



Bucaramanga, veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Magistrado Ponente MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO
Radicado 680013333010-2015-00386-01
Medio de control REPARACIÓN DIRECTA
Demandante CARMEN EUNICE JAIMES COTE, MICHAEL GÓMEZ JAIMES, DARWING GÓMEZ JAIMES, ANGIE LISSETH GÓMEZ JAIMES.
(no tiene correo electrónico)
Demandado NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA – DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR DEL EJERCITO NACIONAL – HOSPITAL MILITAR DE BUCARAMANGA.
notificaciones.bucaramanga@mindefensa.gov.co
Asunto SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Tema FALLA MÉDICA

Decide la Sala el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por las partes demandantes CARMEN EUNICE JAIMES COTE, MICHAEL GÓMEZ JAIMES, DARWING GÓMEZ JAIMES, ANGIE LISSETH GÓMEZ JAIMES, contra la sentencia de fecha 18 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. LA DEMANDA

La demanda fue interpuesta mediante apoderado por los señores, **CARMEN EUNICE JAIMES COTE, MICHAEL GÓMEZ JAIMES, DARWING GÓMEZ JAIMES, ANGIE LISSETH GÓMEZ JAIMES** contra el **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA – DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR DEL EJERCITO NACIONAL – HOSPITAL MILITAR DE BUCARAMANGA.**

1. HECHOS

La parte accionante precisa como hechos relevantes de la demanda, verificables a folios 7 a 12 del expediente, los siguientes:

- a. Que el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA prestó sus servicios al Ejército Nacional por lo tanto se encontraba afiliado al subsistema de salud de las Fuerzas Militares.

- b.** Que en el año 2003 el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA fue diagnosticado con Hipertensión Arterial (HTA).
- c.** Que en el año 2011 se le diagnosticó al señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA diabetes mellitus (DM), insuficiencia renal crónica (ERC) e Hipotiroidismo.
- d.** Que en febrero de 2013 el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA empezó la diálisis peritoneal.
- e.** Que a principios del mes de octubre de 2013 el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA además de las mencionadas afecciones a la salud, comenzó a presentar sintomatologías de tos seca, ahogamiento y dificultad respiratoria, por lo que consecuentemente el 8 de octubre del mismo año ingresa por Urgencias a la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL – HOSPITAL MILITAR DE BUCARAMANGA.
- f.** Que el mismo 8 de octubre de 2013 fue diagnosticado el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA con síndrome broncoobstructivo (SBO), y valorado por médico internista, quien después de consignar en la historia clínica que se trataba de un paciente con insuficiencia renal crónica (ERC) en procedimientos de diálisis peritoneal con bronquitis bacteriana, ordenó el internamiento del paciente.
- g.** Que el 10 de octubre, el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA fue valorado por médico general quien determinó continuar con el tratamiento asignado, sin tener el visto bueno del médico especialista en medicina interna.
- h.** Que el 12 de octubre de 2013, el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA es valorado por médico internista quien aumenta la dosis del medicamento METROPLOROL sin explicación y dejando la respectiva consignación en la historia clínica de manera ilegible y con muchas abreviaturas.
- i.** Que el 14 de octubre de 2013, el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA es valorado por médico general quien determinó en la historia clínica que el paciente presentaba mejorías de su cuadro de infección respiratoria y por tal motivo fue dado de alta con tratamiento antibiótico. Decisión que fue rechazada por los familiares del paciente en vista del grave estado de salud del mismo.
- j.** Que ante la presión de los familiares, el médico general plasmó en la historia clínica que se cancelaba la salida del paciente ante la insistencia

de los familiares y se mantenía internado hasta que se diera explicación por parte del médico especialista.

- k. Que el 14 de octubre de 2013, el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA fue valorado por el doctor Raphael Perea quien registro la evolución del paciente en la historia clínica de forma ilegible, además de tener en cuenta para su diagnóstico un electrocardiograma antiguo y no ordenó uno reciente. Posteriormente, se decidió el traslado del paciente a un nivel III o IV de atención.
- l. Que el mismo 14 de octubre de 2013, habiéndose remitido el paciente a la CLÍNICA CHICAMOCHA y a la CLÍNICA METROPOLITANA no se obtuvo respuestas de estas entidades por lo que, se registró nota medica en donde se ordenó el traslado del señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA a urgencias debido a dificultad respiratoria y el dolor precordial.
- m. Que a pesar del grave estado de salud del señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA, el paciente fue trasladado a la CLÍNICA CHICAMOCHA el mismo 14 de octubre de 2013, en donde se consignó, una vez estando internado en dicha entidad, anotación por el médico internista totalmente incongruente con el sentido de la historia clínica y el orden cronológico.
- n. Que el mismo 14 de octubre de 2013, el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA fue valorado por primera vez por el nefrólogo de la clínica chicamocha quien registró que se trataba de un paciente en diálisis peritoneal por nefropatía estadio V, quien presentó un paro cardiaco con EDP y fue remitido a urgencias en recambios por nefropatía hipertensiva enfermedad pulmonar.
- o. Que a las 7:10 pm del 14 de octubre de 2013, el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA presenta hipertensión y bradicardia, se inició tratamiento pero presentó un nuevo episodio de paro cardiaco, que luego de insistentes maniobras de reanimación fallece y se registra su deceso.
- p. Que a pesar de haberse registrado al señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA para utilización de cubículo en la UCI de la clínica chicamocha, desde su ingreso a hasta su muerte nunca estuvo en uno disminuyendo de esta forma las posibilidades de sanación.
- q. Que el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA contrajo matrimonio con la señora CARMEN EUNICE JAIMES COTES, y que tal unión marital

nacieron sus hijos: MICHAEL GÓMEZ JAIMES, DARWING GÓMEZ JAIMES, ANGIE LISSETH GÓMEZ JAIMES.

- r. Que el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA devengaba un sueldo promedio de DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$2'131.973), y que cónyuge dependía económicamente de él.
- s. Que por concepto de gastos fúnebres en que incurrió la familia asciende a CUATRO MILLONES CUARENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS (\$4'045.580).

2. PRETENSIONES

“2.1. DECLARAR administrativamente responsable a la entidad demandada bajo el título de imputación Falla del servicio por el deficiente servicio de salud y actividad hospitalaria prestada al señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA desde el 08 de octubre al 14 de octubre de 2013.

2.2. Que como consecuencia, se CONDENE a la entidad demandada a reconocer y pagar la totalidad de los perjuicios ocasionados a los demandantes, los cuales se enumeran a continuación:

*2.2.1. **PERJUICIOS MORALES:** las siguientes cantidades en salarios mínimos mensuales legales vigentes para los demandantes a saber:*

2.2.1.1. CARMEN EUNICE JAIMES COTE, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2.1.2. MICHAEL GÓMEZ JAIMESBON, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes

2.2.1.3. DARWINGGÓMEZ JAIMES, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes

2.2.1.4. ANGIE LISSETHGÓMEZ JAIMES, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes

TOTAL DE PERJUICIOS MORALES: Cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)

2.2.2. PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE DAÑO EMERGENTE:

Gastos funerarios \$4.045.580

2.2.3. PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE:

Como INGRESOS se tomara el valor del promedio de los tres últimos salarios devengados por el señor HERNANDO GÓMEZ antes de su muerte (agosto, septiembre y octubre). A dicho valor se le aumentara el 25% en virtud del factor prestacional y se le restara el 25% el cual se presume utilizaba el señor HERNANDO GÓMEZ para sus gastos personales. El resultado se actualizara con el índice de Precios al Consumidor y se procederá a realizar los respectivos cálculos. El valor así obtenido será el lucro cesante que deberá ser: entregado a su esposa CARMEN EUNICE JAIMES COTE, quien dependía económicamente de su esposo el señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA

(...)

TOTAL LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: CINCUENTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE (\$50. 890. 833).

(...)

LUCRO CESANTE FUTURO: TRECIENTOS DOCE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS ONCE PESOS M/CTE (\$312.653.411) (fls. 31-32).

2.2.4 PERJUICIOS PERDIDA DE OPORTUNIDAD. Se le reconozca a cada uno de los demandantes la indemnización por este perjuicio, en el monto en que el Juez lo considere justo y proporcional, en razón a lo establecido en el acápite de fundamentos jurídicos.

2.3 DEPRECATORIA ESPECIAL- PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA: Subsidiariamente, solicito al señor juez que al instante de proferir sentencia definitiva de primera instancia, si es menester se de aplicación al principio IURA NOVIT CURIA; viable en asuntos como el presente donde se discute la responsabilidad administrativa del Estado, es decir, que frente a los hechos alegados y probados por las partes corresponde al juez seleccionar la norma aplicable al caso.

2.4. ORDENAR el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 y con los ajustes contemplados en el artículo 187 del CPACA.

2.5 CONDENAR en costas a la entidad demandada.” (FLs. 2-7)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. HOSPITAL MILITAR DE BUCARAMANGA.

A través de apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que las mismas carecen de vocación de prosperidad, toda vez que manifiesta que la entidad demandada prestó pronta y adecuada atención al paciente Hernando Gómez Bautista. Propone como excepción previa i) **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**, atendiendo a que el lapso comprendido desde el deceso del señor Hernando Gómez, momento en que se conoció el hecho generador del daño, hasta la instauración de la demanda, tomando en cuenta tiempo de interrupción por la conciliación extrajudicial, ya habían transcurrido 2 años, por lo tanto, hay lugar a la configuración de la caducidad. A su vez argumentó que no hay lugar a la imputabilidad del daño, como quiera que la atención proporcionada por la entidad demandada fue oportuna y adecuada al estado de salud del paciente, obrando dentro de la *lex artis*. (fls. 101-112).

III. SENTENCIA APELADA

El Juez Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, denegó la totalidad de las pretensiones de la demanda al considerar que en el

caso en concreto El Hospital Militar de Bucaramanga obró diligente y oportunamente quedando desvirtuada la falla en el servicio y el nexo causal que pretendía demostrar la parte demandante, por lo tanto, no se puede predicar de una responsabilidad extracontractual por parte de la entidad demandada. Luego indica, respecto de la pérdida de la oportunidad, que al no tenerse por probada la actuación negligente del Hospital Militar de Bucaramanga, no se puede advertir que del comportamiento de los servidores de la salud se desprenda una frustración a una posibilidad legítima de mejoría para el paciente. (fls. 313 - 321).

IV. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE.

El apoderado judicial de la parte demandante indica dentro del escrito de apelación: i) existió una indebida aplicación e interpretación errónea de normas jurídicas, como quiera que el A quo desconoció lo previsto en las Resoluciones No. 5261 de 1994, 5521 de 2013, 1046 de 2006, y las guías medicas expedidas por el Ministerio de Salud sobre el tratamiento de enfermedades renales crónicas o enfermedades catastróficas. ii) Errónea apreciación de las pruebas, toda vez que para el A quo la muerte del paciente es consecuencia de un evento súbito que no se podía prever ni anticipar, no obstante, la demandante argumentó que ello era una evidente contradicción entre lo probado y lo resuelto, siempre que según las guías medicas proferidas por el Ministerio de Salud existía un protocolo de atención para pacientes con la sintomatología que tuvo el señor Hernando Gómez; iii) existencia de los elementos de la responsabilidad administrativa; finalmente iv) se opone a la condena en costas . (Fls. 326-343).

V. ALEGACIONES

1. PARTE DEMANDADA

1.1. HOSPITAL MILITAR DE BUCARAMANGA

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y aclara que en el ejercicio de atención dado por los profesionales de la salud al paciente Hernando Gómez Bautista, fue acorde a la sintomatología por la cual

ingreso a urgencias, esto es, síndrome broncoobstructivo y no por enfermedad renal crónica. Así mismo, hace hincapié en la prueba testimonial de JAIRO ANTONIO JAIMES y en el Acuerdo 045 de 14 de diciembre de 2010 proferido por el Ministerio de Salud, en cuanto a que con ello se evidencia que los hospitales de nivel 2 y los médicos tratantes fueron y son idóneos y capacitados para atender la situación médica del señor Hernando Gómez, como de cualquier otro paciente con el mismo cuadro clínico. Por tal razón, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia. (Fls.374-380).

1.2. PARTE DEMANDANTE.

Reitera los argumentos contemplados en la demanda y en el recurso de apelación. (Fls.381–405).

1.3. MINISTERIO PÚBLICO.

No rindió concepto de fondo en esta oportunidad.

V. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

1. PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a determinar si hay lugar, o no, a que se declare administrativa y patrimonialmente responsable al HOSPITAL MILITAR DE BUCARAMANGA, por la muerte del señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA (Q.E.P.D.), en virtud de una presunta falla en el servicio médico brindado al paciente. Para resolver el problema planteado se debe determinar si concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad de la entidad condenada, y el consecuente pago de perjuicios a que haya lugar si fuere el caso.

2. EL DAÑO

Para que sea declarada la responsabilidad, es necesario verificar la estructuración de los dos presupuestos de todo juicio de esta naturaleza, es decir, debe demostrarse el daño como primer elemento de responsabilidad, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo, donde se determina la causa eficiente del daño y el fundamento o régimen aplicable. El daño se encuentra definido como un evento que genera una afectación o detrimento a los intereses de una persona, y de forma directa ocasiona una lesión o

perjuicio; no obstante, este concepto ha sido ampliado por la doctrina en el sentido de incluir la función preventiva respecto a las amenazas a las cuales se puedan ver enfrentados los bienes jurídicos.

Así las cosas, está demostrado que el hecho de encontrar probado un daño no implica de forma inmediata una indemnización; es decir, a efectos de que este sea resarcible de conformidad al artículo 90 de la Constitución Política es necesario acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama, los cuales han sido reconocidos por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado¹: i) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura o eventualidad–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y ii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.

Es así como, sólo habrá daño antijurídico al verificarse una alteración negativa fáctica o material frente a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentra catalogado como personal y cierto respecto a quien lo reclama, y que desde la perspectiva formal se considera antijurídico; es decir, que no exista la obligación de soportarlo toda vez que la norma no impone esa carga. De esta forma el daño constituye no sólo el primer elemento en la responsabilidad patrimonial del Estado, sino que indica su carácter imprescindible, pues su inexistencia o falta de prueba torna inoficiosa cualquier labor posterior encaminada a verificar si se encuentra demostrada o no la imputación del daño a la entidad accionada.

Ahora bien, conforme a los elementos de juicio aportados al proceso, se encuentra debidamente acreditada la existencia del daño invocado por los demandantes, consistente en el fallecimiento del señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA (Q.E.P.D.), el cual se evidencia de la siguiente manera:

- Registro Civil de defunción No 08507611 de HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA (Q.E.P.D.) del día 14 de octubre de 2013 (fl. 72).

¹ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera-Subsección C. CP: Enrique Gil Botero. 14 de marzo de 2012. Expediente: 05001232500019942074 01.

De ésta manera, se encuentra probado el fallecimiento del señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA (Q.E.P.D.) como daño acaecido de una presunta falla médica.

3. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La Constitución Política de 1991 en su artículo 90 configura la responsabilidad extracontractual del Estado, al señalar que:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

De lo anterior se tiene que el Estado será responsable patrimonialmente por las acciones legítimas desplegadas en cumplimiento de sus funciones pero cuya actividad ocasione una lesión a una o varias personas que no se encuentren en la obligación de asumir dicha carga, así como de las acciones ilícitas desplegadas por sus agentes. Ahora bien, para analizar la imputación deben tenerse en cuenta las situaciones fácticas y jurídicas, con el fin de determinar la causa eficiente del daño y el fundamento o régimen de responsabilidad aplicable, partiendo de los diferentes títulos de imputación que han sido establecidos en los precedentes jurisprudenciales y doctrinales que se enmarcan en la falla o falta en la prestación del servicio, daño especial y riesgo excepcional.

La primera de las teorías de imputación de responsabilidad del Estado es la subjetiva, que se enfoca en la conducta desplegada por el autor del daño, y en la cual se hace necesaria la presencia de tres elementos: i) la existencia del daño ii) el actuar doloso o culposo del agente y iii) la relación causal o nexo de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto que ocasionó el daño. Por lo tanto, al darse cumplimiento a los anteriores supuestos se encuentra demostrada una responsabilidad, la cual ocasiona unos perjuicios que deben ser indemnizados por parte del Estado a quien sufrió el daño y no se encontraba en el deber de soportar dicha carga impuesta por la administración.

Dentro de esta teoría existen dos modalidades i) Falla probada del servicio: que se constituye por el hecho dañoso generado por la violación de las normas que establecen las obligaciones a cargo del Estado y sus agentes, así como de las funciones especiales que le han sido endilgadas a quienes prestan sus

servicios a la administración por normas especiales o por la Constitución Política de Colombia. Para que se encuentre probada dicha falta o falla del servicio esta debe demostrarse o de lo contrario no serán procedentes la pretensiones de la demanda, de igual forma debe probarse el perjuicio, es decir las lesiones extrapatrimoniales sufridas por la víctima y el menoscabo a su patrimonio; y por último el nexo causal entre la falla y el perjuicio, es decir que entre los anteriores exista un vínculo directo y que no sea posible configurar el daño sin la falla; ii) Falla presunta del servicio: se constituye como un intermedio entre el sistema de falla probada y los regímenes objetivos, pero a diferencia de la falla del servicio es la entidad accionada la que tiene la mayor carga probatoria, por lo cual al demandante sólo le corresponde probar los perjuicios de carácter patrimonial o extrapatrimonial y a la relación entre el hecho de la administración y el perjuicio ocasionado. Siendo necesario ahondar frente al régimen subjetivo de responsabilidad de falla del servicio derivado de la actividad médica.

4. RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

En aquellos casos en los que se controvierte la responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de los daños generados por una actividad medica defectuosa, el H. Consejo de Estado, ha indicado:

“En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños provenientes de la atención médica defectuosa, se ha retornado, como se verá, a la teoría clásica de la falla probada; esta Corporación ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligatorio que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro; en este sentido, se ha sostenido que:

“1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.

(...) “2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se

pretende.

*“La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. **Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como ‘anormalmente deficiente’**”² (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

Ahora bien, para que se configure la existencia de la falla en el servicio médico, y teniendo en cuenta que nos encontramos bajo el régimen de responsabilidad de falla probada, el H. Consejo de Estado menciona:

*“Para que pueda predicarse una falla en la prestación del servicio médico, **es necesario que se demuestre que la atención médica no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance.**”³ (Negrilla fuera de texto)*

Por otra parte, teniendo en cuenta que la responsabilidad extracontractual de la entidad se centra en este caso, en la atención no adecuada de la paciente que derivo en la causación de su fallecimiento, es menester traer a colación la posición reiterada del Consejo de Estado, consistente en que la falla de atención médica oportuna y adecuada, sin nexo con el resultado final, es un daño autónomo pero conexo al fallecimiento, lesión o impedimento en la curación, señalando para tal efecto lo siguiente:

*“12. Ahora bien, como lo ha sostenido la Sala en múltiples oportunidades, **la falta de atención médica oportuna y adecuada, sin nexo con el resultado final por el cual se solicita la declaratoria de responsabilidad de la demandada, como en este caso, la muerte del señor Geremías Romero Arévalo, constituye un daño autónomo que es susceptible de ser indemnizado:***

*...en aquellos casos en los que la parte actora alega que los defectos en la prestación de los servicios médicos, sanitarios y asistenciales causaron la muerte, lesión o pérdida de oportunidad de curación de quien se encontraba bajo su cuidado, somete a la consideración de la jurisdicción dos daños autónomos pero conexos. **En primer lugar, demanda la reparación del daño moral consistente en no haber recibido la atención médica de calidad y, conforme a la lex artis, y, en segundo lugar, reclama por la muerte, detrimento en la salud o impedimento en la curación.** Se trata, como ya se ha dicho, de daños autónomos, tal como lo ha definido la jurisprudencia, que reconoce, por igual, la existencia de un deber de indemnización por la mera deficiencia en la atención – desprovista de consecuencias ulteriores- y la muerte o el daño físico que el paciente no tenía por qué haber soportado o asumido.*

² Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. CP: Marta Nubia Velásquez Rico. 19 de abril de 2018. Rad: 76001-23-31-000-2003-03719-01(44222) acumulado con el 76001-23-000-2004-01899-01

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, CP: Danilo Rojas Betancourth, 13)de julio de 2017, Rad: 54001-23-31-000-1997-13291-01 (40808).

12.1. Al respecto vale la pena recordar que las razones de la procedencia del reconocimiento de la negligencia o mala atención médica como daño autónomo y principal fueron expuestas por la Sala en sentencia de 28 de febrero de 2013:

(...) a pesar de los notables progresos que ha experimentado en los últimos siglos, la medicina no deja de ser un arte que escapa a la completa exactitud y a cualquier pretensión de infalibilidad. Más aún, todo procedimiento médico implica algún grado de riesgo (así en algunos casos pueda ser ínfimo) cuya eventual realización es asumida por los usuarios y expresada mediante un consentimiento informado.

En vista, pues, de que a la práctica médica atañe siempre un cierto componente de inexactitud o si se quiere de alea, no es dable sostener que las obligaciones que las instituciones médicas y asimismo los profesionales de la salud contraen con los pacientes sean de resultado. Por eso, aunque ya se han abandonado unánimemente las posturas que abogan por una total irresponsabilidad del médico frente a los daños sufridos por el paciente, en razón de la inexactitud del arte que practican, **es de común aceptación que las obligaciones a las que se hace mención son de medio.**

Lo anterior significa, básicamente, que el principal derecho del paciente consiste en la atención diligente, de donde se sigue como inconcuso, que el mero “fracaso” del procedimiento médico no constituye una violación de las obligaciones que se adquieren con la prestación, mientras que la sola falla en la atención debida sí se puede considerar lesiva del bien jurídico fundamental de la salud, así de esta no se siga como consecuencia daño adicional. Por lo dicho, se concluye también que en toda reclamación por responsabilidad médica, la negligencia, así no fuere causa del resultado, genera responsabilidad es decir se trata de un daño principal e independiente⁴. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Claro lo anterior, es necesario precisar que tratándose de falla médica por atención no adecuada, o por el fallecimiento, lesiones o impedimento en la curación del paciente, la carga probatoria por título de falla probada del servicio, como es en el presente caso, recae exclusivamente en la parte demandante, quién deberá probar además de la i) ocurrencia del daño, ii) la conducta negligente u omisiva por parte del personal médico, esto es, la no prestación del servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan a su alcance, y iii) el nexo causal entre la conducta y el daño.

5. PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD

La Perdida de Oportunidad es un daño autónomo diferente del daño final que ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia de esta jurisdicción, y se ha entendido como la interrupción o truncamiento de una expectativa legítima que tenía una persona, revistiendo cierto grado de alea, para obtener un beneficio o evitar un perjuicio y que deriva de la intervención u omisión de

⁴ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. CP: Stella Conto Díaz (E). Sentencia del 9 de agosto de 2018. Rad. 85001-23-31-000-2010-00024-01. (43841).

un tercero. En este sentido, el H. Consejo de Estado ha desarrollado este concepto y en sentencia de cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017), Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, se sostuvo que:

“Esta postura jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisa que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió”.

A su turno, para que se configure la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, la jurisprudencia de esta jurisdicción había desarrollado tradicionalmente tres requisitos, es así, que la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010 [exp. 18593] señaló que debía acreditarse: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar.

No obstante, lo anterior, la reciente jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁵ adicionó un nuevo elemento o requisito estructurador de la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo referente a la aleatoriedad o incertidumbre del resultado que se pudo haber obtenido, es decir que ha de existir cierto grado de certeza y cierto grado de incertidumbre sobre la efectiva consecución del beneficio o evasión del perjuicio. En este sentido, precisó el máximo Tribunal de esta jurisdicción:

“[L]a Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones a efectos de reordenar los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad (...) En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Segunda Instancia de fecha 05 de abril de 2017. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706)

evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción”.

Así pues, conforme a lo desarrollado por la jurisprudencia y en lo que refiere a la falla médica, cuando haya un grado de certeza del 100% de que la acción u omisión produjo el daño final (en el presente caso fallecimiento del paciente) no se puede predicar una Perdida de Oportunidad, sino una falla en el servicio médico con nexo causal respecto del daño final. En el mismo sentido argumentativo, cuando se tenga certeza de que la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño final es del 0%, tampoco se puede advertir una pérdida de oportunidad dado que no genera ninguna probabilidad razonable de que la acción y omisión haya ocasionado el daño final. En consecuencia, cuando se calcule razonablemente que el nexo causal entre la acción y omisión y el daño final sea entre 1% al 99% si se puede plantear la existencia una pérdida de la oportunidad en el entendido que si bien la construcción lógica entre la acción u omisión no es tan intensa frente al daño final, si lo es para determinar la cercenación de una expectativa legítima de obtener un beneficio o evitar un menoscabo, siempre y cuando esta se encuentre acreditada.

6. DIFERENCIA ENTRE PERITO Y TESTIGO TÉCNICO.

En materia probatoria, el legislador dispuso en el artículo 218 de la Ley 1437 como medio de prueba el peritaje para aquellos eventos en donde la complejidad de un asunto requiera de la intervención de un experto en su

respectiva ciencia, técnica o arte con el objeto de que éste emita un concepto desde su experticia para aclarar una situación relevante para el proceso judicial.

Ahora bien, para que un peritaje tenga plenos efectos y se considere por el juzgador como una prueba válida existen unos presupuestos para ello. En ese orden de ideas, el H. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600020010021801 (30613), Nov 29 de 2017 planteó once presupuestos para la validez de la prueba pericial:

“Ha dicho la Sala que para que el dictamen pericial pueda tener eficacia probatoria se requiere que: (i) el perito informe de manera razonada lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados sepa de los hechos; (ii) su dictamen sea personal⁶ y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; (iii) que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; (iv) que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; (v) que no se haya probado una objeción por error grave; (vi) que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; (vii) que sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a probar; (viii) que se haya surtido la contradicción; (ix) que no exista retracto del mismo por parte del perito; (x) que otras pruebas no lo desvirtúen y (xi) que sea claro, preciso y detallado, es decir, que dé cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que de los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.” (Subrayado fuera del texto)

Por otra parte, el testigo técnico, como su nombre lo describe es un testigo, es decir, un tercero que presencié los hechos y que con su testimonio se busca el recuento sobre las circunstancias de modo tiempo y lugar sobre los supuestos históricos presenciado por este. Sin embargo, dada su formación este testigo presenta cierto grado de conocimiento en una ciencia, arte o técnica en particular, que para efectos probatorios su conocimiento servirá para entender de manera más completa los hechos presenciados por este. No obstante, al ser naturalmente un testigo, este debe someterse a los

⁶ [12] Devis Echandía, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales*, Editorial ABC, 1984, págs. 339 y ss.

presupuestos, normas y deberes como cualquier otro tercero que declare ante la justicia, de acuerdo con los artículos 208 y siguientes del Código General del Proceso.

Frente a este asunto, el H. Consejo de estado en Auto 50001-23-31-000-2006-00311-01(37061) de 03 de marzo de 2010, Magistrado Ponente MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, se refirió al testigo técnico:

“como aquel que “está en condiciones de efectuar deducciones o inferencias de los hechos objeto del testimonio cuando ellos están relacionados con cuestiones científicas, técnicas o artísticas en las cuales es experto. Por razón de su profesión, oficio o afición” y es precisamente esa experiencia específica la que le permite “efectuar deducciones sobre las causas determinantes de ciertos hechos materia de la litis, que es donde reside la esencia o distintivo básico de ese tipo de testimonio”.

En razón de lo anterior, el rasgo distintivo entre el perito y el testigo técnico radica, según el H. Consejo de Estado en providencia ibídem, en que:

“el testigo técnico no es llamado a declarar sobre aspectos que requieren conocimientos especiales, porque eso encaja en la prueba pericial, sino que quien presenció los hechos tiene con respecto a estos y en razón de su profesión conocimientos que le permiten suministrar una información completa”, que es precisamente la que aclarará aspectos importantes todavía no confirmados.”

En otras palabras, el testigo técnico como cualquier otro testigo debe limitarse a reproducir los hechos que presenció y las circunstancias en que se dieron y de las cuales él tuvo conocimiento, con el valor agregado que le otorga su formación o grado de conocimiento en la ciencia, arte o técnica respectiva, y que puede proporcionar un panorama más concreto y entendible sobre los hechos acaecidos. A su vez, es lógico que no puede emitir opiniones que comprometan su imparcialidad y la objetividad de la narración histórica, como tampoco puede formular juicios científicos, técnicos o artísticos, que son competencia propiamente de un experto, como lo es un perito.

Finalmente, vale precisar lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia T-274 de 2012 donde establece diferencias concretas sobre los dos medios de prueba referidos. A saber, sostuvo el máximo Tribunal Constitucional:

“i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos, pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quien lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso. En efecto, a los peritos no les consta la situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. Esto es precisamente lo que diferencia el dictamen pericial del testimonio técnico, porque mientras en el segundo se han percibido los hechos, el primero resulta ajeno a ellos; iii) es un concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que deben ser terceros ajenos a la contienda; iv) se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es una manifestación de conocimientos espontánea ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes; v) ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente y, vi) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción por la contraparte (subrayado fuera del texto)

Las anteriores precisiones cobran relevancia al realizar el análisis probatorio del testigo técnico JAIRO ANTONIO JAIMES COTE.

7. HECHOS PROBADOS.

Luego de analizar el material probatorio que obra en el expediente, la Sala tiene como hechos probados los siguientes:

- a) Sobre la Historia Clínica (Fls 30-69) y la transcripción de la misma (Fls 120-139):
 - El señor Hernando Gómez Bautista ingresó por urgencias el día 08 de octubre de 2013 al Hospital Militar de Bucaramanga.
 - En la historia clínica se consignó que el señor Hernando Gómez Bautista ingresó por urgencias al Hospital Militar de Bucaramanga por una bronquitis bacteriana, con antecedentes de Hipertensión (HTA), enfermedad renal crónica (ERC) en diálisis peritoneal, diabetes mellitus (DM).
 - El señor Hernando Gómez fue atendido por el médico de turno y por el médico especialista quienes dieron tratamiento a la bronquitis bacteriana suministrando el respectivo tratamiento, de

acuerdo con la sintomatología y el cuadro clínico por el que ingreso el paciente

- Que el paciente fue dado de alta el día 14 de octubre de 2013 por haber sido exitoso el tratamiento de bronquitis bacteriana, siendo posible continuar su tratamiento desde casa mediante antibióticos.
 - Que ante la negativa de los familiares del paciente, se negó la salida del señor Hernando Gómez y en su lugar se mantuvo internado en el hospital.
 - Que mediante orden del 14 de octubre de 2013 se dispuso el traslado del señor Hernando Gómez a un centro de atención de mayor nivel, esto es, la clínica chicamocha debido a inconvenientes en su estado de salud. No obstante, sufre una parada cardiaca y comienza el proceso de reanimación. Posteriormente, pese a la demora en la respuesta, el paciente fue trasladado a urgencias en condiciones estables.
 - Que las condiciones en que llegó el paciente fueron: deterioro de su estado general, post reanimación, con dolor en el miembro superior izquierdo.
 - Posteriormente a la remisión a la clínica chicamocha, el señor Hernando Gómez sufrió cuadro coronario agudo, paro cardiorrespiratorio, y se inició, maniobras de reanimación sin éxito.
 - Que la causa del deceso de Hernando Gómez Bautista fue: muerte cardiaca súbita.
- b) Deceso del señor Hernando Gómez Bautista, como consta en el acta de defunción No 08507611 del 14 de octubre de 2013. (fl 172)
- c) Mediante testimonio técnico practicado al señor JAIRO ANTONIO JAIMES COTE, medico auditor de la clínica chicamocha, la Sala encuentra que las valoraciones científicas y conclusiones que emitió no son competencia de un testigo técnico, sino de un perito. En razón de ello, el Despacho advierte que las declaraciones realizadas por el señor JAMES COTE no cumplen con los presupuestos expuestos en la parte considerativa de esta providencia para calificarse como prueba pericial en vista de que: i) no se acreditó su

idoneidad como verdadero experto para el desempeño del cargo como quiera que no fue solicitado como perito para tales efectos.; ii) La imparcialidad no se encuentra despojada de toda duda debido a su afinidad con el fallecido y la parte demandante pese a que no se tachó de parcial; iii) no existió de por medio un dictamen debidamente fundamentado cuyas conclusiones fueran claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; iv) lógicamente al no existir prueba pericial, ni dictamen que soportara a la misma no se puede predicar que existió la contradicción propiamente de un peritaje, sino que se realizó fue un interrogatorio y conainterrogatorio de un testigo; vi) no fue claro, preciso y detallado, es decir, no dio cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, ni de los fundamentos técnicos, científicos o artísticos por los cuales arribó a sus las conclusiones.

En tal sentido, la Sala tomara la declaración de JAIRO ANTONIO JAIMES COTE como la de un testigo técnico tal y como fue decretado al interior del proceso, esto es, aceptar la narración histórica de los hechos y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon a los mismos, tomando en consideración su formación académica y grado de conocimiento científico para obtener un panorama más concreto. En ese orden de ideas, se destaca del testimonio lo siguiente:

- Que el médico internista es idóneo para conocer y tratar el cuadro coronario, tanto del señor Hernando Gómez Bautista como cualquier otro paciente en las mismas condiciones que él.
- Que al señor Hernando Gómez Bautista se le realizó. el manejo que se le da los pacientes con principios o sospechas de síndrome coronario.
- Que durante su estadía desde el 8 de octubre hasta el 14 del mismo mes del año 2013 el paciente fue atendido por el médico internista, pero no por un nefrólogo.
- Dado los antecedentes de HTA, ERC, y DM las probabilidades de un cuadro coronario agudo eran altas aun

con posterioridad al tratamiento adelantado por el Hospital Militar de Bucaramanga.

8. CASO CONCRETO

Los familiares del señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA (Q.E.P.D.), mediante apoderado judicial solicitaron declarar administrativa y patrimonialmente responsable al HOSPITAL MILITAR DE BUCARAMANGA, por falla del servicio que ocasionó la muerte del paciente HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA (Q.E.P.D.), y, en consecuencia, se condenara a las entidades a indemnizar los perjuicios causados.

Frente a lo expuesto, el A quo denegó las pretensiones de la demanda al considerar que en el caso en concreto el Hospital Militar de Bucaramanga obró oportuna y diligentemente, indicando que no pudo probarse la omisión del demandada en la no prestación diligente del servicio médico frente al cuadro coronario agudo que sufrió el señor Hernando Gómez, que desembocó en la muerte cardiaca súbita. Sostiene que, el tratamiento fue adecuado y presentado oportunamente para tratar dicho cuadro clínico y que tanto la entidad demandada como los médicos tratantes, especialmente el médico internista, eran idóneos para atender al paciente en las condiciones previas y actuales en que se encontraba al momento de ingresar por urgencias al Hospital Militar de Bucaramanga.

Inconforme con la decisión proferida, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación manifestando, i) existió una indebida aplicación e interpretación errónea de normas jurídicas, como quiera que el A quo desconoció lo previsto en las Resoluciones No. 5261 de 1994, 5521 de 2013, 1046 de 2006, y las guías medicas expedidas por el Ministerio de Salud sobre el tratamiento de enfermedades renales crónicas o enfermedades catastróficas. ii) Errónea apreciación de las pruebas, toda vez que para el A quo la muerte del paciente es consecuencia de un evento súbito que no se podía prever ni anticipar, no obstante, la demandante argumentó que ello era una evidente contradicción entre lo probado y lo resuelto, siempre que según las guías medicas proferidas por el Ministerio de Salud existía un protocolo de atención para pacientes con la sintomatología que tuvo el señor Hernando Gómez; iii) existencia de los elementos de la responsabilidad administrativa.

En ese orden de ideas, se estudiarán los cargos de apelación presentada por los demandantes, para lo cual se deberá establecer si El HOSPITAL MILITAR DE BUCARAMANGA, es responsable administrativa y patrimonialmente por la muerte del señor HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA. (Q.E.P.D.), en virtud de la atención por el servicio médico brindado a la paciente.

8.1. ANÁLISIS DE LA IMPUTABILIDAD DEL DAÑO POR FALLA EN EL SERVICIO ATRIBUIDO AL HOSPITAL MILITAR DE BUCARAMANGA.

Conforme a la Historia Clínica de HERNANDO GÓMEZ BAUTISTA del Hospital Militar de Bucaramanga (fls. 30-68), se encuentra probado que el paciente ingresó por primera vez a la institución referida, el 08 de octubre de 2013, por un cuadro clínico de bronquitis bacteriana que conforme al plan de tratamiento requería la hospitalización del paciente. A su vez se consigna, que el paciente acude al centro hospitalario con antecedentes de: enfermedad renal crónica (ERC) en diálisis, Hipertensión (HTA) y diabetes mellitus (DM), patologías que con anterioridad se habían diagnosticado y se encontraban en tratamiento al momento del ingreso. El mismo día se inicia el plan de tratamiento del paciente con bronquitis bacteriana, atendiendo a los antecedentes patológicos

Seguidamente el día 09 de octubre de 2013, tras la terapia respiratoria establecida el día anterior, en la evolución medica se plasmó: *“paciente con evolución estable (...) Plan continuar iguales las ordenes medicas”*. El 10 de octubre de 2013, luego de realizar la evaluación médica y ordenar terapias respiratorias, se consigna nuevamente en la historia clínica que el paciente se encuentra: *“buen estado general (...) A: paciente con evolución clínica satisfactoria, se continua igual manejo. Plan: continuar igual tratamiento”*. Hasta este momento el señor Hernando Gómez Bautista había respondido gratamente al tratamiento asignado por el médico internista.

Posteriormente el día 11 de octubre de 2013, en la evaluación sobre la evolución médica, se consigna en la historia clínica que el paciente: *“con bronquitis aguda con buena respuesta al tratamiento médico aun con roncus a la auscultación y con HTA de difícil manejo con taquicardia por lo cual se inicia manejo con beta bloqueador.”* En la anterior consigna la Sala evidencia

que el señor Hernando Gómez Bautista presentaba una respuesta progresiva y positiva al tratamiento médico efectuado hasta el momento, y que una vez detectada la reacción por la hipertensión y taquicardia, se procedió a realizar el tratamiento adecuado a las condiciones de salud de paciente a fin de seguir con la mejoría del mismo.

Al día siguiente, 12 de octubre de 2013, se evidencia que la evolución del paciente es constante y que reacciona positivamente al tratamiento aun con la observación de sus antecedentes patológicos. Subsiguientemente, el día 13 de octubre de 2013 las condiciones del paciente atienden a la recuperación satisfactoria, no obstante, se ordena aumentar la dosis de Metropolol dadas la sintomatología que presentó el señor Hernando Gómez, pero se mantiene estable.

Finalmente, el día 14 de octubre de 2013, se señala en la historia clínica del paciente: *“paciente con diagnóstico de ERC estadio IV en diálisis peritoneal, HTA crónica actualmente controlada, bronquitis bacteriana (...) paciente en adecuadas condiciones generales (...) A: paciente con mejoría de su cuadro de infección respiratoria se da de alta con tratamiento antibiótico”* por lo que se entiende para la Sala que el cuadro clínico por el que había entrado la primera vez el señor Hernando Gómez Bautista, esto es, bronquitis bacteriana, había sido tratada exitosamente, al punto de poder continuar su tratamiento antibiótico ambulatoriamente. No obstante lo anterior, ante la negativa de la familia de su salida, se mantiene internado el paciente.

Contiguamente, el señor Hernando Gómez presenta síndrome coronario agudo por lo cual se inicia el protocolo de atención y se decide hacer remisión a la clínica metropolitana o chicamocha, ambas entidades con nivel III-IV. A las 2:35 pm se traslada el paciente a urgencias e inicia maniobras de reanimación que llevaban exitosamente, se estabiliza y se remite al señor Gómez Bautista a la clínica chicamocha.

Una vez arriba el señor Hernando Gómez a la clínica chicamocha se consigna sobre su ingreso:

“REMITIDO POST REANIMACIÓN (...) PACIENTE QUIEN ESTA EN MANEJO HX HACE 6 DIAS CON DX DE EPOC EXACERBADO QUIEN PRESENTA AL DIA DE HOY PRESENTANDO DETERIORO DE SU ESTADO GENERAL REFIERE QUE EN LA MAÑANA PRESENTDO DOLOR EN MIEMBRO SUPERIOR IZQUIERDO QUE NO SE IRRADIA OTRA SINTOMATOLOGÍA, REFIERE POSTERIORMENTE PRESENTA PARO CARDIO RESPIRATORIO QUE REQUIERE MANIOBRAS DE REANIMACIÓN APROXIMANDAMENTE 15 MINUTOS DE DURACIÓN SE LE APLICA DOSIS DE ADRENALINA 4 DOSIS INGRESA CON INTUBACIÓN OROTRAQUEALO EN MAL ESTADO GENERAL”

Momentos después, a las 7:10 pm el paciente presenta falla cardiaca y fallece por muerte cardiaca súbita.

Por su parte, el testimonio técnico de JAIRO ANTONIO JAMES COTE, permite concluir que: Que el médico internista era idóneo para conocer y tratar el cuadro coronario, tanto del señor Hernando Gómez Bautista como cualquier otro paciente en las mismas condiciones que él; que pese a poseer como antecedentes Hipertensión (HTA), enfermedad renal crónica (ERC) en diálisis peritoneal, diabetes mellitus (DM), estos ya habían sido diagnosticados y tratados con anterioridad al ingreso del paciente, luego el campo de diagnóstico y tratamiento de los profesionales de la salud se restringía a la bronquitis bacteriana, lógicamente sin ignorar las enfermedades de base; y dado los antecedentes de HTA, ERC, y DM las probabilidades de un cuadro coronario agudo eran altas aun con anterioridad al tratamiento adelantado por el Hospital Militar de Bucaramanga.

Ahora bien, conforme lo expuesto en precedencia concluye esta Sala de Decisión que la carga de la prueba para desvirtuar las actuaciones realizadas por la entidad demandada y el personal médico correspondía a la parte demandante, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia. No obstante, durante el proceso bajo ningún medio probatorio se logró demostrar que el Hospital Militar Regional de Bucaramanga y el personal médico hubiera obrado en forma desacertada, tardía o negligente desatendiendo la lex artis; y contrario a lo sostenido por la parte demandante, las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de la efectividad de la atención medica brindada al señor Hernando Gómez frente a cuadro de

bronquitis bacteriana que motivó su ingreso en la entidad hospitalaria e incluso de frente a los problemas cardiacos que presentó con posterioridad.

Ahora bien, frente al cargo del apelante respecto de la inobservancia las resoluciones No. 5261 de 1994, 5521 de 2013, 001043 de 2006 proferidas por el Ministerio de Salud, encuentra la Sala que en ellas no se contempla en ninguno de esos documentos que por el hecho que el paciente posea una enfermedad de base, puntualmente, una enfermedad renal crónica (ERC) que ya fue diagnosticada y se encontraba en tratamiento sea motivo exclusivo para trasladarlo a una unidad hospitalaria de mayor nivel de atención, como tampoco se evidencia que exista un tratamiento específico de una persona con enfermedad de base no relacionada con la enfermedad de ingreso en donde se concluya que dadas estas circunstancias el paciente deba ser remitido a un nivel más alto de atención. Finalmente concluye esta Sala, que de los mencionados documentos, los articulo 16 y 17 de la resolución 5261 de 1994, de insistencia por parte del demandante, solo se contempla el hecho de que una enfermedad renal crónica (ERC) es una enfermedad de alto costo o catastrófica sin que se especifique que esta sea una condición que requiera atención de mayor nivel, máxime si se tiene en cuenta que no fue esta la enfermedad que motivo el ingreso del paciente a la entidad hospitalaria, como lo explicó el Juzgado de primera instancia.

En consecuencia, esta Sala encuentra que no se logró demostrar dentro del proceso la falla médica del Hospital Militar de Bucaramanga respecto de la atención médica ofrecida al señor Hernando Gómez Bautista, como quiera que el procedimiento y tratamiento llevado a cabo por el médico general y el internista fueron oportunos y adecuados, dentro de las condiciones en que se presentó el paciente. Por tal motivo, se entiende despachado desfavorablemente el cargo de imputación de responsabilidad administrativa por falla del servicio.

9. PERDIDA DE OPORTUNIDAD

Señaló la parte demandante en el recurso de alzada que con ocasión a la falla del servicio prestada por el Hospital Militar de Bucaramanga, las expectativas

de supervivencia del señor Hernando Gómez Bautista se vieron truncadas ilegítimamente, por lo tanto, debe ser declarada la entidad demandada como responsable extracontractualmente por la pérdida de oportunidad de ser mejor atendido el paciente si se hubiera remitido a tiempo a otra unidad hospitalaria de mayor nivel.

Sobre este aspecto ha de precisarse que como se sostuvo anteriormente, conforme a lo desarrollado por la jurisprudencia y en lo que refiere a la falla médica, cuando haya un grado de certeza del 100% de que la acción u omisión produjo el daño final (en el presente caso fallecimiento del paciente) no se puede predicar una Perdida de Oportunidad, sino una falla en el servicio médico con nexo causal respecto del daño final. En el mismo sentido argumentativo, cuando se tenga certeza de que la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño final es del 0%, tampoco se puede advertir una pérdida de oportunidad dado que no genera ninguna probabilidad razonable de que la acción y omisión haya ocasionado el daño final.

En ese orden de ideas, Reitera la Sala que bajo ningún medio probatorio se logró evidenciar negligencia alguna por parte de los profesionales de la salud del Hospital Militar de Bucaramanga, y con ello no es posible siquiera endilgar un grado de causalidad entre el actuar médico y el fallecimiento del señor Hernando Gómez Bautista. En el mismo entendido, respecto del traslado del paciente a otra sede de atención medica de mayor nivel, la Sala encuentra que el médico internista al notar las alteraciones a la salud del señor Hernando Gómez procede a remitirlo a la clínica chicamocha o metropolitana, no obstante, la demora en la respuesta de las otras entidades de salud no es imputable como negligencia al profesional de la salud o al Hospital Militar de Bucaramanga toda vez que ello escapa de su competencia. En consecuencia, no es posible predicar una pérdida de oportunidad cuando no existe falla en el servicio.

10. CONDENAS EN COSTAS

Indica la parte demandante que no se encuentra de acuerdo con la condena en costas y agencias en derecho determinada por el A quo. En este sentido, advierte la Sala que de conformidad con el artículo 188 del Código de

procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, es procedente condenar en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, por lo que se mantendrá la condena en costas de primera instancia.

En cuanto a la condena en costas de segunda instancia dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, y en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante y en favor de la demandada, teniendo en cuenta que se confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia. Las costas serán liquidadas por el juez de primera instancia de conformidad con el artículo 366 del código general del proceso.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE en su totalidad la sentencia del 18 de mayo de 2017 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas de segunda instancia al recurrente, de acuerdo con lo señalado en las consideraciones.

TERCERO: DEUÉLVASE el expediente al juzgado de origen una vez ejecutoriada esta providencia y previas constancias de rigor en el sistema justicia siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Aprobado en Sala de Decisión Virtual, Acta No.63/2020

(Aprobado y adoptado por medio electrónico)
MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO
Magistrado

(Aprobado y adoptado por medio electrónico)
SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR
Magistrada

(Aprobado y adoptado por medio electrónico)
RAFAEL GUTIÉRREZ SOLANO
Magistrado



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

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Magistrado Ponente MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO
Radicado 680013333001-2016-00079-01
Medio de control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante BLANCA RUBY CAPERA PERDOMO
(no tiene correo electrónico)
Demandado NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA
notificaciones.bucaramanga@mindefensa.gov.co
Asunto SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Tema REAJUSTE PENSION IPC – PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA – DECRETO 1214 DE 1990

Decide la Sala el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 20 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. LA DEMANDA

La demanda fue interpuesta mediante apoderado por la señora **BLANCA RUBY CAPERA PERDOMO** en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**.

1. HECHOS

La parte accionante precisa como hechos relevantes de la demanda, verificables a folios 13-16 del expediente, los siguientes:

- a. Que mediante Resolución No. 2602 del 17 de septiembre de 2008 se reconoció a la señora BLANCA RUBY CAPERA PERDOMO pensión mensual de jubilación en los términos del Decreto 1214 de 1990.
- b. Que de conformidad con el Ley 238 de 1995 el accionante debió recibir aumento en la asignación de retiro con base en el índice de precios al consumidor.
- c. Que mediante derecho de petición radicado el 17 de octubre de 2015 solicitó a la entidad demandada el pago del reajuste y reliquidación de la pensión de la demandante conforme a IPC.

- d. Mediante oficio No. OFI11-83274 MDSGDVBSGPS del 17 de octubre de 2015, la demandada negó lo solicitado por la demandante, agotándose así la actuación administrativa.

2. PRETENSIONES

“PRIMERA: Que se declare la NULIDAD del ACTO ADMINISTRATIVO reproducido en el oficio No. OFI11-83274 MDSGDVBSGPS – calendado el 17 de octubre de 2015, escrito que fue dirigido a mi Poderdante señora BLANCA RUBY CAPERA PERDOMO, y suscrito por la coronel MARÍA STELLA CALDERÓN CORZO, Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales de MINDEFENSA, NEGANDO EL REAJUSTE DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN; como respuesta al DERECHO DE PETICION incoado por mi Mandante, en donde solicito en su petición única: se sirvan REAJUSTARME A PARTIR DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL y como consecuencia AJUSTAR LAS MESADAS POSTERIORES contadas a partir del 17- de SEP del año 2008 y inclusive; petición que fue radicada ante la entidad demandada en la fecha 17 de OCT de 2015.

SEGUNDA: Que con fundamento en la declaración anterior y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se CONDENE a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, A RECONOCER, RELIQUIDAR, AJUSTAR Y PAGAR LOS PORCENTAJES E INCREMENTOS DEJADOS DE PAGAR A PARTIR DE SU PRIMERA MESADA PENSIONAL, que actualmente viene devengando el dicho MINISTERIO, mi Poderdante señora BLANCA RUBY CAPERA PERDOMO, y a INCLUIRLO EN NÓNIMA CON EL VALOR ACTUALIZADO DE LA PENSIÓN, conforme lo ordenan la siguiente normatividad: 1) LEY 100 DE 1993 ARTÍCULO 14; 2) LEY 100 DE 1993 ARTÍCULO 142; 3) LEY 100 DE 1993 ARTÍCULO 279; 4) LEY 238 DE 1995 ARTÍCULO 1; 5) LEY 6 DE 1992 ARTÍCULO 116; 6) DECRETO REGLAMENTARIO 2108 DE 1992 ARTÍCULO 1; 7) LEY 4 DE 1992 ARTICULO 1; 8) DECRETO REGLAMENTARIO 2027 DE 1997 ARTICULO 1; 9) DECRETO 122 DE 1997 ARTICULO 9; 10) LEY 445 DE 1998 ARTICULO 1.

TERCERA: Que como consecuencia de la NULIDAD IMPETRADA y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se CONDENE a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a REAJUSTAR LA PENSION DE JUBILACION en los porcentajes e incrementos a partir del 17- de SEP del año 2008 y ajustar LAS MESADAS PENSIONALES SUBSIGUIENTES PAGADA EN LOS AÑOS POSTERIORES, al señora (SIC) BLANCA RUBY CAPERA PERDOMO conforme LO ORDENAN LAS DISPOSICIONES (SIC) TAXATIVAMENTE SEÑALADA EN LA PRETENCION (SIC) NUMERO DOS de la presente demanda.

CUARTA: Que las CONDENAS que solicitan, SE LES DE CUMPLIMIENTO DENTRO DEL TERMINO ESTABLECIDO en el Artículo 192 inciso 1 de la Ley 1437 de 2011 y la efectividad de las mismas, se cumpla conforme a los establecidos en el Artículo 195 de la ley 1437 de 2011.

QUINTA: Que una vez vencido el termino de los diez (10) meses de que trata el inciso 2 de Artículo 192 de la ley 1437 de 2011, o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral 3 del Artículo 195 de esta misma ley, lo que ocurra primero, sin que la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, haya efectuado el pago efectivo de la condena a favor de mi prohijado, se le reconozca y pague a su favor, INTERESES MORATORIOS a la TASA MAXIMA, certificados por la Superintendencia Financiera.

SEXTA: Que se sirva EFECTUAR LA RESPECTIVA INDEXACION desde el 1 de enero del año 1990 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la respectiva sentencia, CONFORME A LO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 48 DE NUESTRA CARGA MAGNA, en su inciso 5 que dice “la ley definirá los medio para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

SEPTIMA: Que se condene en COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL (ART. 188 ley 1437/2011)” (fls. 10-13)

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Invoca como normas violadas los artículos 1, 2, 13, 23, 25, 48, 53, 58, 90, 229 y 230 de la Constitución Política; artículos 14, 142 y 279 de la Ley 100 de 1993, la Ley 238 de 1995; el artículo 2 literal b) de la Ley 4 de 1992 y el artículo 138 del CPACA. Como concepto de violación indica que la demandada desconoció lo estipulado en la Ley 238 de 1995, al señalar que no se pueden hacer aumentos superiores a los establecidos por el legislador, ignorando que fue el mismo legislador quien cambió las reglas para reajustar las pensiones del personal retirado. De igual forma, manifiesta que teniendo en cuenta el Decreto 1214 de 1990 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la aplicación del índice de precios al consumidor para reajustar la asignación de retiro/pensión es legalmente válida por cuanto la Ley 238 de 1995 lo permite. Finalmente expone que se ha vulnerado el derecho a la igualdad, toda vez que al igual que los pensionados del régimen general, el personal pensionado de la Fuerza Pública y el regulado por el Decreto 1214 de 1990 también tiene derecho a que se les aplique lo dispuesto en la Ley 238 de 1995. (fls. 17-19)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada se opone a las pretensiones de la demanda señalando que es deber legal del Ministerio de Defensa, acatar el contenido normativo del artículo 118 del Decreto 1214 de 1990, en el cual se observa que no contempla expresamente la aplicación del índice de precios al consumidor al reajuste de las pensiones del personal civil del Ministerio de Defensa y por el contrario se determina que el reajuste será determinado por el porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. En este sentido propone como excepciones i) *EL INCREMENTO DE LA PENSION DE VEJEZ TENIENDO EN CUENTA LOS PORCENTAJES DEL IPC NO ES PROCEDENTE*, argumentando que el artículo 118 establece expresamente que el reajuste de las pensiones del personal civil del Ministerio de Defensa será determinado por el porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual; ii) *DE LA NATURALEZA ESPECIAL DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL REGIMEN PRESTACIONAL DE LA FUERZA PUBLICA*, sosteniendo que el régimen prestacional de la fuerza pública es un régimen especial y no puede ser regulado por una ley ordinaria como la ley 100 de 1993; iii) *PRESCRIPCION*

DE LAS MESADAS PENSIONALES, solicitando que en caso de acceder a las pretensiones de la demanda se declare la prescripción de las mesadas afectadas del fenómeno de prescripción cuatrienal de que trata el artículo 174 del Decreto 1214 de 1990 (fls. 38-49)

III. SENTENCIA APELADA

El Juez Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga denegó las pretensiones de la demanda por considerar que los ajustes hechos a la pensión de la demandante conforme al incremento decretado por el Gobierno Nacional, fueron realizados en igual porcentaje que la variación del IPC para cada uno de los años, razón por la cual consideró que no había lugar a la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado.

Finalmente resolvió condenar en costas a la parte demandante. (fls. 98-103)

IV. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

El apoderado de la parte demandante solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda por considerar que conforme se demostró en el proceso y se sostuvo en la sentencia apelada, el reajuste de la pensión de la demandante realizado por el Gobierno Nacional para el año 2016 correspondió a un 7,0% mientras que para el mismo año, la variación del IPC correspondió a un 7,1% lo cual significa que falta incrementar en 0,1% la pensión de la demandante en adelante, toda vez que dicho incremento da valor a las mesadas subsiguientes. (fls. 107-114).

V. ALEGACIONES

1. PARTE DEMANDANTE

No presentó alegatos de conclusión en esta instancia

2. PARTE DEMANDADA

Solicita se confirme la sentencia de primera instancia reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. (fls. 132-137)

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto de fondo en esta instancia.

VI. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, el problema

jurídico en esta instancia se contrae a determinar si es procedente o no, realizar el reajuste de la pensión de la señora BLANCA RUBY CAPERA PERDOMO, con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el aumento porcentual conforme al Índice de Precios al Consumidor – IPC del año inmediatamente anterior.

2. MARCO NORMATIVO Y SU APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

Con el fin de determinar si es procedente reajustar la asignación de retiro del accionante con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC), es necesario determinar en primer término la normativa que regula la situación fáctica particular de la demandante. Así pues, se tiene que el Decreto 1214 de 1990 por medio del cual se establece Estatuto y el Régimen Prestacional del Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional regula en su artículo 118 la forma en que se reajustara la pensión del personal objeto del mismo. En este sentido, el referido artículo establece:

*“ARTICULO 118. Reajuste de pensiones. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y por aportes y las que se otorguen a los beneficiarios de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional conforme a este Estatuto, **serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual**”.*

Por otra parte, la Ley 100 de 1933 mediante la cual se crea el sistema de seguridad social integral establece en su artículo 14 en mecanismo de reajuste pensional en los siguientes términos:

*“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.”*

Ahora bien, en un primer término el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su aplicación al siguiente grupo de servidores del Estado:

- “a) Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.*
- b) Personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción del que se vincule a partir de la vigencia de la ley.*
- c) Miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*
- d) Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*
- e) Trabajadores de empresas que a la vigencia de la ley estuvieran en concordato preventivo y obligatorio, y*
- f) Servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ni sus pensionados, excepción hecha de quienes se vinculen por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, bajo las condiciones allí previstas.”*

Por consiguiente, no existe la menor duda en el sentido de que bajo los mandatos del artículo original 279 de la Ley 100 de 1993, los pensionados pertenecientes al personal regido por el Decreto 1214 de 1990 no eran acreedores del reajuste de sus pensiones como lo dispone el artículo 14 de aquella, vale decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, sino como lo disponía el Decreto 1214 de 1990, o sea mediante el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

No obstante, la Ley 238 de 1995, adicionó el 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.” (Negrilla de la Sala).

Lo anterior significa que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última.

Vale mencionar que sobre este tema la Sección Segunda del H. Consejo de Estado ha llegado a iguales conclusiones y dicha postura ha sido sostenida de manera pacífica al interior de esa Corporación. La referida interpretación jurisprudencial fue sentada inicialmente en sentencia del 17 de mayo de 2007,

Consejero Ponente: Jaime Moreno García, Número Interno: 8464-05 donde se señaló:

“(…) a partir de la vigencia de la ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem.

(…)

Por consiguiente, tratase aquí, entonces, del enfrentamiento de las previsiones de una ley marco (4ª de 1992) y de una ley ordinaria (238 de 1995) modificatoria de la ley que creó el Sistema de Seguridad Social Integral (ley 100 de 1993), que según la Caja demandada no podría “interpretarse la segunda en contravención” de la primera.

*Para comenzar no se trataría simplemente de la “interpretación” de la ley 238, sino de su **aplicación**, porque le creó a partir de su vigencia el derecho al grupo de pensionados de los sectores arriba relacionados, entre ellos a los pensionados de la Fuerza Pública, el derecho al reajuste de sus pensiones de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor y a la mesada 14.*

*Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y **más favorable**, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera **incompatible** con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.*

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A.”

En estos términos y de conformidad con lo expuesto por el H. Consejo de Estado, habrá de reajustarse la asignación de retiro / pensión con base en el Índice de Precios al Consumidor del año (IPC) inmediatamente anterior según lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, cuando este resulte más favorable.

En ese orden de ideas, se procederá a efectuar el análisis de la situación

fáctica de este caso, con el fin de determinar si es procedente reajustar la pensión de la parte demandante.

3. DEL CASO CONCRETO

Solicita la demandante BLANCA RUBY CAPERA PERDOMO la nulidad del Oficio No. OFI11-83274 MDSGDVBSGPS del 17 de octubre de 2015, mediante el cual se le negó el reajuste y la reliquidación de la pensión de la demandante en los términos del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Como consecuencia de la anterior decisión, afirma que está siendo excluida de la aplicación del reajuste de la pensión teniendo en cuenta el IPC certificado por el DANE, tal y como se encuentra determinado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Revisado el material probatorio que obra en el proceso, se encuentra demostrado que la Nación – Ministerio de Defensa mediante Resolución No. 2602 del 17 de septiembre de 2008 se reconoció a la señora BLANCA RUBY CAPERA PERDOMO pensión mensual de jubilación en los términos del Decreto 1214 de 1990. (Fls. 6-8)

Conforme a lo anterior y atendiendo al marco normativo y jurisprudencial analizado en esta providencia, así como a los supuestos facticos del caso bajo estudio, considera esta Sala que es procedente el reajuste y reliquidación de la pensión de la demandante conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993 (incremento anual conforme al IPC).

Sobre este punto vale precisar que el estudio realizado por el Aquo se limitó a comparar el porcentaje del reajuste realizado por el Gobierno Nacional, frente al porcentaje de variación del IPC entre los años 2008 a 2016 sin tener en cuenta que la solicitud de reliquidación de la pensión de la demandante conforme lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se limitaba en el tiempo hasta el año 2016 sino que también debía disponerse sobre las subsiguientes mesadas pensionales, razón por la cual, la comparativa realizada por el Aquo no despacha en su totalidad las pretensiones de la demanda y en consecuencia habrá de disponerse lo pertinente en esta providencia. Lo anterior aunado al hecho sostenido por el recurrente, en relación a que para los años 2009, 2013 y 2016 el porcentaje de variación del IPC fue mayor al porcentaje del reajuste decretado por el Gobierno Nacional, y que el Aquo a pesar de haberlo plasmado en la providencia impugnada, desatendió.

Así las cosas, habrá de revocarse la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad del Oficio No. OF111-83274 MDSGDVBSGPS del 17 de octubre de 2015 y ordenar el consecuente restablecimiento del derecho.

4. DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

A título de restablecimiento del derecho se condenará a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA a reajustar la pensión de jubilación que le fue reconocida a la señora BLANCA RUBY CAPERA PERDOMO mediante Resolución No. 2602 del 17 de septiembre de 2008, a partir del año 2009 y en adelante con base en el Índice de Precios al Consumidor (certificado por el DANE en el año inmediatamente anterior) a que se refiere el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 cuando éste haya sido o sea superior al incremento anual realizado o que llegare a realizar la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA. Así mismo, pagará las diferencias causadas a partir del año 2009 y hacia futuro siempre que las mismas no estén afectadas por el fenómeno de la prescripción.

Todas las sumas que resulten del reconocimiento anterior deberán ser actualizadas en su valor, y para tal efecto se aplicará la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo correspondiente a lo dejado de pagar, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el primer reajuste). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación. Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el artículo 192 del CPACA.

5. PRESCRIPCIÓN

Respecto al fenómeno de prescripción, es necesario referirse a lo dispuesto en el artículo 129 del decreto 1214 de 1990 el cual dispone:

“ARTICULO 129. Prescripción. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en este estatuto prescribe a los cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible. El reclamo escrito recibido por entidad competente sobre un derecho o

prestación determinada interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

Así las cosas, se observa que a la señora BLANCA RUBY CAPERA PERDOMO mediante Resolución No. 2602 del 17 de septiembre de 2008 se le reconoció pensión mensual de jubilación a partir del 11 de julio de 2008, solicitó el reajuste de la misma conforme al IPC el 08 de octubre de 2015 (fl.3) y finalmente se instauró el presente medio de control el 08 de marzo de 2016 (fl. 24). En consecuencia, se observa que se encuentran prescritas las sumas causadas con anterioridad al 08 de octubre de 2011, originadas en la diferencia entre el reajuste realizado por la entidad demandada a la pensión de la demandante y el reajuste ordenado en esta providencia.

6. CONDENA EN COSTAS

Respecto a la condena en costas de segunda instancia, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, y en concordancia con el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la demandada, teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia fue revocada en su totalidad. Las costas serán liquidadas por el Juzgado de origen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de primera instancia de fecha 20 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, y en su lugar **DECLÁRASE LA NULIDAD** del Oficio No. OFI11-83274 MDSGDVBSGPS del 17 de octubre de 2015 expedido por la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDÉNASE a título de restablecimiento del derecho, a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA a reajustar la pensión de jubilación que le fue reconocida a la señora BLANCA RUBY CAPERA PERDOMO mediante Resolución No. 1066 del 19 de

marzo de 2014, a partir del año 2009 y hacia adelante con base en el Índice de Precios al Consumidor (certificado por el DANE en el año inmediatamente anterior) a que se refiere el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 cuando éste haya sido o sea superior al incremento anual realizado o que llegare a realizar la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA. Así mismo, pagara las diferencias causadas a partir 08 de octubre de 2011 y hacia futuro.

TERCERO: Las sumas no pagadas que resulten del reconocimiento anterior deberán ser actualizadas en su valor conforme a la fórmula expuesta en las consideraciones de esta sentencia, y devengarán intereses en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: **DECLÁRANSE** prescritas las sumas causadas con anterioridad al 08 de octubre de 2011, originadas en la diferencia entre el reajuste realizado por la entidad demandada a la pensión de la demandante y el reajuste ordenado en esta providencia.

QUINTO: **CONDÉNASE** en costas a la demandada y a favor del demandante, las cuales deberán liquidarse de conformidad con el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012.

SEXTO: **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen una vez ejecutoriada esta providencia y previas constancias de rigor en el sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Aprobado en Sala de Decisión Virtual, Acta No.64/2020

(Aprobado y adoptado por medio electrónico)
MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO
Magistrado

(Aprobado y adoptado por medio electrónico)
SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR
Magistrada

(Ausente con permiso. Resolución No. 078 del 21 de julio de 2020)
RAFAEL GUTIÉRREZ SOLANO
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Mag. Ponente. SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR

Bucaramanga, veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO
PREVIO A ABRIR INCIDENTE DE DESACATO A FALLO DE ACCIÓN POPULAR
Exp. 68001233300-2016-00592-00

Actor popular: **ORLANDO MENDOZA BARAJAS** con cédula de ciudadanía No. 91.252.398

Parte demandada: - **MUNICIPIO DE BUCARAMANGA**
- **ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA (AMB)**
- **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE PROTECCIÓN DE LA MESETA DE BUCARAMANGA (CDBM)**
- **JAIME CARREÑO** con C.C. 91.248.492

Correos electrónicos:
notificaciones@bucaramanga.gov.co;
santander@defensoria.gov.co;
eavillamizar@procuraduria.gov.co;
notificaciones.judiciales@cdmq.gov.co;
notificaciones.judiciales@amb.gov.co;
procesosnacionales@defensajuridica.gov.co;
info@amb.gov.co; orlandillo0407@hotmail.gov.co;
alneira@hotmail.gov.co

Medio de control: **PROTECCIÓN A DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS**

I. LAS ÓRDENES DADAS

Dentro del proceso de la referencia este Tribunal profirió la Sentencia del 29 de septiembre de 2016 (Fls. 4 a 13) en la que resolvió:

“Primero. DECLARAR transgredidos los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, a la seguridad y salubridad públicas, a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. ORDENAR al **MUNICIPIO de BUCARAMANGA** a (i) reubicar en el plazo máximo de doce (12) meses, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, a quienes habitan en el talud o en la ladera ubicada en la Carrera 28 entre calles 57 y 58 del Barrio Los Colorados, Bucaramanga, (ii) realizar los estudios técnicos a que haya lugar a fin de establecer si dicha ladera o talud puede ser estabilizada, y realizar la construcción de ingeniería que indique dichos estudios, en un plazo máximo de dieciséis (16) meses, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.
Parágrafo. Dentro de los dos (02) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el Municipio de Bucaramanga debe presentar a los habitantes del sector y al actor popular un plan de actividades para dar cumplimiento a estas órdenes.

Tercero. ORDENAR al **MUNICIPIO de BUCARAMANGA** a decidir dentro de los dos (02) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia si: (i) expropia el bien ubicado en la carrera 28 entre calles 57 y 58,

en caso en que sea propiedad privada, o (ii) ejerce permanentemente su poder de policía administrativo, conforme a las anotaciones señaladas en la motivación del presente proveído.

Parágrafo. Concertar con el Área Metropolitana de Bucaramanga el mejor destino para el terreno si decide expropiar el bien inmueble
Cuarto. CONDENAR en costas al **MUNICIPIO de BUCARAMANGA** y al **ÁREA METROPOLITANA de BUCARAMANGA**".

La anterior providencia fue parcialmente confirmada por el H. Consejo de Estado – Sección Primera en Sentencia del 26 de septiembre de 2019 (Fls. 14 a 41Vto.) en cuya parte resolutive ordenó:

“PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, el cual quedará así:

Segundo: ORDENAR al Municipio de Bucaramanga que, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias:

- i) Actualice, de forma inmediata, el inventario de viviendas y familias ubicadas en el talud o en la ladera ubicada en la carrera 28 entre calles 57 y 58 del Barrio Limoncito - sector Los Colorados, Bucaramanga;
- ii) Ejecute, de forma inmediata, las acciones de prevención que sean necesarias sobre el talud o la ladera ubicada en la carrera 28 entre calles 57 y 58 del Barrio Limoncito - sector Los Colorados, para la gestión del riesgo y prevención de desastres; asimismo, deberá adoptar las **medidas de reubicación inmediatas** en relación con las familias que, de conformidad con los resultados del censo, se encuentran en situación de peligro inminente por deslizamiento de tierras o inestabilidad de taludes;
- iii) Reubique en un plazo máximo de doce (12) meses, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, a las personas que habitan en el talud o la ladera ubicada en la carrera 28 entre calles 57 y 58 del Barrio Limoncito - sector Los Colorados, Bucaramanga;
- iv) Dentro del mismo plazo fijado en el párrafo anterior, realice los estudios técnicos con el objeto de determinar cuáles son las obras necesarias para estabilizar el talud o ladera mencionada *supra*;
- v) En el menor tiempo posible, inicie la ejecución de las obras necesarias para la estabilización del talud o la ladera *supra* lo cual no puede superar el plazo máximo de dieciséis (16) meses, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia;

Parágrafo: Dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia el Municipio de Bucaramanga deberá presentar al Comité de Verificación un plan de actividades para dar cumplimiento a las órdenes impartidas en esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, el cual quedará así:

Tercero: ORDENAR al Municipio de Bucaramanga que, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, realice las acciones necesarias para la reubicación de las personas ubicadas en la carrera 28 entre calles 57 y 58 del Barrio Limoncito – sector Los Colorados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, en especial, las mencionadas en el párrafo 104.

TERCERO: ADICIONAR un ordinal a la parte resolutive de la sentencia de 29 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:

Séptimo: ORDENAR a la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga que, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, apoye técnicamente al Municipio de Bucaramanga en la realización de los estudios técnicos orientados a establecer cuáles son las obras necesarias para estabilizar el talud o ladera ubicada en la carrera 28 entre calles 57 y 58 del Barrio Limoncito - sector Los Colorados, Bucaramanga, en aplicación del principio de coordinación, concurrencia y subsidiariedad que existe entre las entidades públicas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: REVOCAR parcialmente el ordinal cuarto de la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:

Cuarto: CONDENAR en costas al Municipio de Bucaramanga, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: EXHORTAR a la comunidad que habita en predio el Nogal del Barrio Limoncito – sector Los Colorados para que ejecuten conductas que contribuyan al cumplimiento de las órdenes impartidas en materia de la prevención de desastres, evitando la construcción de infraestructuras que se ubiquen sobre taludes de tierra, así como la adecuación de las mismas a correctos sistemas de manejo de aguas lluvias, de escorrentía y residuales, y para que tengan una participación activa en las labores de reubicación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: ADICIONAR un ordinal a la parte resolutive de la sentencia de 29 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:

Octavo: Conformar un Comité para la verificación del cumplimiento de la decisión, el cual estará integrado por el Tribunal Administrativo de Santander, quien lo presidirá, el actor popular, el Municipio de Bucaramanga o su representante, el Área Metropolitana de Bucaramanga o su representante, la Corporación Autónoma para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga o su representante, el señor Jaime Carreño y un representante del Ministerio Público, de conformidad con lo establecido por el artículo 34 de la Ley 472, quienes deberán hacer seguimiento a lo ordenado en el fallo e informarán sobre las acciones que se adopten y ejecuten para el cabal cumplimiento de la sentencia.

SÉPTIMO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de 29 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

II. REQUERIMIENTO REALIZADO AL ALCALDE DE BUCARAMANGA Y SU RESPUESTA

Oficiosamente el Despacho, por Auto del 28.01.2020 (Fls. 42 a 43), requirió al señor Alcalde de Bucaramanga, Ing. Juan Carlos Cárdenas Rey, para que dentro de los cinco (05) días siguientes presentara un plan de actividades para dar cumplimiento a las órdenes precitadas. En respuesta a lo anterior, por medio de apoderada judicial, se informa (Fls. 50 a 53) que la Secretaría de Infraestructura ofició a todas las dependencias involucradas para el cumplimiento de los fallos populares y en tal virtud:

1. El 06.02.2020 se celebró una reunión y se estableció una ruta de trabajo para establecer las condiciones técnicas actuales del talud objeto de la acción popular,
2. El 10.02.2020 se hizo una visita técnica a la Carrera 28 de las Calles 57 y 58 del Barrio Limoncito-Colorados en compañía de Ingenieros Civiles Especializados de la CDMB, la Oficina de Gestión del Riesgo y la Secretaría de Infraestructura de Bucaramanga,
3. Al día siguiente se rindió un informe técnico (Fls. 87 a 90) en el que se registra:
(i) se presenta reducción de la calzada de la Carrera 28 entre Calles 57 y 58 por cauda de un deslizamiento de la ola invernal de 2005, que en su momento generó fisuras en el talud y colapso de viviendas, potencializado por el rompimiento de la tubería de alcantarillado; y en la actualidad el talud está protegido mediante plantas de bambú y cerca viva: no se observan indicios de estabilidad, (ii) la zona está invadida por un asentamiento de al menos 20 viviendas construidas en materiales mixtos que no cumplen con normas de sismo resistencia NSR-10, ni cuentan con sistemas de recolección de aguas lluvias por lo que estas caen de manera directa sobre el talud y se observan problemas leves de erosión, (iii) esas viviendas coadyuva con los procesos de erosión, y no se observa el respeto del aislamiento al pie de talud.
4. La zona en donde está el talud se cataloga como una zona geotécnica ZONA4A: miembros órganos y gravoso no afectada por procesos erosivos y geomorfológicamente se encuentra en la zona perimetral de la escarpa que se observa en el sector de los colorados. Reconoce que no es posible determinar por simple observación el riesgo del sector, aunque es posible determinar la existencia de una amenaza por fenómeno de remoción en masa debido a los antecedentes ocurridos en el año 2005.

Aunado a ello, informa que los habitantes del sector conocen acerca de la problemática y son conscientes del fenómeno ocurrido en el año de 2005, y considera que ellos son corresponsables y deben actuar con precaución, solidaridad y autoprotección. Por lo anterior, concluye que se han desplegado diversas actividades para cumplir con el fallo, de acuerdo con las recomendaciones y especificaciones técnicas emitidas por el personal especializado.

Resalta el Despacho que también se allegó un documento titulado “Especificaciones técnicas/consultoría para realizar estudios de amenaza vulnerabilidad y riesgo en el punto crítico de la carrera 28 entre calle 57 y calle 58, sector Limocinto-Colorados del Municipio de Bucaramanga” (Fls. 91 a 109).

III. CONSIDERACIONES

Del análisis de la respuesta dada por el Municipio de Bucaramanga, considera el Despacho se podrían dar los supuestos objetivos y subjetivos para la configuración del desacato a las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia pues:

1. El Municipio de Bucaramanga no ha actualizado el inventario de viviendas y familias ubicadas en el talud o en la ladera ubicada en la carrera 28 entre calles 57 y 58 del Barrio Limoncito - sector Los Colorados, como lo ordenó el Consejo de Estado. Si bien se dice que son 20, hace notar el Despacho que no se identifican cuáles son ni quiénes habitan en ellas. La Sala resalta que ésta era una orden de cumplimiento inmediato y no ha sido cumplida por el ente territorial accionado.
2. Pese a que se reconoce que a simple vista no puede establecerse el riesgo existente en el sector, no establece cuáles, ni cuándo ni con qué recursos se pueden adelantar los estudios técnicos para calificar el riesgo. Sin ello, estima el Despacho, el Municipio de Bucaramanga no podrá establecer cuáles familias deben ser reubicadas inmediatamente, lo que reitera la violación a los derechos colectivos amparados en este proceso.

La Sala hace notar que el documento "*Especificaciones técnicas/consultoría para realizar estudios de amenaza vulnerabilidad y riesgo en el punto crítico de la carrera 28 entre calle 57 y calle 58, sector Limoncito-Colorados del Municipio de Bucaramanga*" (Fls. 91 a 109) no permite solucionar la anterior incertidumbre pues algunos apartes de su contenido se refieren al Barrio La Gloria, lo que da a entender que se trata de un área distinta a la que motiva el presente proceso.

3. Y lo que mayor preocupación genera al Despacho es que no se cumplió con lo ordenado en el Auto del 28.01.2020. En efecto, un cronograma de actividades es un documento que contiene el conjunto de tareas necesarias para la consecución de una acción u objetivo concreto que, en este caso, se concreta a reubicar en el plazo máximo de 12 meses a todas las personas que habitan en el talud o la ladera ubicada en la carrera 28 entre calles 57 y 58 del Barrio Limoncito - sector Los Colorados, Bucaramanga, y a realizar las obras para su estabilización. Si bien los plazos dados por el H. Consejo de Estado aún no se han vencido, sin el cronograma de actividades es incierto establecer cómo se cumplirán.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

- Primero.** **Requerir de manera previa a abrir formalmente un incidente de desacato** al señor Alcalde de Bucaramanga, Ingeniero Juan Carlos Cárdenas Rey, para que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia explique las razones por las cuales no

ha dado cumplimiento inmediato a las órdenes contenidas en los literales i) y ii) del artículo primero de la parte resolutive de la Sentencia del 26 de septiembre de 2019 y no allegó el plan de actividades solicitado mediante Auto del 28 de enero de 2020.

Segundo. Cumplido el anterior plazo, reingrese el expediente al Despacho para decidir la apertura o no del incidente de desacato.

Tercero. Enviar con la notificación de esta providencia, copia digital del expediente del cuaderno de cumplimiento, que es el que reposa en el Despacho ponente.

Notifíquese y cúmplase.

La Magistrada,

SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR
(En medio electrónico)

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Mag. Ponente: CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Bucaramanga, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

RADICADO	68001233300020190003500
MEDIO DE CONTROL	Nulidad y restablecimiento del derecho
DEMANDANTE	Asilo San Cristóbal del Municipio de Oiba
DEMANDADO	Departamento de Santander
TEMA	Reliquidación Estampilla Adulto Mayor
ASUNTO	Resuelve excepciones previas
NOTIFICACIONES JUDICIALES	Demandante: abogadosparra@hotmail.com Demandado: notificaciones@santander.gov.co Ministerio Público: yvillareal@procuraduria.gov.co

Procede la Sala Unitaria a decidir las excepciones previas formuladas por la parte demandada, dando aplicación al 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 el Código General del Proceso y la Ley 1437 de 2011.

I. CONSIDERACIONES:

En virtud del Estado de Emergencia económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional, se dispuso sobre las excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en su Art. 12 que, se decidirán en concordancia con lo regulado en los Arts. 100, 101 y 102 del Código General del Proceso, previo traslado a la parte demandante, por el término de 3 días, el cual se surtió conforme consta a folio 105 del expediente.

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 180 del C.P.A.C.A., en concordancia con el inciso cuarto del artículo 12 del Decreto Legislativo - 806 de 4 de junio de 2020, así como con el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, corresponde a la suscrita Magistrada Ponente proferir la decisión en relación con las excepciones propuestas, en tanto las mismas no se subsumen en aquellas de que tratan los numerales 1 a 4 del artículo 243 ibídem.

2. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS Y SU FUNDAMENTO

Revisado el escrito de contestación a la demanda, se advierte que la entidad demandada – DEPARTAMENTO DE SANTANDER- formuló:

2.1 La excepción previa que denominó: **“INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES”**, fundamentada en que la parte actora no demandó el Oficio N° 20160065198 del 10 de mayo del 2016 que contiene la negativa de la reliquidación pretendida, ni la Resolución N° 8903 del 23 de junio de 2016 por medio de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto en su contra, con lo que alega la apoderada de la entidad demandada, se desconoció el numeral 2° del art. 162 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con su artículo 163. La anterior excepción será decidida en esta oportunidad, al amparo del inciso segundo del artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020.

2.2 La excepción mixta que denominó: **“PRESCRIPCIÓN PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN POR RETENCIÓN DEL 20% DE LO RECAUDADO POR LA ESTAMPILLA PRO BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR”**, fundada en que, la devolución de impuestos debe presentarse dentro del término para corregir la declaración del impuesto o la participación disminuyendo el saldo a pagar o aumentando el saldo a favor, salvo para los casos de impuesto de registro y vehículos automotores. Que para la devolución de impuestos pagados y no causados o pagados en exceso o de lo no debido o pagos dobles, cuando la liquidación la realice la Administración desde el principio a través de actos administrativos definitivos, el término para solicitar la devolución es de dos (02) meses.

Por lo anterior, asegura que la parte demandante no tiene derecho a la devolución reclamada y no es posible reconocerle saldos a favor desde el año 2009 cuando solo acudió a la jurisdicción contencioso administrativa hasta el año 2017, y tenía para ello solo dos (2) meses, configurándose la prescripción para solicitar dicha devolución. Lo anterior, conforme lo preceptuado en el artículo 559 de la Ordenanza 77 de 2014.

Así las cosas y por resultar procedente a la luz del artículo 12 del Decreto Legislativo - 806 de 4 de junio de 2020, pasa la Sala Unitaria a decidir en esta oportunidad las excepciones planteadas.

3. ANÁLISIS CRÍTICO

3.1 De la excepción de **“INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES”**

Revisada la demanda, así como en el auto inadmisorio, el escrito de subsanación y el auto que dispuso su admisión, advierte la Sala Unitaria que, la parte actora señaló como acto demandado únicamente la **Resolución N° 02881 del 06 de marzo del 2017**, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión contenida en el **Oficio N° 20160065198 del 10 de mayo del 2016** por medio del cual se negó la solicitud de devolución del 20% retenido por concepto de Estampilla pro-adulto mayor, desatendiendo con ello lo preceptuado por el artículo 162 numeral 2° y el artículo 163 del CPACA, en tanto debió individualizar los actos acusados y para ello invocar la nulidad tanto de la **Resolución N° 02881 del 06 de marzo del 2017** como del referido **Oficio del 10 de mayo del 2016** y de la **Resolución N° 8903 del 23 de junio de 2016** por medio de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto en contra de aquel.

No obstante, tal y como lo ha considerado el H. Consejo de Estado, *“en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, dicha previsión procesal (refiriéndose a la individualización de pretensiones) no puede convertirse en un obstáculo infranqueable para el control judicial de los actos en cuanto garantía al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en especial cuando resulta clara la intención de la parte demandante¹”*, en este caso, la reliquidación de los valores

¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN CUARTA-Radicación: 25000 23 24 000 2003 00956 01 (21338)- Sentencia 2003-00956/21338 de agosto 17 de 2017

cancelados, por concepto de la estampilla para el bienestar del Adulto Mayor en un 100%, a partir del 5 de enero de 2009 y hasta diciembre de 2014, por lo que el estudio de legalidad que deberá abordar la Sala Unitaria deberá comprender el de los 3 actos antes mencionados, pues solo declarándose su nulidad, se abriría paso al restablecimiento pretendido.

Así, en garantía de los derechos al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva, ténganse por actos acusados el **Oficio N° 20160065198 del 10 de mayo del 2016** que negó la solicitud de reliquidación antes aludida, la **Resolución N° 8903 del 23 de junio de 2016** que resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del referido oficio y la **Resolución N° 02881 del 06 de marzo del 2017** que resolvió el recurso de apelación igualmente interpuesto y en consecuencia, **SE DECLARARÁ NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE “INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES”** formulada por el DEPARTAMENTO DE SANTANDER.

3.2 De la excepción de “PRESCRIPCIÓN PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN POR RETENCIÓN DEL 20% DE LO RECAUDADO POR LA ESTAMPILLA PRO BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR”

Para resolver, sea lo primero considerar que, mediante petición elevada el día 23 de diciembre del año 2015, reiterada el día 03 de mayo de 2016, el Asilo San Cristóbal del Municipio de Oiba, solicitó a la Oficina Jurídica de la Gobernación de Santander, la reliquidación de los valores cancelados por concepto de la Estampilla Pro-Anciano para el bienestar del adulto mayor, en un 100%, a partir del 05 de enero de 2009, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1276 de 2009 que modificó los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Ley 687 de 2001, por inaplicación del descuento del 20% de que trata el artículo 47 de la Ley 863 de 2003, y como consecuencia, el pago de las diferencias resultantes a su favor; petición que fue despachada desfavorablemente mediante **Oficio N° 20160065198 del 10 de mayo del 2016**; decisión contra la que se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo el primero de ellos desatado mediante **Resolución N° 8903 del 23 de junio de 2016** y el recurso de apelación mediante **Resolución N° 02881 del 06 de marzo del 2017**.

A juicio de la parte actora, con la entrada en vigencia de la **Ley 1276 del 05 de enero de 2009** "A través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida", el descuento del 20% contemplado en el artículo 47 de la **Ley 863 de 2003** "Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas" quedó sin efectos en forma tácita, procediendo por tanto la reliquidación en un 100% de los valores que, desde el 05 de enero de 2009, le han sido cancelado al ASILO SAN CRISTOBAL DEL MUNICIPIO DE OIBA, por concepto de la estampilla para el bienestar del Adulto Mayor.

Al respecto alega la entidad demandada, como fundamento de la excepción de prescripción propuesta que, el término para solicitar la devolución o compensación de saldos a favor, pagos en excesos y pagos de lo no debido, conforme el artículo 559 de la Ordenanza 077 del 2014, Estatuto Tributario Departamental, es de dos (2) meses, cuando la liquidación del impuesto se efectuó a través de actos administrativos definitivos, término que no fue atendido por la parte actora, por lo que no puede reconocérsele saldos a favor desde el año 2009 cuando solo hasta el año 2017 acude a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Sobre el particular advierte la Sala Unitaria que, el **artículo 559** de la **Ordenanza 77 de 2014** "Por medio de la cual se expide el Estatuto Tributario del Departamento de Santander" dispone a su tenor literal:

"ARTÍCULO 559.-TÉRMINO PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR, PAGOS EN EXCESO Y PAGOS DE LO NO DEBIDO. *La solicitud de devolución de impuestos deberá presentarse dentro del término para corregir la declaración del impuesto o la participación disminuyendo el saldo a pagar o aumentando el saldo a favor, salvo para los casos de impuestos de registro y vehículos automotores, cuyo plazo será, en vehículos, de seis (6) meses después de la fecha de vencimiento del término para declarar y los términos fijados en el artículo 161 para el impuesto de registro. Para la devolución de impuestos pagados y no causados o pagados en exceso o de lo no debido o pagos dobles, cuando la Liquidación la realice la Administración desde el principio a través de actos administrativos definitivos, el término devolución es de dos (2) meses".*

Ahora bien, el artículo 557 del referido Estatuto Tributario del Departamento de Santander dispone en relación con la devolución o compensación de saldos a favor, pagos en exceso o de lo no debido, o pagos dobles:

"ARTÍCULO 557.-DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR, PAGOS EN EXCESO O DE LO NO DEBIDO, O PAGOS DOBLES: *Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución o compensación. La Secretaría de Hacienda*

Departamental deberá devolver o compensar oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias, cualquiera que fuere el concepto del pago. Cuando el pago en exceso o pago de lo no debido provenga de declaraciones presentadas por el contribuyente, es requisito para la procedencia del trámite, la corrección de dichas declaraciones con la presentación del proyecto de corrección ante la Dirección de Ingresos. Los contribuyentes o responsables que hayan realizado pagos en exceso o de lo no debido o pagos dobles por liquidaciones que realice la Administración desde el principio, a través de actos administrativos podrán solicitar su devolución o compensación.”

Lo anterior para significar que, el artículo 559 de la Ordenanza 77 de 2014, con fundamento en el cual la parte demandada pretende se declare probada la excepción de *“prescripción para solicitar la devolución por retención del 20% de lo recaudado por la estampilla pro bienestar del adulto mayor”*, no resulta aplicable, pues lo solicitado por la parte actora no corresponde a la devolución de saldos a su favor liquidados en declaraciones tributarias, ni se deriva de pagos realizados en exceso o de lo no debido o pagos dobles por liquidaciones realizadas por la Administración por concepto de obligaciones tributarias del actor. Nótese que la reliquidación que pretende la parte demandante en ejercicio del presente medio de control y el reconocimiento de las diferencias resultantes de dicha reliquidación, se deriva de la ilegalidad que se reprocha a la retención del **20%** de que trata el artículo 47 de la Ley 863 de 2003, en vigencia de la ley 1276 de 2009, a la Estampilla para el Bienestar del Adulto Mayor, en tanto considera que dicha retención quedó sin efectos de manera tácita con la entrada en vigencia de la Ley 1276 de 2009 y que alega debe inaplicarse en su favor, como beneficiario del recaudo de la estampilla dada su aplicación *“a la dotación y funcionamiento de los Centros de Bienestar del Anciano y de los Centros Vida para la Tercera Edad”*, difiriendo por tanto lo pretendido por la parte actora, de lo regulado por el art. 559 del Estatuto Tributario del Departamento de Santander.

Aunado a lo anterior, el referido artículo 559 de la Ordenanza N° 077 de 2014 se refiere a los actos administrativos que liquidan la obligación tributaria, mientras que los actos administrativos a que se refiere la entidad demandada en los actos acusados, corresponde aquellos por medio de los cuales la Administración Departamental dispone la distribución y posterior giro de los recursos provenientes del recaudo de la estampilla para el bienestar del adulto mayor, lo que denota una vez más que, la norma en que se fundamenta la excepción que se estudia, no resulta aplicable.

Conforme lo expuesto, la Sala Unitaria declarará no probada la excepción propuesta por el Departamento de Santander, denominada *“PRESCRIPCIÓN PARA*

SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN POR RETENCIÓN DEL 20% DE LO RECAUDADO POR LA ESTAMPILLA PRO BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR”.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Santander,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARÁNSE NO PROBADAS las excepciones de **“INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES”** y **“PRESCRIPCIÓN PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN POR RETENCIÓN DEL 20% DE LO RECAUDADO POR LA ESTAMPILLA PRO BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR”**, formuladas por el Departamento de Santander, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, continúese con el trámite conforme lo dispone el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el CPACA, si a ello hubiere lugar.

TERCERO: Efectúense las anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI por intermedio de la Auxiliar Judicial del Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyectado y aprobado por herramienta tecnológica TEAMS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Magistrada



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

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Magistrado Ponente MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO
Radicado 680013333005-2016-00236-01
Medio de control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante SOLANGE GONZALEZ DE JAIMES
(no tiene correo electrónico)
Demandado NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA
notificaciones.bucaramanga@mindefensa.gov.co
Asunto SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Tema REAJUSTE PENSION IPC – PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA – DECRETO 1214 DE 1990

Decide la Sala el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 02 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. LA DEMANDA

La demanda fue interpuesta mediante apoderado por la señora **SOLANGE GONZALEZ DE JAIMES** en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**.

1. HECHOS

La parte accionante precisa como hechos relevantes de la demanda, verificables a folios 15-18 del expediente, los siguientes:

- a. Que mediante Resolución No. 4415 del 24 de mayo de 2012 se reconoció a favor de la señora SOLANGE GONZALEZ DE JAIMES sustitución de la pensión mensual de jubilación que en vida disfrutaba su esposo, ex-Adjunto Jefe del Ejército Nacional, LUIS FRANCISCO JAIMES OCHOA y que le fuere reconocida en el año 1997.
- b. Que de conformidad con el Ley 238 de 1995 la accionante debió recibir aumento en la asignación de retiro con base en el índice de precios al consumidor.
- c. Que mediante derecho de petición radicado el 22 de octubre de 2015 solicitó a la entidad demandada el pago del reajuste y reliquidación de la pensión de la demandante conforme a IPC.

- d. Mediante oficio No. OFI15-85223 MDNSGDAGPSAP del 22 de octubre de 2015, la demandada negó lo solicitado por la demandante, agotándose así la actuación administrativa.

2. PRETENSIONES

“PRIMERA: Que se declare la NULIDAD del ACTO ADMINISTRATIVO reproducido en el oficio No. OFI15-85223 MDNSGDAGPSAP – calendado el 22 de octubre de 2015, escrito que fue dirigido a mi Poderdante señora SOLANGE GONZALEZ DE JAIMES, y suscrito por la coronel MARÍA STELLA CALDERÓN CORZO, Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales de MINDEFENSA, NEGANDO EL REAJUSTE DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN; como respuesta al DERECHO DE PETICION incoado por mi Mandante, en donde solicito en su petición única: se sirvan REAJUSTARME A PARTIR DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL y como consecuencia AJUSTAR LAS MESADAS POSTERIORES contadas a partir del 13 de MAY del año 1998 inclusive; petición que fue radicada ante la entidad demandada en la fecha 22 de OCT de 2015.

SEGUNDA: Que con fundamento en la declaración anterior y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se CONDENE a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, A RECONOCER, RELIQUIDAR, AJUSTAR Y PAGAR LOS PORCENTAJES E INCREMENTOS DEJADOS DE PAGAR A PARTIR DE SU PRIMERA MESADA PENSIONAL, que actualmente viene devengando el dicho MINISTERIO, mi Poderdante señora SOLANGE GONZALEZ DE JAIMES, y a INCLUIRLO EN NÓNIMA CON EL VALOR ACTUALIZADO DE LA PENSIÓN, conforme lo ordenan la siguiente normatividad: 1) LEY 100 DE 1993 ARTÍCULO 14; 2) LEY 100 DE 1993 ARTÍCULO 142; 3) LEY 100 DE 1993 ARTÍCULO 279; 4) LEY 238 DE 1995 ARTÍCULO 1; 5) LEY 6 DE 1992 ARTÍCULO 116; 6) DECRETO REGLAMENTARIO 2108 DE 1992 ARTÍCULO 1; 7) LEY 4 DE 1992 ARTICULO 1; 8) DECRETO REGLAMENTARIO 2027 DE 1997 ARTICULO 1; 9) DECRETO 122 DE 1997 ARTICULO 9; 10) LEY 445 DE 1998 ARTICULO 1.

TERCERA: Que como consecuencia de la NULIDAD IMPETRADA y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se CONDENE a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a REAJUSTAR LA PENSION DE JUBILACION en los porcentajes e incrementos a partir del 13- de MAY del año 1998 ajustar LAS MESADAS PENSIONALES SUBSIGUIENTES PAGADA EN LOS AÑOS POSTERIORES, al señora (SIC) SOLANGE GONZALEZ DE JAIMES conforme LO ORDENAN LAS DISPOSICIONES (SIC) TAXATIVAMENTE SEÑALADA EN LA PRETENCION (SIC) NUMERO DOS de la presente demanda.

CUARTA: Que las CONDENAS que solicitan, SE LES DE CUMPLIMIENTO DENTRO DEL TERMINO ESTABLECIDO en el Artículo 192 inciso 1 de la Ley 1437 de 2011 y la efectividad de las mismas, se cumpla conforme a los establecidos en el Artículo 195 de la ley 1437 de 2011.

QUINTA: Que una vez vencido el termino de los diez (10) meses de que trata el inciso 2 de Artículo 192 de la ley 1437 de 2011, o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral 3 del Artículo 195 de esta misma ley, lo que ocurra primero, sin que la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, haya efectuado el pago efectivo de la condena a favor de mi prohijado, se le reconozca y pague a su favor, INTERESES MORATORIOS a la TASA MAXIMA, certificados por la Superintendencia Financiera.

SEXTA: Que se sirva EFECTUAR LA RESPECTIVA INDEXACION desde el 1 de enero del año 1990 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la respectiva sentencia, CONFORME A LO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 48 DE NUESTRA CARGA MAGNA, en su inciso 5 que dice “la ley definirá los medio para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

SEPTIMA: Que se condene en COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL (ART. 188 ley 1437/2011)” (fls. 12-15)

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Invoca como normas violadas los artículos 1, 2, 13, 23, 25, 48, 53, 58, 90, 229 y 230 de la Constitución Política; artículos 14, 142 y 279 de la Ley 100 de 1993, la Ley 238 de 1995; el artículo 2 literal b) de la Ley 4 de 1992 y el artículo 138 del CPACA. Como concepto de violación indica que la demandada desconoció lo estipulado en la Ley 238 de 1995, al señalar que no se pueden hacer aumentos superiores a los establecidos por el legislador, ignorando que fue el mismo legislador quien cambió las reglas para reajustar las pensiones del personal retirado. De igual forma, manifiesta que teniendo en cuenta el Decreto 1214 de 1990 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la aplicación del índice de precios al consumidor para reajustar la asignación de retiro/pensión es legalmente válida por cuanto la Ley 238 de 1995 lo permite. Finalmente expone que se ha vulnerado el derecho a la igualdad, toda vez que al igual que los pensionados del régimen general, el personal pensionado de la Fuerza Pública y el regulado por el Decreto 1214 de 1990 también tiene derecho a que se les aplique lo dispuesto en la Ley 238 de 1995. (fls. 19-21)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada se opone a las pretensiones de la demanda señalando que es deber legal del Ministerio de Defensa, acatar el contenido normativo del artículo 118 del Decreto 1214 de 1990, en el cual se observa que no contempla expresamente la aplicación del índice de precios al consumidor al reajuste de las pensiones del personal civil del Ministerio de Defensa y por el contrario se determina que el reajuste será determinado por el porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. En este sentido propone como excepciones i) *EL INCREMENTO DE LA PENSION DE VEJEZ TENIENDO EN CUENTA LOS PORCENTAJES DEL IPC NO ES PROCEDENTE*, argumentando que el artículo 118 establece expresamente que el reajuste de las pensiones del personal civil del Ministerio de Defensa será determinado por el porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual; ii) *DE LA NATURALEZA ESPECIAL DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL REGIMEN PRESTACIONAL DE LA FUERZA PUBLICA*, sosteniendo que el régimen prestacional de la fuerza pública es un régimen especial y no puede ser regulado por una ley ordinaria como la ley 100 de 1993. (fls. 54-63)

III. SENTENCIA APELADA

La Juez Quinta Administrativa Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga declaró la nulidad del acto administrativo demandado y ordenó la reliquidación de la pensión de la demandante con base en el IPC para aquellos años en que este hubiera sido mayor al incremento decretado por el Gobierno Nacional. Para llegar a esta conclusión sostuvo el Aquo en primer término que las asignaciones de retiro se equiparan a la pensión de vejez/jubilación con fundamento en la sentencia C-432 de 2004 proferida por la H. Corte Constitucional. Igualmente refirió que en virtud del principio de favorabilidad la demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, el Aquo declaró prescritos los haberes causados con anterioridad al 21 de septiembre de 2011 y condenó en costas a la demandada. (fls. 100-103)

IV. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA

La apoderada de la parte demandada solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda por considerar que de conformidad con el artículo 118 del Decreto 1214 de 1990 el reajuste de las pensiones del personal civil del Ministerio de Defensa será determinado por el porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual, sin que sea procedente el reajuste conforme al IPC. Adicional a lo anterior refiere que el propio artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyo de su ámbito de aplicación al personal civil del Ministerio de Defensa regido por el Decreto 1214 de 1990. (fls. 106-118).

V. ALEGACIONES

1. PARTE DEMANDANTE

No presentó alegatos de conclusión en esta instancia

2. PARTE DEMANDADA

Reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación. (fls. 112)

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto de fondo en esta instancia.

VI. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, el problema jurídico en esta instancia se contrae a determinar si es procedente o no, realizar el reajuste de la pensión de la señora SOLANGE GONZALEZ DE JAIMES, con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el aumento porcentual conforme al Índice de Precios al Consumidor – IPC del año inmediatamente anterior.

2. MARCO NORMATIVO Y SU APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

Con el fin de determinar si es procedente reajustar la asignación de retiro del accionante con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC), es necesario determinar en primer término la normativa que regula la situación fáctica particular de la demandante. Así pues, se tiene que el Decreto 1214 de 1990 por medio del cual se establece Estatuto y el Régimen Prestacional del Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional regula en su artículo 118 la forma en que se reajustara la pensión del personal objeto del mismo. En este sentido, el referido artículo establece:

*“ARTICULO 118. Reajuste de pensiones. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y por aportes y las que se otorguen a los beneficiarios de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional conforme a este Estatuto, **serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual**”.*

Por otra parte, la Ley 100 de 1933 mediante la cual se crea el sistema de seguridad social integral establece en su artículo 14 en mecanismo de reajuste pensional en los siguientes términos:

*“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.”

Ahora bien, en un primer término el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su aplicación al siguiente grupo de servidores del Estado:

- “a) Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.*
- b) **Personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción del que se vincule a partir de la vigencia de la ley.***
- c) Miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*
- d) Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*
- e) Trabajadores de empresas que a la vigencia de la ley estuvieran en concordato preventivo y obligatorio, y*
- f) Servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ni sus pensionados, excepción hecha de quienes se vinculen por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, bajo las condiciones allí previstas.”*

Por consiguiente, no existe la menor duda en el sentido de que bajo los mandatos del artículo original 279 de la Ley 100 de 1993, los pensionados pertenecientes al personal regido por el Decreto 1214 de 1990 no eran acreedores del reajuste de sus pensiones como lo dispone el artículo 14 de aquella, vale decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, sino como lo disponía el Decreto 1214 de 1990, o sea mediante el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

No obstante, la Ley 238 de 1995, adicionó el 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.” (Negrilla de la Sala).

Lo anterior significa que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última.

Vale mencionar que sobre este tema la Sección Segunda del H. Consejo de Estado ha llegado a iguales conclusiones y dicha postura ha sido sostenida de manera pacífica al interior de esa Corporación. La referida interpretación jurisprudencial fue sentada inicialmente en sentencia del 17 de mayo de 2007, Consejero Ponente: Jaime Moreno García, Número Interno: 8464-05 donde se señaló:

“(...) a partir de la vigencia de la ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem.

(...)

Por consiguiente, tratase aquí, entonces, del enfrentamiento de las previsiones de una ley marco (4ª de 1992) y de una ley ordinaria (238 de 1995) modificatoria de la ley que creó el Sistema de Seguridad Social Integral (ley 100 de 1993), que según la Caja demandada no podría “interpretarse la segunda en contravención” de la primera.

*Para comenzar no se trataría simplemente de la “interpretación” de la ley 238, sino de su **aplicación**, porque le creó a partir de su vigencia el derecho al grupo de pensionados de los sectores arriba relacionados, entre ellos a los pensionados de la Fuerza Pública, el derecho al reajuste de sus pensiones de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor y a la mesada 14.*

*Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y **más favorable**, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera **incompatible** con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.*

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A.”

En estos términos y de conformidad con lo expuesto por el H. Consejo de Estado, habrá de reajustarse la asignación de retiro / pensión con base en el Índice de Precios al Consumidor del año (IPC) inmediatamente anterior según lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, cuando este resulte más favorable.

En ese orden de ideas, se procederá a efectuar el análisis de la situación fáctica de este caso, con el fin de determinar si es procedente reajustar la pensión de la parte demandante.

3. DEL CASO CONCRETO

Solicita la demandante SOLANGE GONZALEZ DE JAIMES la nulidad del Oficio No. OF115-85223 MDNSGDAGPSAP del 22 de octubre de 2015, mediante el cual se le negó el reajuste y la reliquidación de la pensión de la demandante en los términos del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Como consecuencia de la anterior decisión, afirma que está siendo excluida de la aplicación del reajuste de la pensión teniendo en cuenta el IPC certificado por el DANE, tal y como se encuentra determinado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Revisado el material probatorio que obra en el proceso, se encuentra demostrado que la Nación – Ministerio de Defensa mediante Resolución No. 4415 del 24 de mayo de 2012 reconoció a favor de la señora SOLANGE GONZALEZ DE JAIMES sustitución de la pensión mensual de jubilación que en vida disfrutaba su esposo, ex-Adjunto Jefe del Ejército Nacional, LUIS FRANCISCO JAIMES OCHOA y que le fuere reconocida en el año 1997 en los términos del Decreto 1214 de 1990. (Fls. 6-8)

Conforme a lo anterior y atendiendo al marco normativo y jurisprudencial analizado en esta providencia, así como a los supuestos facticos del caso bajo estudio, considera esta Sala que es procedente el reajuste y reliquidación de la pensión de la demandante conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993 (incremento anual conforme al IPC), lo cual impone a esta Sala de Decisión confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

4. PRESCRIPCIÓN

Respecto al fenómeno de prescripción, es necesario referirse a lo dispuesto en el artículo 129 del decreto 1214 de 1990 el cual dispone:

“ARTICULO 129. Prescripción. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en este estatuto prescribe a los cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible. El reclamo escrito recibido por entidad competente sobre un derecho o

prestación determinada interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

Así las cosas, se observa que a la señora SOLANGE GONZALEZ DE JAIMES mediante Resolución No. 4415 del 24 de mayo de 2012 se le reconoció sustitución de la pensión mensual de jubilación que en vida disfrutaba su esposo, ex-Adjunto Jefe del Ejército Nacional, LUIS FRANCISCO JAIMES OCHOA y que le fuere reconocida en el año 1997 en los términos del Decreto 1214 de 1990. Así mismo se observa que solicitó el reajuste de la misma conforme al IPC el 21 de septiembre de 2015 (fl.3) y finalmente se instauró el presente medio de control el 01 de agosto de 2016 (fl. 28). En consecuencia, se observa que se encuentran prescritas las diferencias originadas en la reliquidación ordenada en sede judicial, anteriores al 21 de septiembre de 2011, tal y como lo sostuvo el Aquo, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia apelada en su totalidad.

5. CONDENA EN COSTAS

Respecto a la condena en costas de segunda instancia, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, y en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la demandada, teniendo en cuenta que el recurso de apelación fue despachado desfavorablemente. Las costas serán liquidadas por el Juzgado de origen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia de fecha 02 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la demandada y a favor del demandante, las cuales deberán liquidarse de conformidad con el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen una vez ejecutoriada esta providencia y previas constancias de rigor en el sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Aprobado en Sala de Decisión Virtual, Acta No.64/2020

(Aprobado y adoptado por medio electrónico)

MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO
Magistrado

(Aprobado y adoptado por medio electrónico)

SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR
Magistrada

(Ausente con permiso. Resolución No. 078
del 21 de julio de 2020)

RAFAEL GUTIÉRREZ SOLANO
Magistrado



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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO ORAL DE SANTANDER

Bucaramanga, veintisiete (27) julio de dos mil veinte (2020)

RADICADO	680013333-001-2018-00238-01
MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE	JAIME ORLANDO MARTINEZ GARCIA
DEMANDADO	MUNICIPIO DE BUCARAMANGA
NOTIFICACIONES	DEMANDANTE: derechoshumanosycolectivos@hotmail.com DEMANDADO: notificaciones@bucaramanga.gov.co
TEMA	NO PROCEDE RECURSO
MAGISTRADA PONENTE	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Ha venido al Despacho el proceso de la referencia, para decidir el recurso de reposición interpuesto por el actor popular contra el auto de fecha dos (02) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferido por este despacho, por medio del cual se declaró infundado el impedimento manifestado por el H. Magistrado Dr. IVAN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA.

I. LA DECISION OBJETO DEL RECURSO (fl 164)

La Sala consideró que el asunto de la referencia correspondió por reparto al Dr. IVAN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA para decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto que rechazó la demanda de la referencia por agotamiento de jurisdicción dentro del medio de control de Protección De Derechos e Intereses Colectivos, por lo que no encontró la Sala alguna causal que viciara de imparcialidad para decidir el recurso de apelación, toda vez que sus decisiones fueron proferidas en proceso diferente del que en esta oportunidad se acusa.

II. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El actor popular señala que el Dr. IVAN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA fue el juez que conoció y tramitó hasta la sentencia, el proceso de protección de derechos e intereses colectivos bajo el radicado 2008-00144-00, fallo que actualmente sirve como sustento para rechazar la demanda por agotamiento de jurisdicción.

III. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 131 de la Ley 1437 del 2011, en el numeral 7, no procede recurso alguno contra las decisiones que se profieran en el trámite de los impedimentos.

Ahora bien, sin entrar en mayores consideraciones, el Despacho no realizará el análisis de la procedencia del recurso de reposición interpuesto por el accionante, pues en el presente caso no es posible dar trámite al mismo, toda vez que la providencia objeto de recurso es el auto por medio del cual se declaró infundado el impedimento manifestado por el Dr. IVAN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA y en razón de ello, es claro que contra el mismo no procede recurso por disposición expresa de la Ley y, en consecuencia, se convertiría en un trámite eminentemente dilatorio del proceso dentro de una acción constitucional que el Juez está llamado a evitar con fundamento en los principios de economía, celeridad y eficacia que lo rigen.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER,**

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de reposición contra el auto proferido el dos (02) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) por la sala de esta corporación, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho del H. Magistrado IVAN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA, previas las anotaciones de rigor en el Sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

APROBADO POR HERRAMIENTA TECNOLÓGICA TEAMS
CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Magistrada Ponente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Mag. Ponente: CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Bucaramanga, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

RADICADO	680012333000 20170157800
MEDIO CONTROL DE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	CENTRO DE BIENESTAR DEL ANCIANO-HOGAR DEL ANCIANO DE SIMACOTA
DEMANDADO	DEPARTAMENTO DE SANTANDER
TEMA	RELIQUIDACIÓN ESTAMPILLA ADULTO MAYOR
ASUNTO	RESUELVE EXCEPCIONES PREVIAS
NOTIFICACIONES JUDICIALES	Demandante: abogadosparra@hotmail.com Demandado: notificaciones@santander.gov.co Ministerio Público: yvillareal@procuraduria.gov.co

Procede la Sala Unitaria a decidir las excepciones previas formuladas por la parte demandada, dando aplicación al 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 el Código General del Proceso y la Ley 1437 de 2011.

I. CONSIDERACIONES:

En virtud del Estado de Emergencia económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional, se dispuso sobre las excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en su Art. 12 que, se decidirán en concordancia con lo regulado en los Arts. 100, 101 y 102 del Código General del Proceso, previo traslado a la parte demandante, por el término de 3 días, el cual se surtió conforme consta a folio 124 del expediente.

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 180 del C.P.A.C.A., en concordancia con el inciso cuarto del artículo 12 del Decreto Legislativo - 806 de 4 de junio de 2020, así como con el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, corresponde a la suscrita Magistrada Ponente proferir la decisión en relación con las excepciones propuestas, en tanto las mismas no se subsumen en aquellas de que tratan los numerales 1 a 4 del artículo 243 ibídem.

2. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS Y SU FUNDAMENTO

Revisado el escrito de contestación a la demanda, se observa que la entidad demandada – DEPARTAMENTO DE SANTANDER- formuló:

2.1 La excepción que denominó: **“INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES”**, fundamentada en que la parte actora no demandó el Oficio N° 20160065544 del 10 de mayo del 2016 que contiene la negativa de la reliquidación pretendida, ni la Resolución N° 8891 del 23 de junio de 2016 por medio de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto en su contra, con lo que se desconoció el numeral 2° del art. 162 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con su artículo 163. La anterior excepción será decidida en esta oportunidad, al amparo del inciso segundo del artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020.

2.2 La excepción mixta que denominó: **“PRESCRIPCIÓN PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN POR RETENCIÓN DEL 20% DE LO RECAUDADO POR LA ESTAMPILLA PRO BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR”**, fundada en que, la devolución de impuestos debe presentarse dentro del término para corregir la declaración del impuesto o la participación disminuyendo el saldo a pagar o aumentando el saldo a favor, salvo para los casos de impuesto de registro y vehículos automotores. Que para la devolución de impuestos pagados y no causados o pagados en exceso o de lo no debido o pagos dobles, cuando la liquidación la realice la Administración desde el principio a través de actos administrativos definitivos, el término para solicitar la devolución es de dos (02) meses.

Por lo anterior, asegura que la parte demandante no tiene derecho a la devolución reclamada y no es posible reconocerle saldos a favor desde el año 2009 cuando solo acudió a la jurisdicción contencioso administrativa hasta el año 2017, y tenía

para ello solo dos (2) meses, configurándose la prescripción para solicitar dicha devolución. Lo anterior, conforme lo preceptuado en el artículo 559 de la Ordenanza 77 de 2014.

Así las cosas y por resultar procedente a la luz del artículo 12 del Decreto Legislativo - 806 de 4 de junio de 2020, pasa la Sala Unitaria a decidir en esta oportunidad las excepciones planteadas.

3. ANÁLISIS CRÍTICO

3.1 De la excepción de “INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES”

Revisadas la demanda, el auto inadmisorio, el escrito de subsanación y el auto que dispuso su admisión, advierte la Sala Unitaria que, la parte actora, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 162 numeral 2° y el artículo 163 del CPACA y lo ordenado en el auto proferido por el Despacho, individualizó en debida forma los actos acusados, para cuyo efecto invocó la nulidad tanto del **Oficio N° 20160065544 del 10 de mayo del 2016**; por medio del cual se negó la solicitud de devolución del 20% retenido por concepto de Estampilla pro-adulto mayor, como de la **Resolución N° 08891 del 23 de junio de 2016**; por medio de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto en contra de aquel y de la **Resolución N° 02886 del 06 de marzo del 2017**; que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión contenida en el Oficio del 10 de mayo del 2016.

Así las cosas y habiéndose verificado el cumplimiento del requisito de la demanda contenido en el artículo 162 numeral 2° y en el artículo 163 del CPACA, no tiene sustento la excepción propuesta por la entidad demandada, **DE “INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES”**, por lo que se declarará no probada.

3.2 De la excepción de “PRESCRIPCIÓN PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN POR RETENCIÓN DEL 20% DE LO RECAUDADO POR LA ESTAMPILLA PRO BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR”

Para resolver, sea lo primero considerar que, mediante petición elevada el día 23 de diciembre del año 2015, reiterada el día 03 de mayo de 2016, el “Hogar del

Anciano de Simacota”, por conducto de apoderado, solicitó a la Oficina Jurídica de la Gobernación de Santander, la reliquidación de los valores cancelados por concepto de la Estampilla Pro-Anciano para el bienestar del adulto mayor, en un 100%, a partir del 05 de enero de 2009, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1276 de 2009 que modificó los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Ley 687 de 2001, por inaplicación del descuento del 20% de que trata el artículo 47 de la Ley 863 de 2003, y como consecuencia, el pago de las diferencias resultantes a favor de dicho Centro; petición que fue despachada desfavorablemente mediante **Oficio N° 20160065544 del 10 de mayo del 2016**. Contra la misma, se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo el primero de ellos desatado mediante **Resolución N° 08891 del 23 de junio de 2016** y el recurso de apelación mediante **Resolución N° 02886 del 06 de marzo del 2017**.

A juicio de la parte actora, con la entrada en vigencia de la **Ley 1276 del 05 de enero de 2009** *“A través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida”*, el descuento del 20% contemplado en el artículo 47 de la **Ley 863 de 2003** *“Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas”* quedó sin efectos en forma tácita, procediendo por tanto la reliquidación en un 100% de los valores que, desde el 05 de enero de 2009, le han sido cancelados al “Hogar del Anciano de Simacota”, por concepto de la estampilla para el bienestar del Adulto Mayor.

Al respecto alega la entidad demandada, como fundamento de la excepción de prescripción propuesta que, el término para solicitar la devolución o compensación de saldos a favor, pagos en excesos y pagos de lo no debido, conforme el artículo 559 de la Ordenanza 077 del 2014, Estatuto Tributario Departamental, es de dos (2) meses, cuando la liquidación del impuesto se efectuó a través de actos administrativos definitivos, término que no fue atendido por la parte actora, por lo que no puede reconocérsele saldos a favor desde el año 2009 cuando solo hasta el año 2017 acude a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Sobre el particular advierte la Sala Unitaria que, el **artículo 559** de la **Ordenanza 77 de 2014** *“Por medio de la cual se expide el Estatuto Tributario del Departamento de Santander”* dispone a su tenor literal:

“ARTÍCULO 559.-TÉRMINO PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN O COMPENSACÉN DE SALDOS A FAVOR, PAGOS EN EXCESO Y PAGOS DE LO

NO DEBIDO. *La solicitud de devolución de impuestos deberá presentarse dentro del término para corregir la declaración del impuesto o la participación disminuyendo el saldo a pagar o aumentando el saldo a favor, salvo para los casos de impuestos de registro y vehículos automotores, cuyo plazo será, en vehículos, de seis (6) meses después de la fecha de vencimiento del término para declarar y los términos fijados en el artículo 161 para el impuesto de registro. Para la devolución de impuestos pagados y no causados o pagados en exceso o de lo no debido o pagos dobles, cuando la Liquidación la realice la Administración desde el principio a través de actos administrativos definitivos, el término devolución es de dos (2) meses”.*

Ahora bien, el artículo 557 del referido Estatuto Tributario del Departamento de Santander dispone en relación con la devolución o compensación de saldos a favor, pagos en exceso o de lo no debido, o pagos dobles:

“ARTÍCULO 557.-DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR, PAGOS EN EXCESO O DE LO NO DEBIDO, O PAGOS DOBLES: *Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución o compensación. La Secretaría de Hacienda Departamental deberá devolver o compensar oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias, cualquiera que fuere el concepto del pago. Cuando el pago en exceso o pago de lo no debido provenga de declaraciones presentadas por el contribuyente, es requisito para la procedencia del trámite, la corrección de dichas declaraciones con la presentación del proyecto de corrección ante la Dirección de Ingresos. Los contribuyentes o responsables que hayan realizado pagos en exceso o de lo no debido o pagos dobles por liquidaciones que realice la Administración desde el principio, a través de actos administrativos podrán solicitar su devolución o compensación.”*

Lo anterior para significar que, el artículo 559 de la Ordenanza 77 de 2014, con fundamento en el cual la parte demandada pretende se declare probada la excepción de “prescripción para solicitar la devolución por retención del 20% de lo recaudado por la estampilla pro bienestar del adulto mayor”, no resulta aplicable, pues lo solicitado por la parte actora no corresponde a la devolución de saldos a su favor liquidados en declaraciones tributarias, ni se deriva de pagos realizados en exceso o de lo no debido o pagos dobles por liquidaciones realizadas por la Administración por concepto de obligaciones tributarias del actor. Nótese que la reliquidación que pretende la parte demandante en ejercicio del presente medio de control y el reconocimiento de las diferencias resultantes de dicha reliquidación, se deriva de la ilegalidad que se reprocha a la retención del **20%** de que trata el artículo 47 de la Ley 863 de 2003, en vigencia de la ley 1276 de 2009, a la Estampilla para el Bienestar del Adulto Mayor, en tanto considera que dicha retención quedó sin efectos de manera tácita con la entrada en vigencia de la Ley 1276 de 2009 y que alega debe inaplicarse en su favor, como beneficiario del recaudo de la estampilla dada su aplicación “a la dotación y funcionamiento de los Centros de Bienestar del Anciano y de los Centros Vida para la Tercera Edad”, difiriendo por tanto lo pretendido por la parte actora, de lo regulado por el art. 559 del Estatuto Tributario del Departamento de Santander.

Aunado a lo anterior, el referido artículo 559 de la Ordenanza N° 077 de 2014 se refiere a los actos administrativos que liquidan la obligación tributaria, mientras que los actos administrativos a que se refiere la entidad demandada en los actos acusados, corresponde aquellos por medio de los cuales la Administración Departamental dispone la distribución y posterior giro de los recursos provenientes del recaudo de la estampilla para el bienestar del adulto mayor, lo que denota una vez más que, la norma en que se fundamenta la excepción que se estudia, no resulta aplicable.

Conforme lo expuesto, la Sala Unitaria declarará no probada la excepción propuesta por el Departamento de Santander, denominada *“PRESCRIPCIÓN PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN POR RETENCIÓN DEL 20% DE LO RECAUDADO POR LA ESTAMPILLA PRO BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR”*.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Santander,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARÁNSE NO PROBADAS las excepciones de *“INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES”* y *“PRESCRIPCIÓN PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN POR RETENCIÓN DEL 20% DE LO RECAUDADO POR LA ESTAMPILLA PRO BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR”*, formuladas por el Departamento de Santander, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, continúese con el trámite conforme lo dispone el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el CPACA, si a ello hubiere lugar.

TERCERO: Efectúense las anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI por intermedio de la Auxiliar Judicial del Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyectado y aprobado por herramienta tecnológica TEAMS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Magistrada

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Mag. Ponente: CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Bucaramanga, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

MEDIO CONTROL	DE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO		68001233300020190017700
DEMANDANTE		SANDRA MILENA ZAPA VÁSQUEZ
DEMANDADO		ESE HOSPITAL REGIONAL DEL MAGDALENA MEDIO
TEMA		CONTRATO REALIDAD
ASUNTO		RESUELVE EXCEPCIONES PREVIAS
NOTIFICACIONES JUDICIALES		Parte demandante: judsaint@hotmail.com Parte demandada: notificacionesjudiciales@esehospitalrmm.gov.co aspicsas2016@gmail.com Ministerio Público: yvillareal@procuraduria.gov.co

Procede la Sala Unitaria a decidir las excepciones previas formuladas por la parte demandada, dando aplicación al 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 el Código General del Proceso y la Ley 1437 de 2011.

I. CONSIDERACIONES:

En virtud del Estado de Emergencia económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional, se dispuso sobre las excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en su Art. 12 que, se decidirán en concordancia con lo regulado en los Arts. 100, 101 y 102 del Código General del Proceso, previo traslado a la parte demandante, por el término de 3 días, el cual se surtió conforme consta a folio 190 del expediente.

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 180 del C.P.A.C.A., en concordancia con el inciso cuarto del artículo 12 del Decreto Legislativo - 806 de 4 de junio de 2020, así como con el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, corresponde a la suscrita Magistrada Ponente proferir la decisión en relación con las excepciones propuestas, en tanto las mismas no se subsumen en aquellas de que tratan los numerales 1 a 4 del artículo 243 ibídem.

2. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS Y SU FUNDAMENTO

Revisado el escrito de contestación a la demanda, se observa que la entidad demandada –ESE HOSPITAL REGIONAL DEL MAGDALENA MEDIO- formuló:

2.1 La excepción previa que denominó: **“INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES –AUSENCIA DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD FRENTE AL ACTO ACUSADO”**, la cual fundamenta en que, la pretensión invocada en la conciliación extrajudicial no versó sobre el acto administrativo 2018-0642 del 31 de julio de 2018, por lo que dicho requisito de procedibilidad no se agotó frente a su nulidad. Que, además, en la petición del 11 de julio de 2018 tampoco solicitó el reconocimiento de una relación laboral sino el pago de derechos laborales de los contratos que denominó “contratos de trabajo”, aun cuando eran contratos de prestación de servicios.

2.2 La excepción previa que denominó: **“INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES –AUSENCIA DE FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES, CUANDO SE TRATE DE LA IMPUGNACIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DEBERÁ INDICARSE LAS NORMAS VIOLADAS Y EXPLICARSE EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN”**, la cual funda en que, la parte actora no fundamentó la causal de nulidad invocada, no esbozó por qué solicita la declaratoria de nulidad del acto administrativo, incumpliendo el requisito establecido en el numeral 4 del artículo 137 del CCA (sic).

3. ANÁLISIS CRÍTICO

3.1 De la excepción que denominó **“INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES –AUSENCIA DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD FRENTE AL ACTO ACUSADO”**

En relación con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, el numeral 1° del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone: *“cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a la nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.”*

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009¹ estableció como requisito de procedibilidad acudir al trámite de la conciliación extrajudicial en derecho cuando se pretenda ejercitar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, siempre y cuando éste verse sobre asuntos de naturaleza conciliable, esto quiere decir, que tengan carácter particular y que sean de contenido económico de conformidad con el artículo 2 de Decreto 1716 de 2009²; por regla general, son materia de conciliación aquellos derechos transables que tengan el carácter de *“inciertos y discutibles”*.

Ahora bien, frente a la obligación de agotamiento de la conciliación extrajudicial respecto de la totalidad de pretensiones, el H. Consejo de Estado³ ha precisado que, las pretensiones que se presentan en la solicitud de conciliación extrajudicial *“no tienen que ser idénticas a aquellas que se formulan en la demanda ante esta jurisdicción sino que basta con que ambas resulten congruentes en el objeto del asunto para entender agotado el requisito”*. Al respecto, y refiriéndose a las subreglas judiciales que orientan la interpretación y la aplicación del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, a fin de efectuar el examen de la relación entre lo solicitado en sede de conciliación extrajudicial y lo demandado en el respectivo medio de control, fijó las siguientes⁴:

“1ª) El deber de someter un asunto a conciliación extrajudicial se limita a aquellos asuntos que la permitan. Aquello sucede, por ejemplo, con los efectos patrimoniales

¹ ARTÍCULO 13. **Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:**

“Artículo 42 A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85,86,87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

² **Artículo 2°.** *Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa.* Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B
Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO (E), ocho (8) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00028-00(58735)

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta. Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro. Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-15-000- 2014-02263-00

relacionados con la expedición de un acto administrativo, pero no en materia de su legalidad.

2ª) La solicitud de conciliación extrajudicial y la demanda no necesariamente deben ser coincidentes en sus textos, como si la conciliación dejase de ser un requisito y adquiriese la categoría de demanda.

3ª) Basta que la demanda y la petición de conciliación resulten congruentes en el “objeto” del asunto, para entender solicitada la reparación integral del daño invocado.

4ª) Si en la solicitud de conciliación extrajudicial se dejó de invocar en forma total un aspecto central del medio de control que se pretende ejercer, impide que se entienda agotado el requisito de procedibilidad. Aquello sucedería, por ejemplo, si en una petición de conciliación se solicitó que la administración admitiera su responsabilidad sobre unos hechos, pero no se discutió acerca de la indemnización del daño, o se solicite declarar un incumplimiento contractual pero no se demande el reconocimiento de los perjuicios causados, etc.

5ª) Si en cambio se hace referencia a mencionado aspecto central del medio de control, la manera como se formule en la conciliación extrajudicial no impide que el mismo pueda ser ampliado o modificado en la demanda.

6ª) En el ámbito probatorio, a pesar que en la solicitud de conciliación deban anunciarse las pruebas que se pretenden invocar en la demanda, en esta podrán introducirse algunas no anunciadas, siempre y cuando las circunstancias que motivan esa conducta sean justificadas”.

Puntualizó además esa H. Corporación, frente a tales subreglas que, *“la aplicación de las mismas deberá adelantarse tomando en cuenta las particulares del caso concreto; la calidad de los demandantes y el objeto del litigio, y en últimas, teniendo presente que los excesivos rigorismos procesales constituyen una injustificada barrera al acceso a la administración de justicia administrativa”.*

En el caso concreto, con vista en la copia del acta de conciliación extrajudicial celebrada el 26 de octubre de 2018 entre el hoy demandante –Sandra Milena Zapa Vásquez- y la ESE Hospital Regional Magdalena Medio, con el fin de agotar el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, se advierte que, constituyeron sus pretensiones:

“PRIMERA: *Se declare por parte de la entidad convocada EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL REGIONAL DEL MAGDALENA MEDIO (...) que a partir de los contratos de prestación de servicios determinado bajo número 081-16 y contrato 021-17, suscritos por la convocante y la*

entidad convocada, se originó una relación laboral entre las partes. **SEGUNDA:** que se llegue a un acuerdo conciliatorio entre EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL REGIONAL DEL MAGDALENA MEDIO (...), con el suscrito como apoderado de la señora SANDRA MILENA ZAPA VASQUEZ (...) por las pretensiones de naturaleza laboral, legales y extralegales surgidas a partir del contrato de prestación de servicios determinado bajo número 081-16 y contrato 021-17, suscritos por la convocante y la entidad convocada. **TERCERA:** Que se paguen en favor de mi apoderada, todas las prestaciones laborales nacidas con ocasión de los contratos de prestación de servicios determinado bajo número 081-16 y contrato 021-17, suscritos por la convocante y la entidad convocada, siendo para tal efectos la suma a pagar de \$84.060.543 por los siguientes conceptos: asignación prestacional (...) cesantías (...) intereses a las cesantías (...) sanción moratoria (...) vacaciones (...) aportes salud y pensión (...) horas extras por traslado (...)."

Frente a tales pretensiones la entidad convocada manifestó "no existe animo conciliatorio en tanto en que para el hospital no hay razones de hecho y de derecho para acceder a las pretensiones de la convocante puesto que su vinculación estuvo conforme al Decreto 1042 de 1978, Ley 269 de 1996, Ley 1164 de 2007 y la Resolución 1058 de 2010 del Ministerio de Protección Social (...)."

Por su parte, las pretensiones de la demanda, formuladas en ejercicio del presente medio de control, corresponden a las siguientes:

"1°. Declarase nulidad (sic) del acto administrativo 2018-0642 de fecha 31 de julio del año 2018, expedido por el (...) Gerente del Hospital Regional del Magdalena Medio, mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral originada por los contratos de trabajo determinados bajo número 081-16 y contrato 021-17, por ende el pago de prestaciones sociales primas, cesantías, intereses sobre cesantías, vacaciones, sanción moratoria por retención de prestaciones, horas extras, aportes a salud y demás derechos reclamados.

2°. Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, ordénese a la entidad EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL REGIONAL DEL MAGDALENA MEDIO (...) pagar en favor de la demandante todas las prestaciones sociales primas, cesantías, intereses sobre cesantías, vacaciones, sanción moratoria por retención de

prestaciones, horas extras, aportes a salud y demás derechos reclamados, que se hubieren podido general por los contratos de trabajo determinados bajo número 081-16 y contrato 021-17.

3°. La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas liquidas de moneda de legal colombiana, y se ajustarán dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor y realizando la respectiva indexación de los valores causados”.

Lo anterior permite evidenciar que, tanto la solicitud de conciliación como la demanda resultan congruentes en el objeto del asunto, esto es, en la declaratoria de la existencia de una relación laboral entre la señora SANDRA MILENA ZAPA VASQUEZ y la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL REGIONAL DEL MAGDALENA MEDIO, derivada de los contratos número 081-16 y contrato 021-17 y el reconocimiento de las prestaciones derivadas de dicha relación, aspectos centrales sobre los que versa el presente medio de control, que permite entender agotado el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, en aplicación de las subreglas del H. Consejo de Estado a que se hizo referencia en párrafos anteriores, no resultando de recibo que la no solicitud de la nulidad del acto acusado en la solicitud de conciliación extrajudicial genere un indebido agotamiento de dicho requisito, más aun cuando la nulidad del acto no se constituye en una pretensión de naturaleza conciliable frente a la que le asista competencia al Agente el Ministerio Público, en sede de conciliación extrajudicial, para emitir pronunciamiento alguno frente a su legalidad, como quiera que ello está reservado al juez contencioso administrativo.

Tampoco resulta de recibo aceptar que, la solicitud que originó el acto acusado, al encaminarse a obtener el pago de las prestaciones derivadas de un “contrato de trabajo”, desconozca el objeto de la controversia y de paso a tener por configurado el medio exceptivo planteado, pues lo cierto es que con independencia de la denominación que se le dé al tipo de contrato, lo cierto es que lo pretendido por la parte actora es el reconocimiento de la existencia de una relación laboral para obtener el consecuente pago de las prestaciones a que afirma tiene derecho, frente a lo cual, en forma expresa la entidad demandada emitió pronunciamiento desfavorable tanto en el acto acusado como en sede de conciliación extrajudicial.

Así las cosas, la Sala Unitaria declarará que no se estructura la ausencia del requisito de procedibilidad de agotar previamente la conciliación prejudicial frente a las pretensiones de la demanda, aclarando que no se trata de una excepción previa,

como en repetidas oportunidades lo ha destacado la jurisprudencia del Consejo de Estado, al no estar enlistada como tal, en el artículo 100 del Código General del Proceso y tampoco en el artículo 180 del CPACA.

3.1 De la excepción denominada: “INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES –AUSENCIA DE FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES, CUANDO SE TRATE DE LA IMPUGNACIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DEBERÁ INDICARSE LAS NORMAS VIOLADAS Y EXPLICARSE EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN”

Al tenor del numeral 4° del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, cuando se impugne un acto administrativo constituye un requisito de la demanda, la indicación de las normas violadas y la explicación del concepto de su violación.

Ahora bien, revisada la demanda, encuentra el Despacho que el mencionado requisito se encuentra satisfecho con el señalamiento expreso en ella efectuado de las disposiciones de orden Constitucional y Legal que con la expedición del acto acusado se consideran por parte de la demandante como transgredidas, y la explicación dada del concepto de su violación, circunscrito a que pese a encontrarse acreditados los elementos de la relación laboral, la entidad demandada desconoció sus efectos, frente a lo cual esta última, en su escrito de contestación, alega la inexistencia de vulneración de normas, así como la inexistencia de subordinación y dependencia, solicitando la desestimación de las pretensiones.

Lo anterior, a juicio del Despacho, resulta suficiente para entender satisfecho el requisito de que trata el numeral 4° del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, el que ha de ser analizado a partir del estudio integral de la demanda, y en observancia del acceso efectivo a la administración de justicia y el derecho de defensa y contradicción que fue debidamente ejercido por la entidad demandada.

En consecuencia, la Sala Unitaria declarará no probada la excepción propuesta por la entidad demandada, denominada: **“INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES –AUSENCIA DE FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES, CUANDO SE TRATE DE LA IMPUGNACIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DEBERÁ INDICARSE LAS NORMAS VIOLADAS Y EXPLICARSE EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN”**.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Santander,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARÁSE NO PROBADA LA AUSENCIA DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DEL AGOTAMIENTO DE LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL CON RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y, LA DE INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES –AUSENCIA DE FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES, CUANDO SE TRATE DE LA IMPUGNACIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DEBERÁ INDICARSE LAS NORMAS VIOLADAS Y EXPLICARSE EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN”, formuladas por la ESE HOSPITAL REGIONAL DEL MAGDALENA MEDIO, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, continúese con el trámite conforme lo dispone el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el CPACA, si a ello hubiere lugar.

TERCERO: Efectúense las anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI por intermedio de la Auxiliar Judicial del Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyectado y aprobado por herramienta tecnológica TEAMS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Magistrada



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Mag. Ponente: SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR

Bucaramanga, veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020)

AUTO DE TRÁMITE ADMITE SOLICITUD DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Exp. 680012333000-2020-00642-00

Parte Demandante **ROBERTO ARDILA CAÑAS** con cédula de ciudadanía No. 91'269.210 y T.P. 64.931
Correo electrónico: robertoardila1670@gmail.com
Parte Demandada: **MARGGY CAROLINA RANGEL BUENO** en su condición de Diputada de Santander en los períodos 2016 a 2019 y 2020 a 2023
correo electrónico: myreya327@gmail.com
Ministerio Público: eavillamizar@procuraduria.gov.co
Medio de Control: **PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADA**
Tema: Se le endilga violación del numeral 1 del art.48 de la Ley 617 de 2000.

El Despacho decide sobre la admisión de la solicitud de pérdida de investidura de la referencia,

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado el 09 de Julio de del año en curso¹, el ciudadano colombiano ROBERTO ARDILA CAÑAS solicita que se decrete la pérdida de investidura de Diputada de la Asamblea Departamental de Santander, que ostenta MARGGY CAROLINA RANGEL BUENO y del que ostentó en el periodo 2016 a 2019, endilgándosele para ello, estar incurso en la ca

usal descrita en el artículo 48.1 de la Ley 617 de 2000².

2. Por auto calendado el pasado 10 de julio de 2020, se dispuso la inadmisión de la demanda por considerarse que no cumplía con:

- ✓ El requisito del artículo 5° literal c) de la Ley 1881 de 2018³, sobre la debida explicación de la causal de pérdida de la investidura esgrimida al no concretarse si la conducta reprochada fue cometida de manera dolosa o culposa con la respectiva prueba que lo acreditase. Destacándose en dicha

¹ Según acta reparto. Archivo No. 07.

² ARTICULO 48. PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.

³“ARTÍCULO 5o. Cuando la solicitud sea presentada ante el Consejo de Estado por un ciudadano, esta deberá formularse por escrito y contener, al menos: (...) c) Invocación de la causal por la cual se solicita la pérdida de la investidura y su debida explicación; (...)”

oportunidad la importancia de determinar modalidad de dolo o culpa desde la solicitud de pérdida de investidura, para garantizar el derecho de defensa del sujeto pasivo en el proceso, y para el entendimiento judicial sobre la acusación⁴.

- ✓ El Artículo 6° del Decreto Legislativo 806 de 2020, en el sentido de demostrar el envío por medio electrónico de la demanda a la diputada cuya desinvestidura es perseguida.

II. CONSIDERACIONES

1. Acerca de la Competencia

En virtud de lo regulado en el Parágrafo 2° del precitado Artículo 48 de la Ley 617 de 2000⁵, corresponde a los tribunales administrativos con jurisdicción en el respectivo departamento decretar las pérdidas de investiduras de los concejales y Diputados.

2. Del Ejercicio oportuno de la demanda.

El artículo 6 de la Ley 1881 de 2018 establece que la demanda deberá presentarse dentro del plazo de cinco (5) años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho generador, so pena de que opere la caducidad.

Así, comoquiera que el hecho generador que se aduce en la demanda recae sobre la participación y deliberación de la demandada en las sesiones del 02 de mayo de 2017 y subsiguientes, en las que se discutieron temas presupuestales del IDESAN, que a sentir del demandante incursionaron a la demandada en la causal de pérdida de investidura establecida en el artículo 48, numeral 1 la Ley 617 del 2000 al materializarse la suscripción por parte de su cónyuge el señor Fabián Rolando Méndez de los contratos de mutuo “a. **Crédito por valor de mil ochocientos veintisiete millones ciento cincuenta mil pesos (\$1.827.150.000) suscrito en 2017.** b, **Crédito por valor de tres mil seiscientos cincuenta y cuatro millones trescientos mil quinientos cincuenta y cuatro pesos (\$3.654.300.554) suscrito en 2017** y c. **Crédito por valor de setenta y tres millones de pesos (\$1.827.150.000) suscrito en 2018.**”⁶, esto es, por hechos que se suscitaron desde el año 2007 a futuro, y habiéndose presentado la demanda el 09 de julio de 2020, en el caso de marras no ha operado la caducidad del medio de control.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-237 de 2012 (M.P.: Humberto Sierra Porto)

⁵ PARAGRAFO 2o. La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.

⁶ Folio 1° del líbello introductorio, hecho QUINTO.

3. Los Requisitos procesales para la admisión de demanda

El artículo 5 de la Ley 1881 de 2018 determina que la solicitud de pérdida de investidura, cuando es interpuesta por un ciudadano, deberá contener: i) los nombres, apellidos, la identificación y el domicilio de quien formula la demanda, ii) el nombre del investigado, iii) la acreditación de la condición del demandado⁷, iv) la causal de pérdida de investidura que se invoca, v) las solicitud de práctica de pruebas, si fuere el caso y vi) la dirección de notificaciones del solicitante. En efecto, en el caso *sub examine* observa el Despacho que se cumplen con los requisitos procesales para la admisión de la solicitud de pérdida de investidura,

Adicionalmente, advierte el Despacho que el solicitante a través del escrito allegado oportunamente el 15 de julio de 2020 enmendó la demanda de acuerdo con las exhortaciones realizadas por el despacho mediante proveído del 10 de julio de 2020.

En consecuencia, se

III. RESUELVE:

Primero. Admitir la Demanda de la referencia y para su trámite se ORDENA:

- a) **Notificar de este proveído a la demandada**, a la dirección electrónica suministrada por el demandante y que se registra en el encabezado de esta providencia, este proveído. Parágrafo: La demanda y la subsanación le fue enviada por el demandante, según folio 10 del expediente.
- b) **Notificar, este proveído a** la señora Procuradora Judicial 158 Judicial II para Asuntos Administrativos, a la dirección registrada en el encabezado de esta providencia.
- c) **Notificar** por anotación en estado electrónico a la parte actora, de esta admisión de demanda, de lo cual dejará certificación en el expediente y le enviará un mensaje de datos a la dirección electrónica por él aportada adjuntándole este admisorio.

Tercero. Surtir por la Secretaría del Tribunal, el trámite correspondiente al traslado por el término de cinco (05) días al

⁷ Folio 11 y ss. Carpeta 5

**demandado, de la solicitud de pérdida de la investidura, conforme al Art.
10 de la Ley 1881 de 2018**

**Parágrafo. Advertir a la parte demandada sobre los deberes
legales (Art. 175 del CPACA),**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Magistrada,

SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR