al peligro antes señalado, el cual se encuentra regulado en el Código Nacional de Tránsito Terrestre²⁴ (en adelante CNTT), disposición que establece que las señales transitorias *“Pueden ser reglamentarias, preventivas o informativas y serán de color naranja”²⁵* ello por cuanto, modifican transitoriamente el régimen normal de utilización de la vía.

Ahora bien, cuando son realizados trabajos en la vía, el artículo 101 de la norma en cita, dispone que: *“Siempre que deban efectuarse trabajos que alteren la circulación en las vías públicas, el interesado en tal labor obtendrá en forma previa la autorización correspondiente de la autoridad competente y señalizará el sitio de labor mediante la colocación de señales preventivas, reglamentarias e informativas que han de iluminarse en horas nocturnas”.*

Así mismo, el Manual Sobre Dispositivos para el Control de Tránsito de Calles y Carreteras²⁶, indica que: *Las señales deberán colocarse conforme al diseño y alineación de la vía, e instalarse de tal forma que el conductor tenga suficiente tiempo para captar el mensaje, reaccionar y*

²² Criterio reiterado por la Subsección en Sentencia de 21 de septiembre de 2016, Exp. 42492.

²³ Sección Tercera, Subsección A, 14 de septiembre de 2011, Radicación: 66001-23-31-000-1998-00496-01(22745).

²⁴ Ley 7669 de 2002

²⁵ Artículo 110 CNTT

²⁶ Capítulo 4: <https://www.mintransporte.gov.co/documentos/29/manuales-de-senalizacion-ial/genPagDocs=2>

acatarlo, además frente a las señales preventivas establece con claridad que éstas: “Tienen por objeto advertir a los usuarios de la vía sobre los peligros potenciales existentes en la zona, cuando existe una obra que afecta el tránsito y puede presentarse un cierre parcial o total de la vía. Las señales preventivas deberán ubicarse con suficiente anticipación al lugar de inicio de la obra. Estas señales se identificarán por el código SPO-Número”.

Adicionalmente, el manual en comento dispone:

“La función de estos elementos es encauzar el tránsito a través de la zona de trabajos y marcando las transiciones graduales necesarias en los casos en que se reduce el ancho de la vía o se generan movimientos inesperados. Deberá poseer características tales que no ocasionen daños serios a los vehículos que lleguen a impactarlos. Será necesario que se contemplen medidas especiales que garanticen el paso de los vehículos en forma gradual y segura a través del área de trabajo, considerando la seguridad de los peatones, los trabajadores y los equipos de la obra. Estos elementos deberán estar precedidos por señales preventivas e informativas y en las horas de oscuridad serán complementados con dispositivos luminosos.

(...)

4.3.2 Conos: Los conos de tránsito se emplearán para delinear carriles temporales de circulación, especialmente en los períodos de secamiento de pinturas sobre el pavimento, en la formación de carriles de tránsito que entran a zonas de reglamentación especial y en general en la desviación temporal del tránsito por una ruta.

(...)

Los delineadores tubulares deben estabilizarse mediante su fijación al pavimento, al usar bases con lastres, o con pesos tales como sacos de arena que pueden ser descargados sobre los delineadores o encima de la base para suministrar estabilidad adicional. Los delineadores tubulares pueden utilizarse efectivamente para dividir vías de carriles contrarios, dividir el tránsito de vehículos automotores cuando dos o más carriles se mantienen abiertos en la misma dirección, y para delinear el borde de una caída de pavimento cuando las limitaciones de espacio no permitan el uso de dispositivos más grandes”

De acuerdo con lo anterior, el deber jurídico de señalización adecuada y suficiente recaía sobre la entidad que realizaba el mantenimiento de la vía.

De tal suerte que, conforme a las pruebas practicadas en el proceso se logró demostrar que para la fecha y hora del accidente en que perdió la vida el señor Ronal Roens Gómez Londoño, la sociedad Autopistas del Café era quien ejecutaba las labores de mantenimiento de la vía, ello se desprende del informe presentado por la Agencia Nacional de Infraestructura (fls. 321 – 325 C1), en el cual además reportaba: *“Se cierra la vía y se inicia contraflujo en la Estampilla”.*

En cuanto a la señalización, solo se acreditó que la sociedad Autopistas del Café dispuso una señal que advertía del contraflujo; según el informe ejecutivo – FPJ-3 (Fls. 110-112),

además la copia del informe policial de accidentes de tránsito expedido el 12 de diciembre de 2010 (fls. 113 y 114) suscrito por el Agente de Policía Judicial Juan Pablo Aguirre, quien además rindió declaración ante el Juzgado de primera instancia y adujo que solo observó la señal que indicaba que iniciaba el contraflujo.

Por su parte las declaraciones de los testigos y los peritos son claras y contestes al relatar que sobre la vía no existía suficientes elementos que previnieran el peligro inminente, que en ese momento se encontraba sobre la vía.

Así quedó consignado en el informe del accidente de tránsito suscrito por el señor Juan Pablo Aguirre Agente de Policía Judicial (fl. 113), donde refirió: “*Ausencia Total o parcial de señales*”. El mismo Agente además, en el informe ejecutivo FPJ-3 (fls. 110-112) describió la zona y dejó plasmado su apreciación respecto a la falta de señales.

Destacándose además, la declaración rendida por el señor Jorge William Amaya Ramírez fue clara en señalar que solo observó la señalización que iniciaba el contraflujo, sin embargo no habían conos, ni separadores que advirtieran de este; testimonio que resulta creíble en atención a que transitaba por la vía en la fecha y hora de los hechos materia de análisis además, que no se observa que le asista algún interés en las resultados del proceso y su declaración guarda armonía con los demás elementos de prueba señalados.

Ahora bien, argumenta la ANI en su recurso que, no se tuvo en cuenta en forma íntegra el informe de policía judicial, en tanto en las fotografías 9, 10 y 11 se ilustra la presencia de señalización que advertía la existencia de contraflujo en el lugar donde ocurrieron los hechos; al respecto basta indicar que el “Informe Técnico No. 05 SETRA – DECAL” (Fls. 192-202), suscrito por el Técnico en Seguridad Vial – Patrullero José Edier Marín Gómez, plasmó que:

“COMO REFERENCIA PARA REALIZAR LAS MEDIDAS DE LA INSPECCIÓN SE TOMÓ EL POSIBLE PUNTO DE IMPACTO DEL CROQUIS REALIZADO POR EL PATRULLERO JUAN PABLO AGUIRRE QUE EFECTUÓ EL INFORME DE ACCIDENTE DE TRANSITO EL DÍA DE LOS HECHOS, LAS CONDICIONES DE LA VÍA ACTUAL, COMPARANDO CON LA DE EL DÍA DE LOS HECHOS SE ENCUENTRA DIFERENTE, YA QUE LA SEÑALIZACIÓN DE CONTRAFLUJO Y DESVÍOS QUE SE ENCONTRABA PARA EL DÍA DE LOS HECHOS NO COINCIDE CON LA ACTUAL, DEBIDO A QUE DICHAS SEÑALES SON MÓVILES POR CIERRES TEMPORALES POR PARTE DE LA CONCESIÓN DE LA AUTOPISTA DEL CAFÉ; DADA TALES CIRCUNSTANCIAS NO FUE FACTIBLE LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS, A SU VEZ SE TOMA EN CUENTA EL CROQUIS COMO REFERENCIA PARA REALIZAR LA FIJACIÓN FOTOGRÁFICA Y MEDIDAS DEL TRAMO VIAL, EN DILIGENCIA DE INSPECCIÓN DE LUGAR DE LOS HECHOS.”

La circunstancia descrita desvirtúa totalmente lo aducido por la ANI, respecto a la existencia de señalización adecuada, toda vez que las fotografías allí contenidas, fueron tomada por el personal experto de la Policía Nacional con salvedad plasmada en el documento.

Por otra parte, en la apelación se insiste en que para el momento de los hechos, la vía estaba señalizada por cuanto existe señalización en la que deben transitar los vehículos, además de la demarcación horizontal, entre otras; sin embargo, lo cierto es que esa señalización es permanente y se encuentra en la vía en condiciones de normales de operación; lo que se echa de menos son las pruebas que indicaran que, durante el tiempo y el tramo que operó el contraflujo, el Concesionario hubiese dispuesto señales extraordinarias para el cumplimiento de las disposiciones que ameritaban al que fueron sometidos los conductores.

4.3.3. La imputación y deber de reparación

Con fundamento en el Decreto 1800 del 26 de junio de 2003²⁷, la Concesión Autopistas del Café pasó a estar a cargo del Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura), teniendo como objeto dicha entidad planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones.

En el contrato de concesión número 0113 de 1997, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y Autopistas del Café, cuyo objeto es *“realizar por el sistema de concesión los estudios diseños definitivos, las obras de rehabilitación y construcción, la operación y el mantenimiento y la prestación de los servicios del proyecto vial Armenia – Pereira – Manizales, corresponde a Autopistas del Café”*, se pactó:

“(…) Clausula primera, numeral 2

Parágrafo primero: El alcance físico básico del proyecto vía comprende las siguientes actividades, obras y servicios:

2. Diseño, rehabilitación, mantenimiento y operación de las calzadas existentes en los ramales Chinchiná – Club Campestre – La Trinidad – Chinchiná (Club Campestre) – La Manuela.

(…)

El Concesionario iniciará la etapa de construcción con obras de rehabilitación, por tramos o actividades definidas (...)

d) Realizar el mantenimiento, rehabilitación, reparación y conservación de los tramos de la vía, estructuras y puentes, para mantenerlos cuando menos en las mismas condiciones y nivel de servicio al que estaban a la fecha de recibo. (...)

²⁷ por el cual se crea el Instituto Nacional de Concesiones, Inco, y se determina su estructura

e) Realizar la señalización horizontal a los 60 días de colocada la carpeta de rodadura de cada tramo, y la vertical de forma simultánea con la ejecución de la obra, en la medida en que la seguridad lo exija y las condiciones técnicas lo permitan.

(...)

CLAUSULA VIGÉSIMA QUINTA: Conservación y mantenimiento de la carretera entregada en concesión.

(...)

Así mismo la señalización y el mantenimiento del tránsito por tramos a todo lo largo del proyecto vial son obligaciones a cargo del concesionario, quien será responsable por los perjuicios ocasionados a terceros o al instituto por falta de señalización, o por deficiencia en ella, o por cualquier otra causa originada en la culpa del concesionario.

(...)

CLAUSULA CUADRAGÉSIMA SEXTA: Señalización y vallas de información.

46.1. Señalización.

Desde la suscripción del acta de recibo de la vía e iniciación de obra por el concesionario y hasta la entrega definitiva de las obras al Instituto, para guiar el tránsito y como prevención de riesgos de los usuarios y personal que trabaja en la vía en construcción y mantenimiento, el concesionario está en la obligación de señalizar y mantener el tránsito en el sector contratado, de acuerdo con las estipulaciones y especificaciones vigentes sobre la materia.

Desde este momento el concesionario es el único responsable en el sector contratado de la señalización existente y de la continuidad de la circulación vehicular.” (Se subraya).

Por lo tanto, si bien la Agencia Nacional de Infraestructura era la encargada de “*planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte*”, de conformidad con las referidas clausulas del contrato de Concesión No. 133 de 1997, correspondía a la sociedad Autopistas del Café el mantenimiento de la vía y en ejecución de dicha labor, debía encargarse de la señalización adecuada para guiar el tránsito y prevenir a los usuarios de los riesgos. Además se pactó que, la sociedad Autopistas del Café sería la responsable por los perjuicios ocasionados a terceros o al instituto por falta de señalización o por deficiencia en ella o por cualquier otra causa originada en su culpa.

En este orden de ideas, el deber de reparar el daño ocurrido el 16 de diciembre de 2010 en la vía que conduce del municipio de Chinchiná al municipio de Manizales, en el cual perdió la vida el señor Ronal Roens Gómez Londoño, es imputable a la sociedad Autopistas del Café S.A., por cuanto tenían el deber de implementar las medidas de señalización que advirtieran de la situación de peligro generadas por las obras de mantenimiento que adelantaba en la vía, deber que no cumplió plenamente.

En tal sentido se modificará la sentencia recurrida y se declarará probada la excepción de *Responsabilidad de señalización de la vía concesionada en cabeza del Concesionario Autopistas del Café S.A.*, propuesta por la ANI.

5. Tercer problema jurídico: *¿Se configuró la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad?*

Tesis del Tribunal: No se configuró la eximente de responsabilidad de la culpa exclusiva de la víctima, por cuanto esta no fue el factor único y determinante del daño; hubo concurrencia de culpas.

Las demandadas se oponen a la sentencia de primera instancia al considerar que obran pruebas suficientes que demuestran la configuración de la culpa exclusiva de víctima, toda vez que infringió múltiples obligaciones como conductor, en tanto no era propietaria de la motocicleta, no portaba licencia de conducción y tampoco reportaba en el RUNT²⁸, que hubiese tramitado alguna licencia para conducir motocicleta; invadió el carril contrario al sentido en el que conducía, condujo el vehículo a más de un metro del borde de la vía, las condiciones de las llantas de la moto, no atendió las condiciones de la vía en ese momento y conducía el vehículo con exceso de velocidad, situaciones que rompen el nexo de causalidad.

La declaratoria de este eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima impone que se determine si el proceder –activo u omisivo– de la víctima tuvo injerencia en la generación del daño y, de ser así, en qué medida. Así lo ha entendido la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁹:

“Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño.

“(…).

“Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta.

“De igual forma, se ha dicho:

‘... para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:

²⁸ Registro Único Nacional de Tránsito

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de julio de 2014, expediente 38.438, Magistrado Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón.

Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal (...)³⁰

Ahora bien, pese a que se aduce que el señor Ronal Rones no portaba licencia de conducción, según quedó consignado en el Informe Ejecutivo FPJ-3-, suscrito por Juan Pablo Gutiérrez Gómez (fl. 110 C1), queda desvirtuada tal información, por cuanto se indicó que la víctima portaba la licencia de conducción 178173-1352353 de categoría 2, lo que se confirma según el documento que obra a folio 145 del cartulario. Pero además, la carencia de licencia de tránsito y la ausencia de claridad de propietario del vehículo no son razones suficientes para afirmar la ruptura del nexo de causalidad entre el daño y la omisión que se imputa a las entidades, pues no se indica en que forma ello contribuyó determinante a la ocurrencia del hecho.

Por otro lado, si bien en el informe técnico del accidente de tránsito se señaló que: “(...) es evidente que el conductor de la motocicleta no estaba atento a la vía ni su señalización, teniendo en cuenta que esta actividad es catalogada como de alto riesgo, no se encontraron pruebas que evidenciaran que este trato de realizar alguna maniobra evasiva para evitar la colisión”, tal circunstancia no permite afirmar que la conducta de la víctima fuera la causa exclusiva y determinante del accidente.

En igual sentido, la infracción de normas de tránsito por parte de la víctima no es argumento suficiente para exculpar la omisión de las entidades señaladas como responsables, pues de aceptarse no sólo estaría haciendo apología al incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de señalización vial, sino que además se partiría de la premisa errada pues si bien la víctima incumplió normas de tránsito, tal circunstancia no constituye por sí sola la causa del daño. Es claro que en la producción de éste intervino la falta de señalización adecuada y suficiente sobre la situación de riesgo en la vía, ocasionada por el contraflujo implementado.

Al respecto, esta Corporación en un caso similar al presente, señaló:

“Atendiendo lo expuesto, este Tribunal no puede compartir la conclusión a la que llega el recurrente de que el hecho dañino se produjo única y exclusivamente por la conducta de la víctima, pues no sólo estaría haciendo apología al incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de mantenimiento y señalización vial, sino que adicionalmente partiría de una premisa falsa, pues si bien el señor Jorge Iván Soto Tapias incumplió normas de tránsito, tal circunstancia no constituye por sí sola la causa del daño. Es claro que en la producción de éste intervino la falta de mantenimiento de la vía y del puente, así como la

³⁰ “Original de la cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de abril de 2005; expediente 15784; Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra”.

inexistencia de señalización al respecto.”³¹

Conclusión:

De acuerdo con lo expuesto, las circunstancias en las cuales ocurrió el accidente que provocó la muerte al señor Gómez Londoño, no son atribuible exclusivamente a su injerencia, por lo tanto, no se encuentra configurada la causal eximente de responsabilidad alegada por las demandadas, sin embargo sí se presentó una concurrencia de culpas como se señaló en la sentencia apelada.

6. Cuarto problema jurídico: *¿Es proporcional el porcentaje establecido por la concurrencia de la culpa de la víctima?*

Tesis del Tribunal: El porcentaje de disminución de la condena impuesta, no es proporcional, por lo que se reajustara a un 50% teniendo en cuenta el grado de participación de la conducta de la víctima en los hechos, al verificarse la infracción de varias normas de tránsito que influyeron en el desenlace, como a continuación se expone:

Sobre la concurrencia de culpas en casos de responsabilidad extracontractual, el Consejo de Estado³² ha señalado:

“La confluencia, cada vez más frecuente, de sujetos cuyas acciones ocasionen o determinen un daño, da lugar a obligaciones solidarias de los agentes dañosos o a la reducción del monto de la indemnización pretendida, cuando el demandante se haya expuesto imprudentemente al daño. Estas situaciones abocan al juzgador de responsabilidad a definir, en primer lugar, el deber o deberes de conducta cuya infracción permite atribuirle a cada agente dañoso la obligación de reparar el daño, así como, en segundo lugar, determinar la forma en que cada sujeto incrementó el riesgo de que se ocasionara el daño -. Este análisis permite establecer el contenido de la indemnización que a los demandados les corresponda. En este orden de ideas, en casos de culpas concurrentes o de concausalidad, debe determinarse la forma en la que, conforme a los límites a la libertad impuestos a dos o más sujetos, que se traducen en cargas, deberes u obligaciones de carácter jurídico, se define el contenido de las prestaciones, objeto de las obligaciones indemnizatorias correspondientes a él o los demandados. Así, dado que este es un tipo de juicio en el que se sopesan intereses jurídicos encontrados, corresponde a la Sala emprender el análisis de las culpas concurrentes o de la causalidad en sede de imputación”.

Como fue expuesto en precedente jurisprudencial, dicha estimación depende del caso

³¹ Tribunal Administrativo de Caldas. Reparación Directa. Radicación: 17001-33-33-004-2013-00175-02. Demandante: Luis Alfonso Adarve Osorio y otros. Demandado: Departamento de Caldas. Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 029 del 4 de mayo de 2018. Manizales, cuatro (4) de mayo de dos mil dieciocho (2018). M.P. Augusto Ramón Chávez Marín.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas. 28 de junio de 2019. Rad.: 08001-23-31-000-2004-02284-01(44629)

particular y de la injerencia que tuvo la víctima en la causación del daño. De acuerdo con lo anterior y de todas las pruebas practicadas en el proceso, se tiene que, si bien la falta de señalización del peligro generado con ocasión al contraflujo, fue una causa del daño, también contribuyó la conducta de la víctima.

En efecto, de acuerdo con el Informe de Experticia Realizado a Vehículo por Auxiliar de la Justicia Santiago Alberto Rivera Mejía³³, obtuvo como conclusión que la rueda delantera del vehículo tenía una profundidad de 0.55 mm, señalando que de acuerdo con la norma NTC 5375 de revisión técnico mecánica la profundidad adecuada debía ser de 1mm.

Por otro lado, el acta de inspección a lugares – FP j-9-, elaborado por el Laboratorio Móvil de Criminalística³⁴, que complementa el anterior registro, señala:

“(...) El día 8 de febrero de 2011 (...) se procede a realizar inspección al lugar de los hechos en la vía Tres Puertas – Puente la Libertad Km 20 más 500 metros, donde se observa dos calzadas, cuatro carriles, con línea de borde, línea de carril y separadores de carril, a su costado derecho sentido a Manizales existe vegetación y una entrada a la finca La Simpatía, señalización vertical curva y contracurva peligrosa izquierda-derecha (SP-06), velocidad máxima permitida 30 kilómetros por hora señal reglamentaria (SR-30), señal informativa carril izquierdo solo para adelantar (SI-27) se toman medidas del lugar de los hechos, ancho de la vía 7,50 metros, cuneta 80 centímetros de ancho y berma 50 centímetros de ancho, inclinación de la vía 1.2° en ascenso, peralte 5.2° en ascenso, como referencia para realizar las medidas de la inspección se tomó el posible punto de impacto del croquis realizado por el patrullero Juan Pablo Aguirre que efectuó el informe de accidente de tránsito el día de los hechos, las condiciones de la vía actual, comparando con la del día de los hechos se encuentra diferente, ya que la señalización de contraflujo y desvíos que se encontraba para el día de los hechos no coincide con la actual, debido a que dichas señales son móviles por cierres temporales por parte de la concesión de la autopista del café; dada tales circunstancias no fue factible la inspección con reconstrucción de los hechos (...)”

Conforme a lo expuesto en el Informe Técnico No. 005 SETRA-DECAL del 19 de agosto de 2010, rendido por el Técnico en Seguridad Vial – Patrullero José Edier Marín Gómez, se acreditó que, dada la ubicación de los vehículos accidentados en el sitio de la colisión, que la motocicleta en la que se movilizaba el señor Ronal Roens transitaba **por el carril izquierdo de la vía que de Chinchiná conduce a Manizales y que lo hizo justo en la curva donde se encontró de frente con el otro automotor que circulaba en contraflujo.**

Al respecto, el artículo 94 del Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002) prevén las normas generales a las que deben sujetarse, entre otros, los conductores de motocicletas según este caso específico, en los siguientes términos:

33 Fls. 168-173 C. 1

34 Fls. 192-193 C1

ARTÍCULO 94. NORMAS GENERALES PARA BICICLETAS, TRICICLOS, MOTOCICLETAS, MOTOCICLOS Y MOTOTRICICLOS. *Los conductores de bicicletas, triciclos, motocicletas, motociclos y mototriciclos, estarán sujetos a las siguientes normas:*

Deben transitar por la derecha de las vías a distancia no mayor de un (1) metro de la acera u orilla y nunca utilizar las vías exclusivas para servicio público colectivo.

Los conductores de estos tipos de vehículos y sus acompañantes deben vestir chalecos o chaquetas reflectivas de identificación que deben ser visibles cuando se conduzca entre las 18:00 y las 6:00 horas del día siguiente, y siempre que la visibilidad sea escasa.

Los conductores que transiten en grupo lo harán uno detrás de otro.

No deben sujetarse de otro vehículo o viajar cerca de otro carruaje de mayor tamaño que lo oculte de la vista de los conductores que transiten en sentido contrario.

No deben transitar sobre las aceras, lugares destinados al tránsito de peatones y por aquellas vías en donde las autoridades competentes lo prohíban. Deben conducir en las vías públicas permitidas o, donde existan, en aquellas especialmente diseñadas para ello.

Deben respetar las señales, normas de tránsito y límites de velocidad.

No deben adelantar a otros vehículos por la derecha o entre vehículos que transiten por sus respectivos carriles. Siempre utilizarán el carril libre a la izquierda del vehículo a sobrepasar.

Deben usar las señales manuales detalladas en el artículo 69 de este código.

Los conductores y los acompañantes cuando hubieren, deberán utilizar casco de seguridad, de acuerdo como fije el Ministerio de Transporte.

La no utilización del casco de seguridad cuando corresponda dará lugar a la inmovilización del vehículo. (...)

El artículo 73²⁴ de la citada norma contempla expresamente como una prohibición especial la consistente en *adelantar a otro vehículo en curvas*; infracción que es sancionada con la imposición de una multa e inmovilización del vehículo para el caso de las motocicletas, conforme al artículo 131²⁵ de la misma disposición normativa.

De lo señalado hasta el momento se puede concluir que, la vía por la que conducía la víctima se encontraba en contraflujo, con una mala señalización, ello de acuerdo a los consignado en los distintos informes de Policía aportados a el expediente, que dan cuenta de la carencia en la señalización de la vía, creándose un riesgo aún mayor dadas las

circunstancias excepcionales, tratándose de una autopista de doble carril; sin embargo, también se encuentra demostrado que el señor Ronal Roens, conducía su motocicleta infringiendo varias normas de tránsito, las cuales dicho sea de paso, están establecidas para procurar la seguridad de los usuarios de la vía, de tal suerte que, tuvo una alta participación en la producción de daño, no tanto como para exculpar a la administración por la ya mencionada falta de señalización, pero sí para reducir la condena que ésta debe asumir.

Ahora, en cuanto al porcentaje de contribución de la culpa de la víctima, el Consejo de Estado³⁵ ha señalado:

“En punto de la concurrencia de culpas, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado lo siguiente:

“(…) Esta Sección ha reiterado que ‘para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima’. (...) en materia contencioso administrativa, para la determinación de la responsabilidad de la parte demandada, reviste especial importancia el análisis de facto y jurídico del comportamiento de la víctima en la producción de los hechos, con miras a establecer -de conformidad con el grado, importancia, eficacia, previsibilidad, irresistibilidad, entre otros aspectos de esa conducta si hay lugar a la exoneración del ente acusado -hecho exclusivo de la víctima- o a la disminución del quantum de la indemnización en el evento en que se presente la concurrencia de culpas”³⁶ (se destaca).

Ahora bien, pese a que el Tribunal Administrativo a quo consideró que con la actuación irregular del señor Grajales Roncancio se configuró una culpa exclusiva de la víctima, para la Sala la vulneración de las disposiciones de tránsito mencionadas no tiene plenos efectos liberadores de responsabilidad respecto del municipio de Santiago de Cali, toda vez que, como ya se dijo, la omisión por falta de señalización también incidió, de manera significativa, en la concreción del daño.

Por consiguiente, del material probatorio arrojado al plenario se desprende que el daño se produjo por una concurrencia de culpas: 50%, por la falla del servicio del municipio de

35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. 25 de julio de 2019. Rad: 76001-23-31-000-2006-01832-02(50522)

36 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz. Sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01492-01(29479).

Santiago de Cali y 50%, por el actuar de la persona que tenía la guarda y ejercía la actividad peligrosa en nombre de los demandantes -señor Gerson Grajales Roncancio, conductor del microbús de placas VBZ-148- que desplegó dicha actividad sin el cumplimiento de las normas de tránsito vigentes para la época de los hechos, entonces, la reducción de la condena será de un 50% en favor del municipio de Santiago de Cali.”

Y en un caso similar³⁷ precisó:

*Se encuentra plenamente demostrado que el daño causado (...) se originó por el hueco existente en la carretera por la cual se desplazaba en una motocicleta, situación atribuible a la entidad demandada, quien tenía a su cargo la conservación y adecuación de dicha carretera, deber que notoriamente fue desatendido y tuvo como consecuencia la muerte de (...). No obstante lo anterior, (...) se concluye que (la víctima) contribuyó en la causación del daño, por cuanto iba desentendiendo los deberes de conducción exigibles a todo ciudadano, esto es, **conducir motocicleta a un metro de la acera u orilla**, toda vez que resulta lógico y consecuente que si cayó en el hueco era porque iba bastante apartado del costado o borde por el que debía circular. (...) Por tal razón, en el presente asunto se evidencia una concurrencia de conductas y se condenará a la entidad al pago del **cincuenta por ciento (50%) de la condena** a imponer, tal como se resolvió en la sentencia de primera instancia”.*

Conclusión:

Por lo expuesto en líneas precedentes, teniendo en cuenta el grado de participación de la conducta de la víctima en los hechos, al verificarse la infracción de varias normas de tránsito que influyeron en el desenlace, y atendiendo a los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado en casos análogos, se modificará la decisión tomada por el *a quo*, y en consecuencia se disminuirá en un 50% la indemnización reconocida a la parte demandante.

7. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas en esta instancia, en tanto, a partir del criterio objetivo valorativo que ha sido expuesto por el H. Consejo de Estado³⁸ para la imposición de la condena en costas, se torna necesaria la existencia de gastos procesales y actuaciones en que hayan incurrido las partes, para dar lugar a su imposición.

Así, no se impondrá tal carga al observarse que no se incurrió en gastos procesales en esta

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 10 de noviembre de 2016. Radicación número: 66001-23-31-000-2006-00300-01(35796)

³⁸ Ver: Sentencia del 7 de febrero de 2019, Rad. 41001-23-33-000-2015-00741-01(2982-17).

Reparación directa

17-001-33-33-004-2013-00102-02

instancia, y que ni el recurso de apelación de la demandante ni el de las demandadas prosperó.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Declarar probada la excepción de *Responsabilidad de señalización de la vía concesionada en cabeza del Concesionario Autopistas del Café S.A.*, propuesta por la Agencia Nacional de Infraestructura.

Segundo: Modificar el ordinal “CUARTO” de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales el 12 de octubre de 2018, mediante la cual se accedió de forma parcial a las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Luz Marina Londoño y Otros, en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura, Autopistas del Café y otros, el cual quedará así:

“CUARTO: CONDÉNASE a la Sociedad Autopistas del Café S.A., a pagar por concepto de perjuicios materiales en calidad de lucro cesante consolidado y futuro, a favor de la señora LUZ MARINA LONDOÑO, las siguientes sumas:

- LUCRO CESANTE CONSOLIDADO O VENCIDO: \$72.256.402
- LUCRO CESANTE FUTURO: \$91.592.507
- TOTAL LUCRO CESANTE: \$164.208.909

De la anterior condena se deducirá del monto de la indemnización un 50%, por cuanto la víctima se expuso imprudentemente, según lo expuesto de manera precedente.”

Tercero: Modificar el ordinal “QUINTO” de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales el 12 de octubre de 2018, mediante la cual se accedió de forma parcial a las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Luz Marina Londoño y Otros, en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura, Autopistas del Café y otros, el cual quedará así:

“CUARTO: CONDÉNASE a la Sociedad Autopistas del Café S.A., a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de las siguientes personas, las sumas que se indican en salarios mínimos:

Luz Marina Londoño	100 SMMLV
Germán Augusto Londoño Londoño (Hermano)	50 SMMLV

De la anterior condena se deducirá del monto de la indemnización un 50%, por cuanto la víctima

Reparación directa

17-001-33-33-004-2013-00102-02

se expuso imprudentemente, según lo expuesto de manera precedente."

Cuarto: Confirmar en todo lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales el 12 de octubre de 2018, mediante la cual se accedió de forma parcial a las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa que formularon Luz Marina Londoño y Otros, contra la Agencia Nacional de Infraestructura, Autopistas del Café y otros

Quinto: Sin Costas en esta instancia.

Sexto: 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 Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

Notificar

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

A.I. 153

Radicado: 17-001-33-33-003-2013-00269-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Carmen Emilia Trejos y Otros
Demandado: E.S.E. Hospital Santa Sofia de Caldas

Encontrándose a despacho el proceso de la referencia para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, se advierte que en anterior oportunidad este Tribunal se pronunció -por vía de apelación contra auto- sobre la intervención de terceros solicitada por la parte accionada, providencia que tuvo como ponente al H. Magistrado Augusto Ramon Chávez Marín (fls. 5-8 cdo. 3).

Así las cosas, para determinar la competencia que le asiste al suscrito para conocer el asunto, resulta pertinente acudir a los contenidos del artículo 8º del Acuerdo PSAA06-3501 de 2006 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura “*Por el cual se reglamenta el reparto de los asuntos de conocimiento de los Juzgados Administrativos*”, que establece:

“8.5. POR ADJUDICACIÓN: Cuando un asunto fuere repartido por primera vez en segunda instancia, en todas las demás ocasiones en que deba volver al superior funcional, el negocio corresponderá quien (sic) se le repartió inicialmente. En tales eventos la dependencia encargada del reparto tendrá a su cargo el envío del expediente al funcionario competente y tomará la información correspondiente para hacer las compensaciones del caso (...)”. (Se subraya)

Teniendo en cuenta lo anterior, por la Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente a la Oficina Judicial, para que efectúe el reparto correctamente, conforme la regla transcrita.

CÚMPLASE

DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 239

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado:	17-001-33-39-005-2016-00344-02
Naturaleza:	Proceso Ejecutivo
Demandante:	Blanca Isabel Gallego González
Demandado:	Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones E.I.C.E.

Se procede a emitir fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la parte ejecutante contra la sentencia que dispuso proseguir con la ejecución.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de ejecución¹.

La señora Blanca Isabel Gallego González deprecó la ejecución del crédito contenido en la sentencia del 29 de agosto de 2013 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión de Manizales -ejecutoriada el 20 de septiembre de 2013-, en la cual se dispuso la reliquidación de la mesada pensional a ella reconocida y en consecuencia se ordenó el pago de los mayores generados con ocasión de la reliquidación.

Señala que el 23 de julio de 2015 Colpensiones E.I.C.E. expidió la resolución GNR 220614 a través de la cual pretendió dar cumplimiento a la orden contenida en la referida sentencia judicial, reliquidando la mesada pensional de la demandante a un valor de \$ 836.926 -efectivo para el año 2008-; sin embargo, alega la ejecutante que dicho acto no dio cumplimiento íntegro a la decisión judicial base de recaudo, pues no incluyó todos los factores salariales percibidos por la señora Gallego González durante su último año de servicios, lo cual de haberse efectuado habría arrojado un valor de la mesada pensional para el año 2008 de \$ 1.056.715.

Advierte que, si bien la sentencia judicial solo mencionó en forma expresa algunos de los factores devengados por la demandante durante su último año de servicios, esto no se trató de una lista taxativa, sino que la entidad demandada debió realizar la reliquidación pensional incluyendo todos los factores por ella recibidos en el referido lapso.

¹ (fls. 44-47, cdo. 1).

Que, por lo anterior, el pago efectuado por Colpensiones E.I.C.E. con base la referida resolución GNR 220614 de 2015, no cubrió la totalidad de los valores reconocidos en la sentencia judicial que se esgrime como título ejecutivo, por lo cual a la fecha de presentación de la demanda se adeudaba a favor de la ejecutante lo siguiente:

- La correcta reliquidación de su mesada pensional a un valor de \$ 1.056.715 - efectivo para el año 2008-.
- El pago de \$ 31.283.294 por concepto de las diferencias existentes entre las mesadas pagadas por la ejecutada y las que debieron pagarse en acatamiento a lo ordenado por la sentencia judicial.
- El pago de \$ 9.381.008 por concepto de intereses moratorios generados hasta la fecha de interposición de la demanda, más aquellos que se generen hasta el momento del pago efectivo.

2. Mandamiento de pago

El Juzgado Quinto Administrativo de Manizales², mediante proveído del 10 de mayo de 2017 (fls. 44-47, cdo. 1), tras verificar los requisitos formales del título ejecutivo dispuso librar mandamiento de pago en contra de Colpensiones E.I.C.E., por los valores solicitados por la parte ejecutante.

3. Excepciones contra el mandamiento de pago³.

La ejecutada formuló la excepción que denominó “COMPENSACIÓN Y PAGO PARCIAL”⁴ arguyendo que revisado el expediente administrativo se pudo constatar que por medio de la resolución No. GNR 220614 de 2015 se dio cumplimiento a la providencia judicial aportada como título ejecutivo, acto administrativo en virtud del cual se realizó el pago de las sumas resultantes de la diferencia entre las mesadas pagadas con anterioridad a la orden de reliquidación y la resultante tras dar cumplimiento a la referida orden judicial y se dispuso sobre los intereses moratorios generados.

4. Sentencia de primera instancia.

En sentencia emitida en audiencia de instrucción y juzgamiento celebrada el 1° de agosto de 2019 (fls. 90 a 101, cdo. 1) el *a quo* resolvió declarar probada -parcialmente- la excepción de “PAGO” señalando que, se encuentra acreditado que, si bien la ejecutada expidió la resolución No. GNR 220614 de 2015, con esta no se dio acatamiento en debida forma a la sentencia judicial arribada a este asunto como título ejecutivo, advirtiendo que, en todo caso, los conceptos adeudados a favor de la accionante

² Célula judicial que asumió el conocimiento de los procesos adelantados por el extinto Juzgado 6° Administrativo de Descongestión de Manizales.

³ (fls. 44-47, cdo. 1).

⁴ Si bien se propusieron otros medios exceptivos, estos fueron rechazados de plano por el *A quo* al advertir que las mismas no fueron sustentadas y o no hacen referencia a hechos ocurridos con posterioridad a la sentencia arribada como título ejecutivo -artículo 442 C.G.P.-.

tampoco corresponden a los pretendidos por la parte actora, ya que en su solicitud de mandamiento de pago incluyo para efectos del cómputo de la obligación factores respecto de los cuales el referido fallo judicial no emitió orden expresa.

Así las cosas, señaló que a la fecha de emisión de la sentencia se adeudaba a favor de la ejecutante lo siguiente:

- La correcta reliquidación de su mesada pensional a un valor de \$ 890.652 - efectivo para el año 2008-.
- El pago de \$ 956.836,40 por concepto de las diferencias existentes entre las mesadas pagadas por la ejecutada y las que debieron pagarse en acatamiento a lo ordenado por la sentencia judicial.
- El pago de \$ 125.472,92 por concepto de intereses moratorios generados hasta el mes de julio de 2019 -rango mensual inmediatamente anterior a la emisión de la sentencia-.

Corolario, dispuso seguir adelante con la ejecución respecto de las referidas obligaciones insolutas y condenó en costas a la ejecutada.

5. Recurso de apelación

La parte ejecutante interpuso y sustentó recurso de apelación en contra de la decisión adoptada por el *A quo* bajo tres cargos a saber:

(i) Advierte que el mandamiento de pago emitido por el *A quo* ataba la decisión a adoptarse dentro de la sentencia ejecutiva, razón por la cual no era posible reducir los montos allí ordenados pues Colpensiones E.I.C.E. no interpuso recursos en contra de dicho mandamiento, y en todo caso, de darse controversias sobre el monto actual de la deuda, estas deben ser ventiladas en la etapa de liquidación del crédito.

(ii) Insiste la parte actora, como lo hizo desde el escrito de demanda, en que la reliquidación pensional que debió ser efectuada por Colpensiones E.I.C.E. debió incluir para el efecto todos los factores salariales recibidos por la demandante en el ultimo año de servicios, los cuales, según certificado de salarios obrante a folio 42 del cartulario, no son solo los expresamente señalados en el ordinal quinto de la sentencia, pues señala, que los allí mencionados no son una lista taxativa y que la parte motiva de dicho proveído es clara en acoger la postura jurisprudencial vigente para el momento de su emisión, esto es, que la liquidación pensional de la accionante debía incluir todos los emolumentos percibidos durante el último año de servicios sin importar su denominación.

(iii) Finalmente, señaló que el *A quo* no podía deducir para efectos de liquidar las sumas adeudadas por la ejecutada las sumas que a su juicio correspondían a los aportes a salud que debía asumir la pensionada, pues la sentencia no dispuso tal descuento.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos a resolver.

Vistos los antecedentes de la controversia previamente señalados, lo decidido por el A quo y el recurso de apelación propuesto por la parte ejecutante, estima la Sala que el asunto a resolver por esta instancia se circunscribe a la resolución de los siguientes problemas jurídicos.

¿La emisión del mandamiento de pago por determinada cantidad impide al fallador resolver sobre la forma o tasación del crédito en la sentencia, modificando lo descrito en el mandamiento?

¿La obligación contenida en la sentencia base de recaudo imponía a la entidad ejecutada el deber de liquidar la mesada pensional de la demandante con inclusión de otros factores salariales a los expresamente señalados en la parte resolutive de la providencia?

¿Era dable aplicar descuentos al sistema de seguridad social en salud sobre las diferencias entre mesadas pensionales que debían pagarse a la demandante, a pesar de que la sentencia arribada como título ejecutivo no o dispuso?

2. Alcance del mandamiento de pago y su modificación en la sentencia ejecutiva.

En los asuntos contenciosos que se ventilan por la vía del proceso ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 430 del C.G.P., luego de que el Juez de la causa ha verificado que el libelo inicial se ajusta a los requisitos formales exigidos por la ley procesal, y de que viene acompañado de documento que presta mérito ejecutivo, procede a dictar el mandamiento de pago en la forma pedida o la que se considere procedente, estando igualmente habilitado para negar la orden de apremio cuando del documento aportado como base de la ejecución no se desprende una obligación clara, expresa y exigible. En efecto, el referido canon normativo señala:

“ARTÍCULO 430. MANDAMIENTO EJECUTIVO. Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal...”

Ahora bien, el hecho de que el juzgador profiera el mandamiento ejecutivo no significa que por esa sola circunstancia vaya a quedar fatalmente atado al mismo, pues, como se desprende de la norma en cita, el fallador limita el estudio en la etapa inicial al análisis de las condiciones formales de la petición de pago, avalando mediante la emisión de la orden de pago el cumplimiento de la obligación en la forma pedida -que no, en el

monto pedido-, esto es, disponiendo si en efecto se debe cumplir la obligación, se itera, en la forma reclamada, es decir, como una obligación de hacer, de no hacer, de pagar suma de dinero u otra de las formas existentes de obligaciones en el ordenamiento jurídico colombiano.

Lo anterior, toma especial relevancia en asuntos como el aquí señalado, en los que la sentencia judicial base de ejecución, contiene dos tipos de obligaciones en cabeza de la entidad accionada: la primera contentiva de una obligación de hacer, consistente en reliquidar el valor de la mesada pensional de la accionante, y la segunda consistente en la obligación de pagar unas sumas de dinero.

Ahora bien, no puede pretenderse por la parte actora que el Juez de la causa resuelva una obligación como la formulada por la entidad accionada, esto es, la de “Pago” sin adentrarse a los terrenos de determinar, si los pedimentos del ejecutante y los reconocimientos efectuados por el ejecutado, se encuentra ajustados o no, a la obligación contenida en la sentencia judicial base de recaudo.

Aunado a lo anterior, cabe destacar que es apenas lógico que el Juez Contencioso Administrativo efectuó un estudio minucioso respecto de las sumas que se deprecian en asuntos como el aquí estudiado, pues no solo se pretende el reconocimiento de dineros de erario, sino que hacen parte del sistema pensional, sumas que no pueden ser objeto de reconocimientos y ejecución a la ligera, como lo alega la parte actora, sin el análisis de que los montos reclamados se encuentren ajustados a derecho, norte que debe ser tenido en cuenta como una necesaria herramienta de hermenéutica y aplicación del “prestado” proceso ejecutivo privado, para la resolución de controversias de tal naturaleza en que se solventa sobre recursos públicos.

Se destaca en este punto, que si bien la Ley 1437 de 2011 dispuso la remisión íntegra a las disposiciones sobre el proceso ejecutivo que establece el Código General del Proceso -se itera, propias del derecho privado-, es igualmente necesario destacar que existen particularidades propias de esta jurisdicción que deben ser objeto de atención por el Juez Administrativo al momento de atender este tipo de controversias, precisamente una de ellas, es la forma de las providencias usualmente proferidas por los Jueces y Tribunales administrativos en asuntos de naturaleza pensional como el discutido en el *sub lite*, la cual atendía a providencias que imponen una obligación clara, expresa y exigible, pero cuyo monto no es expresamente liquidado en estos fallos.

Concluye entonces esta Colegiatura, que era, no solo necesario, sino exigible, que el *A quo* resolviera -como lo hizo- la excepción de “Pago” formulada por la entidad accionada determinando con claridad si la obligación de hacer -reliquidación del valor pensional- se ajustaba a los postulados en la sentencia base de ejecución; y de forma consecuencial y también necesaria, si el monto al que ascendía la obligación frente a las sumas de dinero reclamadas era o no el dispuesto por la providencia ejecutada, pues de lo contrario no era posible determinar la prosperidad o no del referido medio

exceptivo.

En este orden de ideas, se halla respuesta negativa al primero de los problemas jurídicos planteados, al concluir que no existía, contrario a lo señalado por la parte actora, una imposibilidad para el *A quo* de estudiar y reformar a través de la sentencia ejecutiva los valores a que ascendían las obligaciones objeto de ejecución, por el mero hecho de que al momento de librar mandamiento de pago el mismo hubiese sido efectuado con base a los montos deprecados por la parte ejecutante, los cuales se concluyó en sentencia, no hallaban fundamento en el título ejecutivo. Por tanto, se analizarán los demás cargos de apelación propuestos por la parte actora.

3. Obligación de hacer y monto de la reliquidación pensional.

Como se advirtió en precedencia, el presente asunto ejecutivo lleva ínsita una controversia acerca del cumplimiento de la obligación de hacer consistente en la reliquidación del monto de la prestación pensional que devenga la señora Blanca Isabel Gallego González, discusión sobre la que precisamente orbita el fondo de la presente controversia, pues los valores que deben o no ser cancelados en favor de la demandante dependen de la determinación del monto de la mesada pensional que debió reconocérsele.

Es por lo anterior, que la parte actora insiste en su recurso de alzada en los argumentos expuestos en el escrito de demanda y que no fueron acogidos por el *A quo* sobre la inclusión para efectos del cómputo pensional de todos los factores salariales que la accionante devengó durante su último año de servicios, pese a que la sentencia objeto de ejecución no señaló expresamente todos ellos. Punto frente al cual pasa la Sala a decidir.

La sentencia expedida por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión de Manizales y que hoy se erige como título ejecutivo base de recaudo ordenó en su ordinal quinto a Colpensiones E.I.C.E. *“...reliquidar y pagar los ajustes económicos de la pensión de jubilación que devenga la señora BLANCA ISABEL GALLEGO GONZÁLEZ con efectos fiscales a partir del 1° de julio de 2008, tomando en cuenta el 75% del promedio de lo devengado por ésta en el último año de servicios, esto es, entre el 30 de junio de 2007 y el 30 de junio 2008, incluyendo los siguientes factores: sueldo mensual, reajuste de sueldo por aumento, bonificación por servicios prestados, bonificación especial bienestar universitario, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones...”* (fl. 32, cdo. 1)

Así las cosas, la sentencia recurrida dispuso que solo los factores allí mencionados pueden ser tenidos en cuenta para determinar la obligación cuya ejecución se discute en el presente asunto, mientras que, la parte actora señala que los factores allí enlistados no son una enunciación taxativa, y que, atendiendo al criterio jurisprudencial aceptado por la jurisprudencia contencioso administrativa al momento de emisión de la sentencia y que fue base para adoptar la providencia base de ejecución, el cómputo del I.B.L. pensional debe efectuarse incluyendo todos los factores devengados, lo cual para el caso de la accionante, incluiría igualmente factores tales como, vacaciones, gastos de representación vacaciones, doceavas por vacaciones

y bonificación por recreación, según certificación anexada como prueba con el escrito de demanda ejecutiva.

Frente a lo anterior, debe advertir la Sala que, el proceso ejecutivo de sentencia judiciales no puede ser utilizado como un mecanismo para reabrir el debate perdido o dejado de plantear en etapa de conocimiento o declarativa, pues el trámite de ejecución debe ceñirse en forma estricta a lo ordenado en la correspondiente providencia judicial.

Así las cosas, observa este Tribunal que la sentencia base de ejecución -aunado a la expresa enunciación de factores a incluir en su parte resolutive-, señaló en la parte motiva de la decisión, lo siguiente (fls. 22 y 31, cdo. 1):

“Solicita la parte demandante, a través de apoderado judicial, que por medio de sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

“SEGUNDO: Como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos... se CONDENE a l INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES que RELIQUIDE la pensión mensual vitalicia de jubilación...incluyendo los factores salariales que más adelante relaciono, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 33 de 1995... Los factores salariales son: a) Sueldo Básico, b) bonificación por bienestar, c) Bonificación por servicios prestados, d) Prima de servicios, e) Prima de navidad, f) Prima de vacaciones, g) reajuste sueldo.”

...

EL CASO CONCRETO.

*a.) Como se observa en el certificado expedido por el Jefe de la Oficina de gestión humana de la Universidad de Caldas, durante el ultimo año de servicios comprendido entre el 30 de junio de 2007 y el 30 de junio de 2008, a la señora Blanca Isabel Gallego González se le cancelaron los siguientes factores: **sueldo básico, bonificación bienestar universitario, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y (sic) prima de vacaciones y reajuste de sueldo** (fl. 49, C.1).*

...

*De acuerdo con lo expuesto, la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión, incluyendo como factores salariales, además del sueldo mensual, el reajuste de sueldo por aumento, la bonificación por servicios prestados y la bonificación especial bienestar universitario, **la prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones**, devengadas durante el último año de servicios.”*

(Negrilla original del texto en cita, subrayados son de esta Sala).

Como se observa del contenido en cita, es claro que la discusión que fue planteada en sede judicial y que conllevó a la expedición de la sentencia judicial que hoy se ejecuta, claramente se limitó a la inclusión en el I.B.L. pensional de la actora de los factores que allí fueron señalados y con base a los cuales el *A quo* acertadamente determinó las obligaciones adeudadas, y no, frente a los factores que novedosa e improcedentemente pretende debatir la parte ejecutante en el presente proceso ejecutivo.

Así las cosas, resalta este Tribunal que no son de recibo los cargos de apelación formulados por la parte ejecutante frente a este tópico, con sustento en “la posición jurisprudencial aplicada en la época”, pues lo que se pretende con la inclusión de otros

factores salariales, además de los señalados en la sentencia, no solo es la aplicación de una postura jurisprudencial -ya rebatida-, sino la determinación sobre la validez de reliquidar la mesada pensional de la señora Blanca Isabel Gallego con inclusión unos factores salariales que no se solicitaron, y por ende, no se debatieron, ni se probaron en el proceso declarativo, lo cual se itera, no es la finalidad, ni naturaleza del proceso ejecutivo.

Así las cosas, la Sala halla respuesta negativa al segundo de los problemas jurídicos planteados al concluir que la sentencia cuya ejecución es perseguida por la parte actora, no impuso la obligación de liquidar la mesada pensional de la demandante con inclusión de otros factores salariales a los expresamente señalados en la parte resolutive de dicha providencia, si itera, dado que el proceso judicial declarativo que generó el título ejecutivo, tal situación no fue pretendida, ni debatida.

4. Descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud.

Finalmente, con respecto a este cargo de apelación se advierte que, el inciso 3 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 establece que los pensionados deben realizar aportes al régimen contributivo en salud en un porcentaje del 12% de su mesada pensional, por lo que, sin que sean necesarios mayores discernimientos advierte esta colegiatura que se comparte lo decidido por el *A quo* al determinar que sobre las sumas a favor de la ejecutante por concepto de diferencia entre la mesada pensional reconocida y la que debió ser reliquidada deben efectuarse los correspondientes aportes del 12% al sistema general de seguridad social en salud, pues dicha situación no es una tema que debiera ser permitido o señalado por la sentencia judicial que ordenó dicha reliquidación, sino que se erige como una obligación legal de los pensionados vinculados como cotizantes al sistema de salud.

5. Costas en segunda instancia

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP) y en aplicación de un criterio objetivo valorativo, no se impondrá condena en costas en esta instancia al no haberse acreditado que la parte accionada haya incurrido en gastos procesales o haya intervenido en esta instancia a través de apoderado judicial.

Por lo expuesto la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo De Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

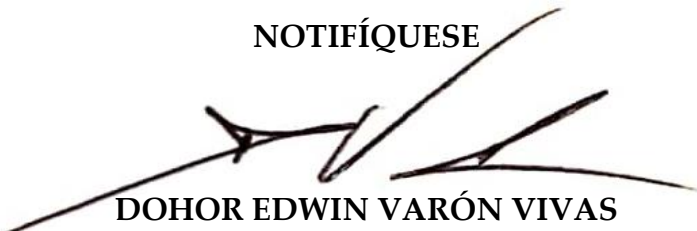
PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 1° de agosto de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, que dispuso continuar la ejecución en los términos señalados por dicha célula judicial en favor de la señora Blanca Isabel Gallego González y contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones E.I.C.E.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

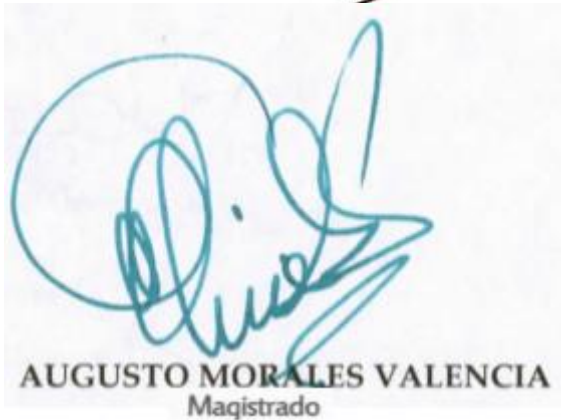
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

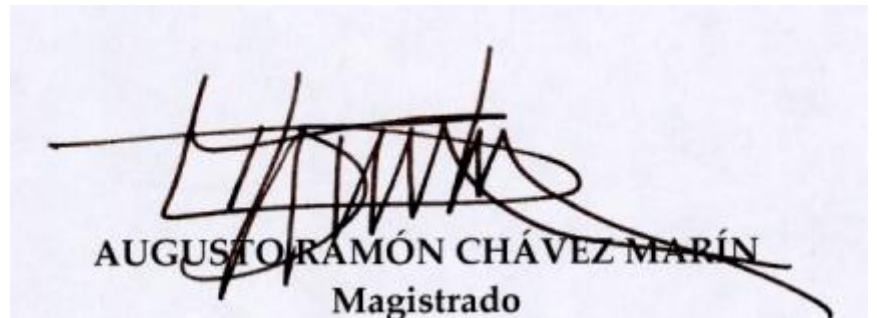
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN**

**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 226**

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado:	17-001-33-33-002-2018-00266-02
Naturaleza:	Proceso Ejecutivo
Demandante:	Fernando Bedoya Sánchez
Demandados:	Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP.

Se procede a emitir fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la ejecutada contra la sentencia que dispuso proseguir con la ejecución.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de ejecución

El señor Fernando Bedoya Sánchez deprecia la ejecución del crédito contenido en la sentencia No. 80 del 22 de junio de 2010 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, confirmada por el este Tribunal el 25 de noviembre de 2010 -proveídos ejecutoriadas el 15 de diciembre de 2016-, en las cuales se dispuso la reliquidación de la mesada pensional reconocida y se ordenó el pago de los mayores generados con ocasión de la reliquidación; proceso que en su oportunidad se tramitó contra de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal E.I.C.E. -en liquidación para ese entonces, hoy liquidada-.

Que el 22 de enero de 2013 solicitó a la aquí ejecutada el cumplimiento al fallo, por lo que la UGPP expidió la resolución RDP 011418 del 08 de marzo de 2013; sin embargo no dio cumplimiento íntegro a la decisión judicial base de recaudo, pues señaló que, los intereses moratorios generados con ocasión de la sentencia estarían a cargo de la extinta Cajanal E.I.C.E. -en liquidación para ese momento-.

Que por lo anterior, interpuso solicitudes de aclaración y recursos en sede administrativa frente a los cuales la entidad ejecutada expidió la Resolución RDP 037370 del 04 de octubre de 2016 aceptando su responsabilidad en el pago de los intereses moratorios generados, empero tras la realización de los trámites administrativos pertinentes, pagó los intereses de forma incompleta, al efectuar su liquidación de conformidad a los postulados de la Ley 1437 de 2011 y no en los

términos del Decreto 01 de 1984, norma última en cuya vigencia fue expedida la sentencia base de recaudo.

2. Mandamiento de pago

El Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, mediante proveído del 18 de enero de 2019 (fls. 133-135, cdo. 1), dispuso librar mandamiento de pago en contra de la UGPP, “...[Por] *LOS INTERESES MORATORIOS en la suma de DOCE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE PESOS (\$12'235.187)...*”

3. Reposición contra el mandamiento de pago

El 21 de febrero de 2019 la UGPP formuló recurso de reposición bajo dos derroteros: (i) Que la acción ejecutiva había caducado al momento de interponer la demanda y (ii) Que la obligación ya había sido pagada.

El recurso fue despachado desfavorablemente a través de auto del 04 de abril de 2019, en el cual el *a quo* respecto a la caducidad advirtió que, la solicitud de ejecución fue radicada ante el Juzgado, antes de que feneciera el plazo de cinco años que otorga el artículo 164 del CPACA para el efecto, término que solo puede ser computado a partir de la fecha de exigibilidad de la sentencia, lo cual en los términos del artículo 177 del Decreto 01 de 1984 -en vigencia del cual se expidió la decisión ejecutada- se dio pasados 18 meses desde la ejecutoria del fallo. Con respecto a los demás argumentos del recurso señaló que, estos hacen referencia a excepciones de fondo, por lo que no resultan debatibles en esta etapa.

4. Excepciones contra el mandamiento de pago

La ejecutada transcribió íntegramente el contenido del recurso de reposición interpuesto contra el mandamiento de pago, integrando dichos argumentos bajo las excepciones que denominó: “*CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA CONTENCIOSA*” y “*PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN EJECUTIVA LABORAL*”, agregando la que denominó “*BUENA FE*” arguyendo que ha actuado de buena fe, dando aplicación a las disposiciones normativas que ha considerado pertinentes. Dichos medios exceptivos fueron rechazados de plano por el *a quo* tras advertir que, los mismos no resultan procedentes en el marco del proceso de ejecución de créditos contenidos en sentencias judiciales, en los términos del artículo 442 del CGP (fl. 210, cdo. 1A).

Ahora bien, como excepción procedente se propuso la de “*PAGO DE LA OBLIGACIÓN*” alegándose que dio cumplimiento al fallo a través de las resoluciones RDP 011418 del 08 de marzo de 2013 y RDP 037370 del 04 de octubre de 2016 por medio de las cuales se ordenó el pago de las diferencias adeudadas por mayores valores tras reliquidación y de los intereses moratorios generados en los términos del artículo 192 del CPACA.

5. Sentencia de primera instancia

En sentencia emitida en audiencia de instrucción y juzgamiento celebrada el 12 de diciembre de 2019 (fls. 212 a 216, cdo. 1A) el *a quo* resolvió la excepción de “PAGO DE LA OBLIGACIÓN” señalando que, se encuentra acreditado que si bien la ejecutada expidió las resoluciones RDP 011418 del 08 de marzo de 2013 y RDP 037370 del 04 de octubre de 2016, esta última dispuso el pago de intereses en los términos del artículo 192 del CPACA, aplicando la tasa de interés moratorio y la suspensión en la causación de intereses que allí se señala, lo cual desconoce que la sentencia fue proferida en vigencia del Decreto 01 de 1984, por lo cual era esta norma la que regía lo referente a los intereses generados sobre la sentencia, por lo que para su liquidación no era aplicable dicha suspensión y debía utilizarse la tasa de interés moratoria comercial.

Corolario, dispuso seguir adelante con la ejecución del mandamiento de pago y condenó en costas (gastos procesales y agencias en derecho) a la ejecutada, al señalar que dichos rubros se encuentran acreditados en el expediente.

6. Recurso de apelación

La UGPP interpuso recurso de apelación para lo cual señaló que la liquidación de Cajanal E.I.C.E. representó una situación de fuerza mayor que según lo dispuesto por el artículo 1616 del Código Civil, exime al deudor de pago de perjuicios -para el caso intereses-. Así las cosas, arguye que la liquidación de una entidad estatal según sentencia del Consejo de Estado -la cual no identifica- constituye fuerza mayor que impide la causación de intereses moratorios desde la data en que se dispuso esta liquidación, esto es, el año 2009.

Finalmente, manifestó su oposición a la condena en costas impuesta al señalar que, no ha actuado en forma temeraria, pues su proceder siempre ha sido en derecho y procurando la protección del erario público; igualmente realiza cita de sentencia proferida por este Tribunal el 26 de abril de 2019, con ponencia del H. Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes, en la cual se advirtió que el *a quo* debe fundamentar la condena en costas impuestas -sin efectuar ninguna mención especial a la sentencia objeto de apelación-.

II. CONSIDERACIONES

1. Alcance del recurso de apelación

Observado el recurso de apelación propuesto por la entidad demandada se observa que, el mismo se fundamenta en que, los intereses moratorios que hoy son objeto de cobro no se causaron atendiendo a que, la mora en el pago de la sentencia se encuentra justificada por una fuerza mayor consistente en la liquidación a la que fue sometida Cajanal E.I.C.E.

Tal punto de disenso no fue objeto de controversia ante el *a quo* por la simple razón de que la ejecutada nunca planteó tal argumento en la etapa pertinente, esto, en el traslado para la formulación de excepciones; basta ver como en dicha etapa la UGPP se limitó a señalar que realizó el pago de los intereses deprecados por el ejecutante según la Resolución RDP 037370 del 04 de octubre de 2016, con base a la cual se cancelaron \$4.025.298,26 por dicho concepto; se itera, sin realizar consideración alguna sobre la no causación de intereses por fuerza mayor.

Es postura pacífica de esta jurisdicción que, el estudio por parte del fallador de segunda instancia de argumentos nuevos que no fueron propuestos por las partes ante el *a quo*, se torna en una vulneración al derecho al debido proceso y mas exactamente al principio de congruencia que debe ser respetado por los fallos judiciales. En tal sentido, el H. Consejo de Estado señaló¹:

“El principio de la doble instancia, elevado a canon constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, prevé que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley; esta garantía del derecho de impugnación, como posibilidad de controvertir una decisión judicial, exige la presencia jerárquica del superior, quien participa como autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa.

En suma, el principio de la doble instancia encierra una de las más caras garantías establecidas en la Carta Política, por ello, es deber del Juez, salvo las excepciones expresamente consignadas por el legislador, procurar su realización y plena efectividad como garantía de los derechos de impugnación y de contradicción que subyacen del mismo.

No obstante, el acceso a dicho derecho no opera de manera deliberada; por ello, el legislador ha establecido algunos requisitos de oportunidad y procedencia para su efectividad, que deben ser satisfechos a cabalidad so pena del fracaso del recurso de apelación, requisitos que dentro del procedimiento contencioso administrativo quedaron consignados dentro de los artículos 181 y 212 del Decreto 01 de 1984, modificado por la Ley 1395 de 2010. El primero, prevé que serán apelables las sentencias de primera instancia; el segundo establece, el trámite bajo el cual ha de surtirse la apelación señalando el término para la sustentación.

De otra parte, la normatividad procesal precisa los fines y el alcance de la apelación, como también el interés para interponerla, al precisar en el inciso 1º del artículo 350 del C.P.C., aplicable al procedimiento contencioso administrativo por remisión del artículo 267 del Decreto 01 de 1984, que el recurso de apelación “... tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o la reforme...”.

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 5 de junio de 2014, radicación No. 25000-23-25-000-2012-00762-01(0623-13), C.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Una lectura sistemática de las anteriores normas lleva a concluir que al sustentar la apelación, el recurrente debe señalar al ad quem las inconformidades frente a la decisión del a quo para que el superior revise los posibles errores en que haya incurrido la primera instancia.

Ahora bien, una de las garantías del debido proceso consiste en el límite que tiene la judicatura de no introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa; por ello, la conformidad entre la sentencia y la demanda en cuanto a las personas, el objeto y la causa, es ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales del juicio relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites de los poderes del juez. Cuando se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia.

Sabido es, que el principio de congruencia de la sentencia debe ser respetado por los jueces, pues estos tienen que fallar según lo pedido y de acuerdo con lo probado. Argumento que se justifica en virtud de la conexidad existente entre el debido proceso, manifestado particularmente en el derecho de contradicción, y el ceñimiento de las decisiones judiciales a lo pedido y probado dentro del mismo. De esta manera no se toma por asalto a ninguna de las partes.

Partiendo de las anteriores premisas, es evidente que el recurso de apelación formulado por el apoderado de la entidad incluye entre sus explicaciones que en el presente caso no se agotó el requisito de procedibilidad de la acción como lo es la conciliación extrajudicial para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la que el a quo debió rechazar de plano la demanda.

*Al respecto debe señalarse que este no se trata en realidad de un verdadero argumento de disenso frente a la sentencia de primera instancia. Al contrario, **se trata de una nueva manifestación sobre la que no versó la controversia analizada** por el Tribunal. Ni tampoco, contiene un auténtico disenso de la parte apelante frente a la decisión tomada por el a quo para dar solución a la controversia.*

Así al ser introducido sorpresivamente en el recurso, no corresponde a la Sala referirse al mismo, pues entraría a desconocer el equilibrio entre las partes que debe imperar así como el derecho a la defensa de la entidad demandada. (Subrayado y negrillas son de la Sala).

Así las cosas, la Sala no se adentrará en el estudio del ya referido cargo de apelación que fuere formulado por la parte accionada, pues como se advirtió, la denominada “no causación de perjuicios -intereses- por fuerza mayor” no fue una consideración propuesta ante el a quo, sino que fue una nueva manifestación sorpresivamente introducida en sede de apelación; es más, basta con observar los actos administrativos mediante los

cuales la entidad ejecutada pretendió dar cumplimiento al fallo para advertir que, dicha consideración no fue por modo alguno fundamento para negar el pago de los intereses deprecados, pues la entidad accionada si acudió a su reconocimiento y pago.

Corolario, la Sala descenderá al análisis del único cargo de apelación que sí se presenta como un verdadero argumento de disenso frente a la sentencia de primera instancia, esto es, el referente a la imposición de condena en costas.

2. Costas en primera instancia

La Corte Constitucional³ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"* y están conformadas por dos rubros: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del C.G.P., las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial. Las segundas *"no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.⁴

El artículo 188 del CPACA dispone: *"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"*. El CGP al respecto establece:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

El H. Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016⁵, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en las posturas del extinto CPC y el CGP, puesto que el primero consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, mientras que el segundo adopta un criterio objetivo.

En sentencia del 12 de abril de 2018⁶ precisó que, si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se compruebe para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA—.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios

del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público."

De conformidad con lo expuesto, la imposición de la condena en costas tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio mientras se compruebe su causación en el expediente.

Como fundamento de la imposición de costas en primera instancia la misma se dio en contra de la parte vencida en juicio, atendiendo a que los gastos procesales en que incurrió la parte actora se encuentran debidamente acreditados en la hoja de gastos del expediente y que dicha parte estuvo representada por apoderado judicial en la presente litis.

Dicha valoración se ajusta al marco normativo y jurisprudencial sobre la condena en costas previamente señalado, en tanto, atendió al criterio objetivo al recaer sobre la parte vencida en juicio y respondió igualmente a un discernimiento valorativo al comprobarse que las costas procesales en efecto se causaron, pues los gastos procesales en que incurrió la parte actora se encuentran debidamente acreditados en la hoja de gastos del expediente, aunado a que como se advirtió en precedencia la imposición de agencias en derecho se ajusta a la realidad procesal de que la parte actora debió concurrir a la interposición del presente medio de control a través de apoderado judicial, el cual actuó en cada una de las etapas procesales pertinentes.

En tal sentido, la condena en costas impuesta por la Juez de primera instancia resulta ajustada a derecho. Corralario, se confirmará la sentencia recurrida.

3. Costas en segunda instancia

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP) y en aplicación del criterio objetivo valorativo previamente analizado, no se impondrá condena en costas en esta instancia al no haberse acreditado que la parte actora haya incurrido en gastos procesales o haya intervenido en esta instancia a través de su apoderada judicial.

Por lo expuesto la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo De Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

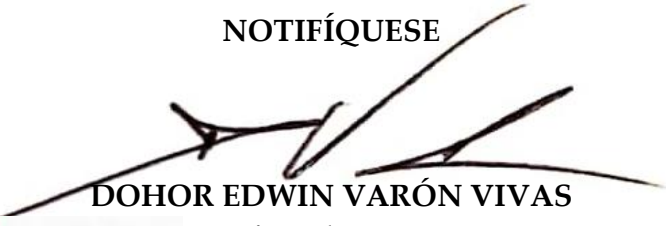
PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, que dispuso continuar la ejecución propuesta en el mandamiento de pago librado por dicha célula judicial en favor del señor Fernando Bedoya Sánchez y en cabeza de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

NOTIFÍQUESE


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 227

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-23-33-000-2018-00376-00
Naturaleza: Protección de derechos e intereses colectivos
Accionante: Martha Ligia Giraldo de Vargas
Demandados: Municipio de Manizales | Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas | Departamento de Caldas | Servicio Geológico Colombiano | Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo | Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

I. Asunto

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia, de conformidad con el numeral 16 del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA.

II. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

La accionante solicita se amparen los derechos colectivos previstos en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, entre ellos *a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y al medio ambiente*; por lo que solicita se adopten las medidas administrativas, jurídicas, técnicas, financieras y presupuestales necesarias para que:

- El Instituto Geológico Colombiano realice estudio geotécnico en la vereda Manzanares, para determinar el comportamiento del subsuelo, el fracturamiento de roca y el libramiento de gases, con el fin de establecer el riesgo de los pobladores de la vereda y las acciones que deben llevarse a cabo para la protección de sus derechos colectivos.
- El Ministerio del Medio Ambiente y el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo, ordene o adelante estudios para identificar riesgos de desastres de la microcuenca en cuestión, y con ello establecer las medidas de intervención para restaurar el equilibrio ecológico en la zona; y que como parte de dicho estudio se sugiera e implemente planes de protección ambiental, teniendo en cuenta las franjas de retiro y las zonas de interés ambiental afectadas en la cuenca.
- Se capacite de forma amplia y eficiente a los habitantes de la vereda sobre el manejo y

uso del suelo y la conservación y propagación de las especies que permitirán el afianzamiento de los suelos.

- Se realice revisión técnica de la situación de las viviendas, y tramitar y aplicar subsidios para el mejoramiento de los inmuebles que se han visto afectados en la vereda con el fenómeno.
- Se intervenga la vía que comunica a la vereda Manzanares – Santa Clara con el peaje de la vereda La Quiebra de Vélez.

1.2. Sustento fáctico relevante

Manifiesta que, en la vereda Manzanares del municipio de Manizales, se han presentado fenómenos de remoción de masas (FRM) en las laderas de la microcuenca hidrográfica Manzanares, desde la corona hasta la intersección con la microcuenta El Rosario. Que las abundantes lluvias de la región agudizadas desde el 2017, y los antiguos FRM que han dejado cicatrices, han afectado la estabilidad de las laderas de la zona y han aumentado la erosión del suelo; además de la falta de estructuración de la faja de retiro con guaduales y especies propias de la zona, dadas las fuertes actividades antrópicas, que cambian dicha vegetación por cultivos limpios como café, plátano y yuca, entre otros.

Explica que de la problemática, dado el estado de la vía, deviene un riesgo inminente en la movilidad de la vereda Manzanares – Santa Clara, dificultad en la producción agrícola y limitación de la subsistencia de los núcleos familiares. Que las autoridades de gestión del riesgo local, por medio del cuerpo oficial de bomberos, notificaron la evacuación preventiva de algunas viviendas por riesgo inminente de deslizamiento, sin proponer soluciones al problema.

Que han hecho uso del derecho de petición frente a las accionadas para proteger sus derechos y garantizar la seguridad de la comunidad, sin embargo, a la fecha, estas no han adelantado las acciones necesarias para mitigar la vulneración de sus derechos.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

2.1. Departamento de Caldas (fls. 103 – 709, C.1) Luego de describir el contenido de diferentes informes rendidos por Corpocaldas y el municipio de Manizales, fruto de visitas realizadas al predio *El Porvenir* ubicado en la vereda Manzanares y a enunciar la normatividad existente sobre el manejo nacional, regional y local de la gestión del riesgo, las autoridades encargadas y las figura creadas para ello, infiere que los responsables de los procesos de gestión del riesgo son los municipios, quienes tienen la competencia para intervenir en el sector, como lo han venido haciendo, tal como prueba de los documentos allegados por la accionante, y que los departamentos son una instancia de coordinación de los municipios.

Por lo tanto, alegó *falta de legitimación en la causa por pasiva*, y la *inexistencia de vulneración de derechos colectivos por parte del departamento de Caldas*, dado que no se ha demostrado que la causa de la problemática en el sector haya sido por omisiones del departamento. Solicitó que se exonere de toda responsabilidad al departamento de Caldas.

2.2. Municipio de Manizales (fls. 110 – 116, C.1) Se opuso a las pretensiones de la demanda, mencionó no haber vulnerado ni puesto en peligro ningún derecho colectivo. Explicó que dentro del POT, se encuentra inmersa la estructura ecológica y respecto al predio denominado *La Argelia*, con ficha catastral 20200000190075000000000, hay identificadas y con

restricciones, áreas demarcadas como fajas mínimas de protección de corrientes hídricas, con una distancia mínima de 10 metros de retiro.

Que desde la Unidad de Desarrollo Rural se han dispuesto de profesionales idóneos para realizar las capacitaciones sobre el manejo y uso del suelo, así como la conservación de especies que permiten el afianzamiento de los suelos. Que la Unidad de Gestión del Riesgo del municipio ha adelantado en el sitio en cuestión, todas las acciones para atender a las personas que han sufrido afectaciones por la ola invernal, con subsidios de arrendamiento que cubrieron los gastos de alojamiento temporal por 3 meses. Y que la secretaría de Obras Públicas ha venido realizando mantenimiento mecanizado y manual a través del contrato con el Comité Departamental de Cafeteros a las vías: *El Crucero-Manzanares, Manzanares-El Puente, Manzanares-La Porra y Cruce Morrogordo-Santa Clara*, y que no existe la vía rural *Manzanares-Santa Clara* a cargo de la Administración municipal.

Por ende, adujo dentro de las excepciones de fondo propuestas que *la acción es improcedente*, dadas las actuaciones adelantadas a fin de atender la problemática planteada; que *las acciones populares no tienen un contenido subjetivo o individual, ni pecuniario, ni están para reparar daños*, pues para ello existen otras acciones como las de grupo o de clase, y la acción de reparación directa. Que entonces *no existen los presupuestos legales para incoar la acción*, y que la demanda *carece de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos*.

2.3. Corpocaldas (fls. 138-144, C.1) se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de fondo que denominó: *Corpocaldas ha actuado conforme a los postulados legales y constitucionales*, realizando visitas en honor a las peticiones realizadas por la accionante, en donde a través de informes técnicos han observado que hay dos deslizamientos al rededor del predio vivienda *El Porvenir*, en donde el más cercano se encuentra a 10 metros de este y a 20 metros de las otras viviendas, y el segundo deslizamiento está muy retirado de cualquier vivienda de la zona, por lo que no representan amenaza.

Observa también que en el deslizamiento más cercano a la vivienda hay procesos de revegetalización, lo que indica una potencial recuperación de la estabilidad de ese sector; que el estado actual de la vía por la cual se accede al predio (que es un carretable de 700m de longitud desde el caserío de la vereda Manzanares del municipio de Manizales) es de óptimas condiciones; que la vivienda de la accionante se encuentra en buen estado, pero que se deben implementar las recomendaciones realizadas para volver a ocupar la vivienda; y que el predio de la accionante no se encuentra dentro de la lista de priorización de sitios a ser intervenidos en los convenios y contratos de riesgo por la Unidad Municipal de Gestión del Riesgo de Manizales y la Secretaría de Obras Públicas.

Adujo *falta de legitimación en la causa por pasiva*, puesto que las corporaciones autónomas regionales cumplen un papel eminentemente complementario en el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, y subsidiario, que se complementa con las responsabilidades que ostentan las gobernaciones y las alcaldías en la conducción y funcionamiento primario del sistema, por ello la situación de la accionante le corresponde solucionarla a la autoridad territorial.

Que es al municipio a quien le corresponde también tomar las medidas necesarias para mitigar el riesgo, y el encargado del proceso de reubicación cuando las viviendas no cumplen con los requisitos de habitabilidad; y que por esto *no existe omisión o acción transgresora de los derechos* por parte de Corpocaldas, como tampoco es de su competencia el mantenimiento y cuidado de las vías.

2.4. Unidad Nacional para la gestión del Riesgo de Desastres – UNGRD (fls. 166-176, C.1).

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirmó que los hechos de la demanda no tienen relación directa con la entidad, en tanto ni siquiera la mencionan. Que no tiene competencia para atender asuntos de orden ambiental y que el caso en cuestión corresponde conocer al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y a las demás entidades que componen el Sistema de Información Nacional Ambiental SINA y a Corpocaldas.

Que dentro de la base de datos cartográfica, la vereda Manzanares está dentro de la jurisdicción de Corpocaldas y en el ámbito del Plan de Ordenamiento y Manejo de Cuenca denominado – POMCA «Río Chinchiná»; el cual es un instrumento el cual se desarrolla a partir de estudios técnicos y contempla un componente de gestión del riesgo donde define técnicamente las medidas requeridas para reducir el riesgo en los respectivos escenarios. Por ende la administración municipal de Manizales debe incorporar el proceso de la cuenca a través de los consejos POMCA y ante Corpocaldas.

Explica que es el municipio de Manizales con el Consejo Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres el encargado de las medidas de gestión del riesgo en su jurisdicción y que solo cuando se haya superado la capacidad local puede solicitar apoyo a nivel nacional o departamental y regional. Con base en lo anterior planteó la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*.

También planteó que son los *municipios los encargados de la reubicación de asentamientos urbanos por encontrarse en zonas de riesgo no mitigable*, y finalmente solicitó que se declare que la UNGRD no ha vulnerado derecho colectivo alguno.

2.5. Servicio Geológico Colombiano – SGC (fls. 187-196 , C.1) Se opuso a las pretensiones de la demanda; señaló que no tiene estudios sobre la cuenca hidrográfica Manzanares al no ser de su competencia. Que la entidad tiene estudios regionales, escala 1:100.000, donde un centímetro del mapa representa un kilómetro en el terreno y no es posible sacar conclusiones puntuales como lo solicitado.

Adujó que *faltó el agotamiento del requisito de procedibilidad* respecto a la entidad, y que si bien la problemática en cuestión gira en torno a las medidas que se deben adoptar a fin de mitigar las eventuales afecciones de origen natural y aceleradas por la acción del hombre, las mismas no son injerencia del SGC, y que esto compete a la autonomía propia de los entes territoriales, ya que el objeto del SGC es la identificación, investigación y seguimiento de asuntos geológicos que tengan impacto en el ámbito nacional y regional (estudios geocientíficos que se encuentran disponibles en la página web), así como a contribuir con la construcción de conocimiento geocientífico que pueda ser usado por las demás entidades o entes territoriales. Por ende, en tanto considera que han obrando dentro del marco de sus competencias legales solicita que se declare la *falta de legitimación en la causa*.

Enfatizó que es responsabilidad de las entidades territoriales la prevención y determinación de las zonas de riesgo a través de la elaboración y adopción de planes de ordenamiento y la prevención y atención de desastres, por lo tanto, la realización de informes técnicos detallados por los cuales se recopile la información completa y actualizada en cuanto a grado de vulnerabilidad y de riesgo, es de competencia de las autoridades locales.

2.6. El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio guardó silencio.

3. Pacto de cumplimiento

El 3 de diciembre de 2018 se llevó a cabo audiencia especial de pacto de cumplimiento, en la cual no se llegó a ningún acuerdo, por lo que se declaró fallida la diligencia. (Fls. 222 – 224.

C.1.) y a continuación se decretaron las pruebas. (Fls 277 – 279. C.1.)

4. Alegatos de conclusión

4.1. Parte demandante (Fl. 350, C.1A.) Manifestó que las circunstancias que impulsaron el inicio de la acción popular se han acrecentado por el actuar omisivo y negligente de las entidades obligadas a la gestión del riesgo y que de los peritajes e informes técnicos recaudados es evidente la desestabilización del talud y el estado en el que se encuentran las viviendas, y por ende la necesidad de adelantar obras para estabilizar los taludes y contrarrestar los FRM, controlar las aguas lluvias y de escorrentía para mitigar el problema de las viviendas. Así, solicita que la decisión sea dirigida a la protección de derechos colectivos y del medio ambiente.

4.2. Corpocaldas (Fls. 351 a 352, C.1A) Indicó que de conformidad con las pruebas allegadas, no ha incurrido en incumplimiento de las funciones asignadas por la ley que conlleve a la transgresión de los derechos colectivos alegados por la parte actora. Explico que, en tanto Corpocaldas no cuenta con competencia para la verificación de actividades de uso del suelo, vertimientos y construcciones antitécnicas tampoco puede propiciar la habitabilidad en determinados sectores; que no cuenta con facultades para ejercer control, prevención y sanción sobre las afectaciones por el uso del suelo y la siembra de cultivos limpios sobre las laderas; y que son los propietarios quienes tienen la obligación respecto a los permisos de vertimientos.

También mencionó que, aparte de los procesos de revegetalización natural presentado en la zona, ni la accionante ni entidad alguna han desplegado acciones de reforestación y revegetalización. Que la administración municipal es la que cuenta con facultades sancionatorias respecto a la restitución y buen uso de las fajas forestales protectoras por hacer parte del espacio público. Que el 11 de julio de 2018 planteó acciones a corto plazo de las cuales realizó capacitación en temas como conflictos con el uso del suelo y su incidencia en la generación de procesos de remoción en masa, gestión del riesgo y prevención de la erosión en la vereda con apoyo técnico del Comité de Cafeteros y de profesionales de Corpocaldas, a la cual asistió la accionante. Aseguran que también han brindado la asesoría técnica continua de forma personalizada en el diagnóstico, evaluación y análisis de las problemáticas relacionadas con deslizamientos procesos erosivos y anexaron la base de datos de sancionatorios.

Por último aduce que las pretensiones de la demanda escapan del ámbito funcional de Corpocaldas, que las excepciones de la demanda por ellos propuestas han sido probadas en su totalidad, y por ende solicita se absuelva de responsabilidad a la corporación.

4.3. Las demás partes guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. Las Excepciones Propuestas

Antes de abordar lo que constituye el fondo de la controversia, se precisa resolver sobre las excepciones de falta de legitimación en la causa formulados por el Departamento de Caldas, Corpocaldas, la UNGRD y el Servicio Geológico Colombiano – SGC pues su estudio previo se requiere para determinar la procedencia de una decisión de fondo frente a las entidades que la proponen. Las demás excepciones serán resueltas a partir de las pruebas aportadas a la actuación y su análisis corresponderá al fondo de la controversia.

El **Departamento de Caldas** considera que no está llamado a responder frente a las pretensiones de la demanda. Sin embargo, por disposición constitucional, el ente departamental debe ejercer una función de coordinación y de complementariedad de la acción municipal en materia de prevención y atención de desastres; por ende, no se puede descartar su intervención en estos casos, sin antes constatar la capacidad de respuesta del municipio frente al problema específico que se analiza en esta oportunidad. En tales condiciones, se declarará infundada la excepción propuesta.

Corpocaldas consideró no tener legitimación por pasiva, pues la autoridad municipal es la competente para la prevención y atención de desastres, para la reubicación cuando las viviendas no cumplen los requisitos de habitabilidad y que tampoco son responsables del mantenimiento y cuidado de las vías.

Al respecto, la Ley 99 de 1993¹ establece el objeto y las funciones que deben cumplir las Corporaciones Autónomas Regionales, respecto de las cuales el Consejo de Estado² precisó que la gestión del riesgo es una actividad que debe realizarse de manera coordinada y concurrente entre las autoridades correspondientes, de acuerdo con el ámbito propio de sus competencias, así:

*« [...] De conformidad con el artículo 30 de la Ley 99 de 1993³, las Corporaciones Autónomas Regionales tienen por objeto la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos sobre medio ambiente y recursos naturales renovables. Igualmente, deben velar por la cumplida y oportuna aplicación de las disposiciones legales vigentes sobre disposición, administración, manejo y aprovechamiento de dichos recursos, conforme a las regulaciones, pautas y directrices expedidas por el Ministerio del Medio Ambiente.
[...]*

*Y tampoco puede desconocerse que aunque una de las funciones principales de las Corporaciones Autónomas Regionales es la de apoyar a las entidades territoriales de su jurisdicción ambiental en todos los estudios necesarios en la gestión del riesgo de desastres (artículo 31, Ley 1523 de 2012⁴), también les asiste el deber de **ejecutar y mantener**, en coordinación con las entidades territoriales, **obras de infraestructura** necesarias para la defensa y protección del medio ambiente y **realizar** actividades de prevención y control de desastres (artículo 31, Ley 99 de 1993), [...].*

*Ahora bien, es preciso resaltar que la responsabilidad conjunta del Municipio de Villamaría y **CORPOCALDAS** implica que, en la adopción de las medidas ordenadas por el Tribunal, cada una concurrirá en el ámbito de su competencia así: el Municipio, en relación con la apropiación del presupuesto; y la Corporación, frente a las gestiones de ejecución y control; de manera que es en este sentido en el que habrá de confirmarse el fallo impugnado [...].».*

Por lo anterior, se declarará infundada la excepción de falta de legitimación de la causa propuesta por Corpocaldas.

La UGRD solicita sea desvinculada, en tanto que es el municipio de Manizales el llamado

¹ «por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones»

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, CP: María Elizabeth García González. Sentencia del 7 de marzo de 2013. Radicado: 17001-23-31-000-2010-00498-01 (AP).

³ Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones.

⁴ 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.

a responder, así como de realizar todos los procedimientos necesarios para la valoración del terreno y si es preciso, la reubicación, según lo indica el Plan de Ordenamiento Territorial; además considera que no es el encargado de la tranquilidad, seguridad y salubridad de los habitantes.

Al respecto, se considera necesario mantener su vinculación al proceso, toda vez que dicha entidad tiene competencias específicas en el proceso de asignación de subsidios de arrendamiento a quienes han resultado afectados por desastres naturales en el territorio nacional. Ello de conformidad con la Resolución 0908-2016 del 28 de julio de 2016 *«Por la cual se definen los procedimientos, criterios y responsabilidades para la asignación de subsidios de arriendo en el marco de situaciones de calamidad pública o desastre»*.

2. Problemas jurídicos

Las acciones populares consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentada por la Ley 472 de 1998, cuyo origen es de naturaleza pública, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, *“para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”*.

Por lo tanto, los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son: a) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; b) una acción u omisión de la parte demandada, y; c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de los derechos colectivos; los tres supuestos anteriores deben demostrarse de manera idónea en el trámite respectivo.

Así, de conformidad con la demanda y las contestaciones, los problemas jurídicos son:

¿Se encuentra demostrado el daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos de la comunidad habitante en el sector de la ladera cerca a la microcuenca hidrográfica Manzanares de la vereda Manzanares del Municipio de Manizales – Caldas?

En caso afirmativo, *¿el daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos es atribuible a la acción u omisión de una, alguna o todas las entidades demandadas?*

3. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: No se encuentra demostrado el daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos de la comunidad habitante en el sector cercano a la microcuenca hidrográfica Manzanares de la vereda Manzanares del municipio de Manizales – Caldas. Por lo tanto, no hay lugar a acoger las pretensiones de la demanda.

Para fundamentar la posición, se analizará: i) la procedencia de la acción popular para amparar los derechos colectivos invocados; ii) la carga de la prueba; iii) los hechos probados, y por último, iv) el análisis y solución al caso concreto.

3.1. Procedencia de la acción popular

El derecho e interés colectivo relativo a la prevención de desastres técnicamente previsibles se fundamenta constitucionalmente en el artículo 2 de la Carta Política, al

estar indiscutiblemente relacionado con los fines esenciales del Estado, como los de: «... servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; ...mantener la integridad territorial... Las autoridades de la República están instituidas para **proteger a todas las personas** residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...”.

Al respecto, el Consejo de Estado⁵ ha precisado que, como parte de las funciones del Estado Social de Derecho, las autoridades deben tener siempre presente la actividad preventiva, adoptando: «...medidas, programas y proyectos de carácter preventivos que resulten necesarios y adecuados para salvaguardar de manera efectiva los derechos de la comunidad que resulten amenazados por previsibles desastres naturales o antrópicos”.

“82. En tal escenario, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, le encarga al Estado el deber de proveer a los habitantes de los mecanismos e instrumentos para que aquellos hechos riesgosos puedan ser controlados de manera eficiente y eficaz, así debe verse desde la perspectiva de promoción en la que las autoridades estatales adelanten actuaciones, expidan reglamentos o celebren contratos, entre otras manifestaciones, orientadas a adoptar las medidas pertinentes, anticipándose a las calamidades...».

La Ley 1523 de 24 de abril de 2012⁶, plantea y define a la gestión del riesgo de desastres como: «...un proceso social orientado a la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas, estrategias, planes, programas, regulaciones, instrumentos, medidas y acciones permanentes para el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres, con el propósito explícito de contribuir a la seguridad, el bienestar, la calidad de vida de las personas y al desarrollo sostenible...».

Entonces el derecho colectivo a la prevención de desastres previsibles técnicamente *no es solo una herramienta de reacción posterior a los desastres*⁷, pues además tiene: «...vocación de evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad, ya no solo naturales (v. gr. fuego, deslizamientos de tierra, inundaciones, sequías, tormentas, epidemias, etc.), sino también –cada vez más– de origen antropocéntrico (v.gr., contaminación del ambiente, intoxicaciones o afectaciones a la salud, destrucción o afectación de la propiedad privada o pública por accidentes, productos, actividades o instalaciones)»

El derecho colectivo al medio ambiente sano hace referencia a “aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural”⁸

3.2. Carga de la Prueba

La lesión o puesta en peligro de los derechos colectivos debe estar debidamente probada, y corresponde al actor popular la carga de acreditar los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda. Al respecto, el artículo 30 del CPACA, señala: «La carga de la

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – C.P.: Hernando Sánchez Sánchez - Bogotá, D.C., 14 de diciembre de 2018 - Radicación número: 76001-23-33-000-2015-00621-01(AP)

⁶ 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

⁷ Sección Primera. C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia de 18 de mayo de 2017. Radicación número: 13001-23-31-000-2011-00315-01(AP).

⁸ T-863A/99 M.P Alejandro Martínez Caballero.

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

Tal como lo ha expuesto el Consejo de Estado⁹: «[...] Es evidente que no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración; el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones [...]». Y de no hacerlo, la omisión en el cumplimiento de la carga procesal trae consigo posibles consecuencias desfavorables, como una sentencia que niegue las pretensiones de la demanda.

3.3. Hechos Probados

3.3.1. Respecto a la situación de riesgo por Fenómeno de Remoción de Masas – FRM:

- El departamento de Caldas está influenciado por el sistema de fallas denominado Cauca-Romeral, el cual condiciona muchas de las geoformas presentes en el territorio caldense, y concretamente en esta zona del municipio de Manizales. (Fl. 75 Vlto. C.1)
- El municipio de Manizales dentro del POT¹⁰; contempla la gestión del riesgo y las estrategias para atender emergencias y en el capítulo 1.5.2. del *Documento Técnico de Soporte General*, describe las amenazas de origen natural presentes en el municipio, tales como: *Amenaza por movimientos en masa. Amenaza por inundaciones. Amenaza por avenidas torrenciales. Amenaza sísmica. Amenaza volcánica. Amenaza por subsidencia.* Frente a las cuales señala que: «...las amenazas que definen directrices en el ordenamiento territorial son: las de mayor recurrencia como son la amenaza por movimientos en masa (deslizamientos traslacionales), inundación y avenidas torrenciales; y las de menor recurrencia como la amenaza volcánica por Lahar y/o flujos de lodo, y por subsidencia. De cada una de estas se cuenta con estudios básicos, y sus contenidos y disposiciones se desarrollan en los Componentes Urbano y Rural del Documento Técnico de Soporte.»
- Además, el municipio de Manizales cuenta con el *Plan Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres del Municipio de Manizales*¹¹, cuyo objetivo general es «Orientar la implementación de los procesos de la gestión del riesgo de desastres, mejorando el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres, con la participación de todas las entidades públicas, privadas y comunitarias a través de una intervención coordinada y eficiente, para lograr el desarrollo sostenible con transformación, la competitividad, la resiliencia y la protección y mejoramiento de la calidad de vida de la población»; y dentro del cual, se cuenta con el Programa 2, a través del cual se busca *Reducir el riesgo de desastres a través de intervenciones prospectivas y correctivas, integrando en los instrumentos de planificación territorial, del desarrollo y de la gestión ambiental la gestión de riesgos de desastres, subprograma 2.1 Integración del riesgo en la definición de usos del suelo y la planificación urbana.* (CD folio 287 del C.1A –folio 292, C.1A)
- Del plano «R-11 AMENAZA POR DESLIZAMIENTO RURAL» contenido dentro de las cartografías anexas al POT del municipio de Manizales, se identifican los sectores rurales de jurisdicción del municipio que se encuentran en estado de amenaza de alto riesgo por

⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera CP.: Marco Antonio Velilla Moreno Bogotá, D.C. 30 de junio de 2011 Radicación número: 50001-23-31-000-2004-00640-01(AP)

¹⁰ Acuerdo municipal 0958 de 2017

¹¹ Adoptado por el Decreto 0415 del 23 de agosto de 2016

deslizamientos, y en él se evidencia que en el sector veredal conocido como Manzanares son muy pocas las zonas con amenazas de alto riesgo, dentro de las que no se identifica aquella en la que se encuentra el predio *El Porvenir*, (CD folio 293 del C.1A). Por lo que se define cualitativamente que, el riesgo en dicha zona es bajo.

- En la referida vereda Manzanares, en diciembre de 2017 se presentó un fenómeno de inestabilidad de ladera por procesos de remoción de masa del tipo de *deslizamientos planares de pequeñas dimensiones y superficiales* que involucró una vivienda ubicada en la finca *El Porvenir*. (fl. 249 C.1)

- Por esta razón la UGR Manizales junto con el Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales¹², mediante oficio UGR-COBM 149-19 del 15 de febrero de 2019 le indicaron a la hoy accionante, señora Martha Ligia Giraldo de Vargas que debía desalojar por deslizamiento su vivienda. (fls. 288 al 291 del C.1A)

- La UGR Manizales según se desprende del oficio UGR 1545-18 GED 15139-18 del 21 de mayo de 2018, fueron entregados auxilios de arrendamiento durante tres meses a los propietarios de los inmuebles y durante un mes para quienes se encontraban en calidad de arrendatarios, dicho rubros por un valor que ascendía a \$250.000, girados entre los meses de enero y mayo de 2018, con el fin de manejar temporalmente la emergencia. (folios 57, 132 – 137, C.1).

- El municipio de Manizales a través de la Dirección Técnica de la Unidad de Gestión del Riesgo realizó inspecciones visuales a la zona afectada, en las que indicó las causas del deslizamiento, y formuló unas recomendaciones. (folios 56-62, 71-72, 78, 122-137, del C.1, y 286 – 301 del C.1A)

- Corpocaldas realizó inspecciones a la zona en cuestión, y emitió conceptos sobre las causas tanto naturales como externas de lo sucedido. (fls 148-157 del C.1, y 304-308 C.1A)

- De dicha visitas e informes se establece que, existen dos zonas principales de afectación: **un primer** deslizamiento, ubicado en la parte posterior de la vivienda de la accionante, a 10m del mismo y a 20 metros de las otras viviendas del sector, el cual junto con el fuerte impacto de la ola invernal fue ***generado por corte antrópico hecho para la ampliación de la vivienda*** que le quitó soporte base al talud, haciendo que la zona sea más propensa a presentar desprendimientos de material; y **un segundo** deslizamiento ubicado aproximadamente a 10 metros, ladera debajo de la vivienda, en dirección Noroeste, el cual se encuentra muy retirado de cualquiera de las viviendas de la zona, por lo cual, *no representa una amenaza*. (fls 56, 58, 75, 76 y 249, C.1 y 324 C.1A).

- Los factores que influyeron en la inestabilidad de la ladera son: los inadecuados usos del suelo, como cobertura vegetal en pastos y cultivos limpios, monocultivos (café, plátano) y talas de coberturas vegetales nativas; carencia de un sistema de manejo y control de aguas lluvias, tanto en las viviendas como en las vías, y cambios de condiciones meteorológicas extremas (lluvias extraordinarias). (folio 324, C.1A).

3.3.2. Respecto a la afectación del medio ambiente:

- Conforme lo demostrado, Corpocaldas realizó labores de verificación sobre las actividades de uso de suelo, vertimientos, construcciones y deforestación que se

¹² Oficios UGR-COBM 149 – 19, y UGR – COBM 164 – 18, y Revisión a predio No. 05947 del 31 de diciembre de 2017 y No. 06221 del 17 de febrero de 2018

desarrollan en la vereda Manzanares, cuyo objeto es el de analizar si dichas actividades son factores generadores de los procesos de inestabilidad detonados, ello para realizar recomendaciones a los propietarios y a la autoridad municipal.

- En dicha verificación se pudo observar, respecto del estado actual de las rondas que, las franjas forestales protectoras en cercanías de las fuentes hídricas, como las microcuencas de las Quebradas *La Borrera* y *Manzanares* han tenido una importante recuperación con revegetalización natural, lo que indica una recuperación de la zona afectada (segundo deslizamiento), evidenciándose *la no presencia de grietas de tensión, escarpes nuevos, e inexistencia de inclinación de árboles que indiquen un desplazamiento del terreno dentro del área de la afectación*. Sin embargo, también se han ampliado las áreas de cultivos agropecuarios (Café y plátano) en zonas aledañas a las fajas de protección de corrientes hídricas. (Fls. 304-336 C.1).
- Por otro lado la autoridad ambiental, informó que cuenta con información respecto a los propietarios de los predios de la vereda Manzanares, que poseen trámites de de concesión de aguas y permisos de vertimientos, inscripciones de bosques y aprovechamientos forestales, pero no poseen datos específicos sobre usos de suelo y construcciones en el sector. (Fls. 304 – 336 C.1A).
- Adicionalmente, Corpocaldas informó que ha adelantado procesos sancionatorios en materia ambiental por situaciones presentadas en el sector cercano a las microcuencas de las quebradas *Manzanares* y *La Borrera*. (Fls. 304 – 336 C.1A).

3.3.3. Respetto de las capacitaciones a la comunidad:

- El municipio de Manizales, con apoyo técnico del Comité de Cafeteros y de profesionales de Corpocaldas, el 11 de julio de 2018 realizaron capacitación a la comunidad de la Vereda Manzanares, en temas como *conflictos con los usos del suelo y su incidencia en la generación de procesos de remoción en masa, gestión de riesgo y prevención de la erosión*, a la cual también asistió la demandante. (Fls. 321 y ss C.1A)
- De acuerdo con el informe presentado por Corpocaldas el 5 de marzo de 2019, a la fecha la demandante no ha realizado actividades dentro de su predio (el afectado en cuestión) en lo que tiene que ver con la reforestación y la revegetalización del cuerpo del deslizamiento, y tampoco ha pedido apoyo a Corpocaldas para capacitación al respecto, además, el predio se encuentra abandonado. (Fl. 308 C.1A)

3.3.4. Respetto a la situación de riesgo en la vía:

- La Secretaría de Obras Públicas del municipio de Manizales, a través de contratos con el Comité Departamental de Cafeteros ha realizado labores de mantenimiento mecanizado y manual, limpieza de cunetas transversales y canales, y el empleo de los *peones camineros*, en las vías rurales: *El Crucero – Manzanares, Manzanares – El Puente, Manzanares – La Porra, y Cruce Morrogordo – Santa Clara* (fl. 124, C.1).
- De acuerdo con el informe de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo del 29 de noviembre de 2018, tanto la vía de acceso a la vereda Manzanares como la que conduce a la vivienda involucrada (cubierta en placa huellas) se encuentran en buen estado, y no se evidencian rasgos de inestabilidad, tienen manejo de aguas lluvias por canaletas abiertas, y el último tramo de acceso a la vivienda que es un sendero, se encuentra abandonado. (Fl. 32 C.1A).

3.4. Caso Concreto

3.4.1. En cuanto a la existencia de un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de un derecho colectivo:

Se encuentra acreditado que el municipio de Manizales contempla dentro del POT¹³, la gestión del riesgo y las estrategias para atender emergencias, entre las cuales se encuentran, las derivadas de: *Amenaza por movimientos en masa. Amenaza por inundaciones. Amenaza por avenidas torrenciales*.¹⁴. Además, se cuenta con el *Plan Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres del Municipio de Manizales*¹⁵, cuyo objetivo general es «Orientar la implementación de los procesos de la gestión del riesgo de desastres, mejorando el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres, con la participación de todas las entidades públicas, privadas y comunitarias a través de una intervención coordinada y eficiente, para lograr el desarrollo sostenible con transformación, la competitividad, la resiliencia y la protección y mejoramiento de la calidad de vida de la población»¹⁶. En el plano «R-11 AMENAZA POR DESLIZAMIENTO RURAL» contenido dentro de las *cartografías* anexas al POT, se identifica la situación de amenaza en los sectores rurales de jurisdicción del municipio, entre ellos el sector veredal conocido como Manzanares. (CD folio 293 C.1A).

Se demostró que se han presentado dos deslizamientos o FRM, sobre los terrenos adyacentes a la ladera, cerca de la microcuenca hidrográfica Manzanares, ubicada en la vereda Manzanares del municipio de Manizales, tan solo afectaron al predio conocido como *El Porvenir*, en el cual residía la accionante, los cuales fueron consecuencia de:

- Las fuertes temporadas invernales presentadas en el municipio de Manizales, además de la gran influencia del fenómeno geológico multicausal conocido como «*falla cauca-romeral*», la cual condiciona el estado actual de los macizos rocosos presentando un alto fracturamiento, motorización y descomposición lo cual debilita las márgenes, tema y fenómeno geológico que no es nuevo.
- Los malos usos del suelo por parte de los habitantes del predio «*El Porvenir*», que entre otros se encuentra el reemplazo de la vegetación autóctona de la zona por cultivos limpios, así como un **corte antrópico hecho para la ampliación de la vivienda** que le quitó soporte base al talud, haciendo que la zona sea más propensa a presentar desprendimientos de material, tal como se mencionó en el acápite de hechos probados. (folio 75 vuelto C.1)

Como quiera que una de las causas de los deslizamientos de tierra o FRM ha sido el mal uso del suelo por parte de los habitantes del predio «*El Porvenir*», para evitar se produzcan deslizamientos como los ocurridos, y que puedan generar un riesgo a los derechos colectivos de la comunidad, Corpocaldas el 5 de marzo de 2019, (Fl. 308 C.1A) realizó a la actora unas recomendaciones para que proceda a:

- Reforestar las áreas afectadas en su predio, e implemente sistemas de vegetación con especies autóctonas de la región que atenúen la inestabilidad de las laderas en el sector en donde existan cultivos limpios, y se abstenga de reemplazar en grandes proporciones la vegetación por estos cultivos limpios, dando así buen uso al suelo;
- Realizar las obras de construcción de canales y bajantes para el manejo de agua lluvia en la cubierta del inmueble y conducción de estas a una fuente superficial, para

¹³ Acuerdo municipal 0958 de 2017

¹⁴ Capítulo 1.5.2. del Documento Técnico de Soporte General

¹⁵ Adoptado por el Decreto 0415 del 23 de agosto de 2016

¹⁶ contenido en el CD folio 287 del C.1A – explicación por parte del municipio a folio 292, C.1A

disminuir la infiltración de aguas en el terreno, evitando generar inestabilidad.

Ninguno de los dos deslizamientos ocurridos, actualmente genera riesgo o amenaza que comprometa los derechos colectivos de los habitantes del sector o de las viviendas asentadas en la ladera cerca de la microcuenca hidrográfica Manzanares, teniendo en cuenta que:

- *Las franjas forestales protectoras en cercanías de las fuentes hídricas correspondientes a las microcuencas de las Quebradas La Borrera y Manzanares han tenido una importante recuperación con revegetalización natural lo que indica una recuperación de la zona afectada (segundo deslizamiento) evidenciándose la no presencia de grietas de tensión, escarpes nuevos, e inexistencia de inclinación de árboles que indiquen un desplazamiento del terreno dentro del área de la afectación.*
- *El primer deslizamiento se encuentra a una distancia moderada de la vivienda donde no se evidencia procesos remountantes que amenace la estructura de esta.*
- *Que cualitativamente el riesgo en dicha zona es bajo ((Fls. 304 – 336, C.1).*

Se demostró además que, Corpocaldas y el municipio de Manizales han actuado conforme a sus competencias para mitigar, resolver y atender la emergencia efectuadas por las temporadas invernales, han realizado visitas técnicas en el sector, de forma individual y en conjunto, generando informes sobre ellas, de los cuales se destaca que:

- El municipio de Manizales, a través de la Unidad de Gestión del Riesgo, procedió al desalojo (290-291 C1 A) y pago del auxilio de arrendamiento para los habitantes del sector que se han visto afectados con tales medidas (fls. 132-137 C1); así mismo, como es de su competencia, la misma unidad, ha participado en las visitas técnicas y de inspección ocular sobre el sector objeto de análisis (fl. 321 C1 A), realizando entre otras, las recomendaciones técnicas y del manejo del fenómeno que acontece en la zona.
- Corpocaldas respecto a la vereda Manzanares, ha tramitado diferentes permisos de Concesión de Aguas y Vertimientos, inscripciones de bosques y aprovechamientos forestales, y ha adelantado procesos sancionatorios en materia ambiental por situaciones presentadas en dicho sector. (Fls 304 – 336 C.1A).

Respecto de las capacitaciones a la comunidad, se demostró que el municipio, con apoyo técnico del Comité de Cafeteros y de profesionales de Corpocaldas, el 11 de julio de 2018 realizaron capacitación a la comunidad de la vereda Manzanares, en temas como *conflictos con los usos del suelo y su incidencia en la generación de procesos de remoción en masa, gestión de riesgo y prevención de la erosión*.

También se encuentra probado que, las vías de acceso tanto a la vereda como al predio «El Porvenir» que era habitado por la accionante se encuentran en buen estado y no tienen rasgos de inestabilidad, además, no obra prueba que demuestre que los deslizamientos ocurridos afectaron o afectan vías de comunicación interveredal, o alguna vía principal municipal, o en todo caso, que los deslizamientos hayan causado algún tipo de intransitabilidad a lo largo de las vías de dicha vereda, ni de la zona en cuestión, que afecte de manera general a la comunidad.

3.4.2. Conclusión.

De conformidad con lo expuesto, se concluye que, no se acreditó de manera idónea la vulneración actual de los derechos e interés colectivos de la comunidad habitante de la vereda Manzanares del municipio de Manizales – Caldas.

Al respecto, el Consejo De Estado, en sentencia del 26 de marzo de 2019¹⁷ precisó que:

126. *La Sala recuerda que, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 472, en las acciones populares la carga de la prueba le corresponde a la parte actora. [...]*”.

127. *Así las cosas, corresponde al actor popular la carga de acreditar los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda. La omisión en el cumplimiento de la carga procesal trae consigo posibles consecuencias desfavorables, como una sentencia que niegue las pretensiones de la demanda.*

128. *En este sentido, esta Sección, con ponencia del Consejero de Estado doctor Guillermo Vargas Ayala, en sentencia proferida el 13 de noviembre de 2014¹⁸, expresó lo siguiente:*

“[...] Esta consecuencia del obrar omisivo de la parte demandante ya ha sido señalada por la jurisprudencia de esta Sala, como se expresó en Sentencia del 22 de agosto de 2013, en la cual se afirma lo siguiente:

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

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

Sobre la carga de la prueba en acciones populares, la jurisprudencia¹⁹ de esta Sección ha indicado:

*“...la Sala considera importante anotar, que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por la parte actora popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba. **“Dado que los actores no demostraron de ninguna manera el supuesto hecho que generaba la violación de los derechos colectivos (...) confirmará la Sala la sentencia proferida, en primera instancia, por el tribunal de instancia.”***

Con fundamento en lo anterior la procedencia de la acción popular se sujeta a que, de

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez; sentencia del 26 de marzo de 2019. Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00494-01(AP)

¹⁸ Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, Radicación Número: 17001-23-31-000-2012-00327-02(Ap). Actor: Javier Elías Arias Idarraga. Demandado: Municipio De Chinchiná - Caldas; Registraduría Nacional Del Estado Civil.

¹⁹ Sentencia del 30 de junio de 2011, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, expediente 50001-23-31-000-2004-0640-01.

los hechos de la demanda se pueda deducir siquiera sumariamente una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo, requisito este último que requiere que la acción u omisión sea probada por la parte actora, o que del acervo probatorio obrante en el expediente el juez pueda deducir la vulneración del o de los derechos colectivos pues de lo contrario no puede ni podrá dar orden alguna tendiente proteger y normalizar una situación con la expedición de la sentencia producto de la acción popular.”²⁰ (Negrillas por fuera del texto) [...]

129. La carga de la prueba no se invierte de forma caprichosa sino cuando se presentan especiales condiciones que impiden que el interesado la pueda cumplir, como sucede en los eventos en que la parte contraria se encuentra en una posición más favorable para aportar la prueba o, la carga no se puede satisfacer por razones económicas o técnicas.

130. En el caso sub examine, la Sala no encuentra motivos que permitan inferir que se invirtió la carga de la prueba de la necesidad de construcción de un puente peatonal en la avenida sexta con calle 46.

Por lo tanto, siendo que era carga de la parte demandante “...demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones...” tal como lo ha expuesto el Consejo de Estado²¹, no cual no ocurrió, se impone declarar probadas las excepciones de *inexistencia de vulneración de derechos colectivos* formuladas por el departamento de Caldas, *carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos*, formulada por el municipio de Manizales, y la denominada “no existe omisión o acción transgresora de los derechos formulada por Corpocaldas; y en consecuencia se rechazarán las pretensiones de la demandante, sin que resulte necesario resolver los demás problemas jurídicos planteados.

4. Costas.

No habrá condena en costas, por no existir temeridad o mala fe de la parte actora, además de tratarse de un proceso en el cual se ventila un interés público, conforme lo establece el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones de *inexistencia de vulneración de derechos colectivos* formuladas por el departamento de Caldas, *carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos*, formulada por el municipio de Manizales, y la denominada *no existe omisión o acción transgresora de los derechos* formulada por Corpocaldas.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demandante conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

²⁰ Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00779-01(AP), Actor: Luis Carlos Domínguez Prada, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

²¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera CP.: Marco Antonio Velilla Moreno Bogotá, D.C. 30 de junio de 2011 Radicación número: 50001-23-31-000-2004-00640-01(AP)

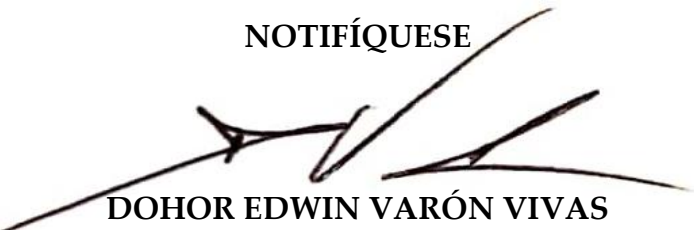
TERCERO: Para los efectos del artículo 80 de la ley 472 de 1998, por la Secretaría del Tribunal, se enviará copia de la demanda, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

CUARTO: Sin costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia archívense las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema SIGLO XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 028 de 2020.

NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado