

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, seis (6) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-23-33-000-2022-00106-00
MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTES	OTONIEL SÁNCHEZ GALLEGO
DEMANDADOS	MUNICIPIO DE AGUADAS – CALDAS; LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS – CORPOCALDAS; Y EMPOCALDAS S.A E.SP.

Procede el despacho Uno del Tribunal Administrativo de Caldas a estudiar si están dados los requisitos de la demanda para proceder a su admisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, en concordancia con los cánones 144, 161 y 162¹ de la Ley 1437 de 2011.

En el *sub lite*, considera la parte demandante se están afectando los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; y los derechos de los consumidores y usuarios.

Por lo anterior, las pretensiones van dirigidas a que se ordene al municipio de Aguadas, a Empocaldas y a la Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas realizar las gestiones administrativas, presupuestales, convenios y cualquier otra acción a efectos de que las aguas lluvias y las aguas de nacimiento que están afectando el predio propiedad del actor sean recogidas y encausadas debidamente; así mismo, para que procedan a limpiar el predio de toda la basura acumulada durante los años debido a la mala canalización de aguas, ya que esta situación ha generado la proliferación de mosquitos y la vulneración del derecho a un ambiente sano.

Según lo expuesto, deberá explicar la razón por la cual presenta el medio de control de protección a los derechos e intereses colectivos, en atención a que se evidencia

¹ Adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021

de los hechos y pretensiones que la posible vulneración de derechos no se presenta frente a una colectividad.

Aunado a ello, de conformidad con el literal d) del artículo 18 de la Ley 472 de 1998, tendrá que precisar la razón por la cual demanda a Corpocaldas, es decir, señalar con claridad cuál es la acción u omisión en que está incurriendo y que causa vulneración a los derechos colectivos.

Así mismo, y como en la demanda se menciona un problema de basuras que caen en el inmueble propiedad del accionante, deberá manifestar de dónde provienen las mismas, y en caso de que sea de predios aledaños al suyo, tendrá que identificar los particulares propietarios, poseedores o residentes de los mismos, incluyendo entre sus datos dirección de notificaciones y correo electrónico, a efectos de vincularlos al proceso.

Según la constancia secretarial que reposa en el archivo #07 del expediente digital, se advierte que la parte demandante no cumplió con la carga establecida en el numeral 8 del 162del CPACA, en el sentido de enviar la demanda y los anexos, y ahora la corrección, a entidades demandadas; y en dado caso de mencionar a algún particular según la anterior orden de corrección, deberá también cumplir con esta obligación frente a los mismos.

De acuerdo a lo expuesto, y de conformidad con el artículo 20 de la Ley 472 de 1998, **SE INADMITE** la demanda de la referencia y se le **CONCEDE** a la parte accionante un término de tres (3) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, so pena de rechazo, para que la corrija la demanda en los siguientes aspectos:

1. Explique la razón por la cual presenta el medio de control de protección a los derechos e intereses colectivos, en atención a que se evidencia de los hechos y pretensiones que la posible vulneración de derechos no se presenta frente a una colectividad.
2. Determinar con claridad la razón por la cual demanda a Corpocaldas; es decir, precisar cuál es la acción u omisión en que ha incurrido y que causa vulneración a los derechos colectivos.

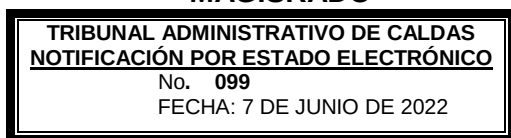
3. Aclarar, en relación con el problema de las basuras que menciona, de dónde provienen las mismas, y en caso de que sea de predios aledaños al suyo tendrá que identificar los particulares propietarios, poseedores o residentes de los mismos, incluyendo entre sus datos dirección de notificaciones y correo electrónico, a efectos de vincularlos al proceso.

4. Allegue la prueba de haber enviado la demanda, los anexos, y ahora la corrección a las demandadas, y en caso de que en virtud del punto anterior haya particulares involucrados, también deberá hacerlo frente a estos.

Se hace saber que el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales el sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co; toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**



Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **269571b6bd31483a75e4a05662d3c36306f0fc30beb65e9c971b3525f6765157**
Documento generado en 06/06/2022 11:43:43 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, tres (03) de Junio de dos mil veintidós (2022)

Radicación	17 001 33 33 001 2014 00132 00
Clase:	Reparación directa
Demandante:	Jesús Antonio Morales Mejía
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
Providencia:	Sentencia No. 105

La Sala 2ª de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a dictar **sentencia de segunda instancia** dentro del proceso de **reparación directa** promovido por el señor Jesús Antonio Morales Mejía contra la **Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial** decidiendo el **recurso de apelación** interpuesto por la **demandada**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Manizales, el veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018), mediante la cual se **accedió a las pretensiones** del demandante.

I. Antecedentes:

1. Pretensiones.

Solicita la parte demandante, que por esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

***“Primero:** Que se declare a la Nación – Rama Judicial, administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios materiales, morales y alteración grave de las condiciones de existencia, causados al señor Jesús Antonio Morales Mejía, por la detención injusta a la que fue sometido desde el 13 de mayo de 2010 hasta el 28 de noviembre de 2011, es decir, por espacio de 18 meses 15 días, sindicado del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo – arts. 208 y 211 – 2 del CP, proceso en el cual, finalmente y mediante providencia proferida por el Juzgado Penal del circuito de Aguadas, fue ABSUELTO, conducta por la que había sido acusado por la Fiscalía General de la Nación.*

***Segunda:** Que como consecuencia de la anterior declaración, la Nación, Rama Judicial, cancele a título de reparación y a favor de mi representado los perjuicios causados así:*

2.1. Perjuicios materiales

2.2. Perjuicios morales

2.3. Perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia (...)

2. Hechos.

Manifiesta el apoderado de la parte demandante que el señor Jesús Antonio Morales Mejía, mayor de edad y residente del municipio de Aguadas, al momento de su detención contaba con 66 años de edad, gozaba de prestigio; fue privado de su libertad durante 18 meses por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, de acuerdo a la denuncia formulada por el menor GL1. No obstante, el 2 de febrero de 2012, el Juzgado Penal del Circuito de Aguadas profirió sentencia absolutoria a su favor.

Afirma que por lo anterior y dado que la noticia de su detención se hizo pública, el demandante padeció 3 infartos durante su reclusión; su casa fue “desvalijada” siendo despojado de sus pertenencias; ocasionando su reclusión perjuicios morales y materiales, así como viendo afectadas sus condiciones de existencia.

También refiere que no ha sido fácil la consecución de empleo una vez recuperó su libertad, y que está en precarias condiciones económicas, pues las personas no le tienen confianza luego de lo ocurrido.

Aduce que no había motivos para imponer al ahora demandante medida de aseguramiento, y que la administración de justicia mediante sus agentes, privó injustamente al señor Jesús Antonio Morales Mejía, afectando sus derechos a la presunción de inocencia, a la resolución favorable de la duda, a la honra y buen nombre, así como a los derechos al trabajo y la locomoción.

3. Fundamentos de Derecho.

Artículos 2, 6, 28, 29, y 90 de la Constitución Política de Colombia

Artículo 140 del CPACA

Artículos 252, 253, 297, 298, 301, 302, 306, 307 y 308 del CPP

Artículos 2341 y siguientes del Código Civil

4. Contestación de la Demanda.

- **Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial** (Folios 147 a 150 C. 1)

Intervino oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, toda vez que los presupuestos fácticos que fundamentan la misma, no conducen a atribuir responsabilidad alguna a la entidad y solicita en consecuencia que se exonere a la demandada de los cargos en ella consignados.

Hace un estudio de las normas relacionadas con la medida de aseguramiento de detención preventiva, la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, y menciona jurisprudencia relacionada; a partir de ello afirma que en la acción penal contra el señor Jesús Antonio Morales Mejía se estudió la

1 Se utilizan las iniciales del nombre y apellido del menor en protección de su identidad y derechos.

comisión de un delito perpetrado contra un menor, rigiéndose por lo dispuesto en la ley 1098 de 2006, aplicando ésta de manera preferente frente a las disposiciones contenidas en otras leyes, y atendiendo de manera subsidiaria lo dispuesto en la ley 906 de 2004; por lo que, debe tenerse en cuenta que el estatuto de infancia y adolescencia tiene por objeto establecer normas especiales de protección de los niños, niñas y adolescentes, lo cual condujo al legislador en el artículo 199, a que una vez reunidos los requisitos para imponer medida de aseguramiento, ésta debe consistir siempre en detención preventiva en establecimiento carcelario, prohibiendo los mecanismos sustitutivos de ésta.

Añade que en el presente asunto se cumplían los presupuestos establecidos en el artículo 308 de la ley 906 de 2004 para imponer la medida de aseguramiento, puesto que en la investigación realizada por la Fiscalía Seccional de Aguadas – Caldas, se acopiaron los elementos probatorios que conducían a establecer razonablemente que el señor Jesús Antonio Morales Mejía, podría ser el autor de la conducta punible de “Acceso Carnal abusivo con menor de catorce años”, contra el menor GLL, según el informe de policía donde consta que el menor aseguró que el citado señor abusaba de él.

Concluye que la medida de detención preventiva cumplió con los requisitos formales y fácticos para proceder a su imposición, y resalta que no equivale a una sentencia condenatoria, sino que requiere la probabilidad del imputado en la responsabilidad del hecho endilgado; sin que, para su imposición se requiera la culpabilidad del individuo.

Propone las excepciones que denomina *“Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del Estado”* y *“Falta de legitimación en la causa por pasiva de la nación – Rama judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración judicial de Manizales”*.

5. El Fallo de Primera Instancia. (Fls. 205 a 221 C. 1)

La Jueza Cuarta Administrativa del Circuito de Manizales, mediante sentencia de 20 de marzo de 2018 resuelve declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Rama Judicial – por los perjuicios ocasionados al señor Jesús Antonio Morales Mejía con ocasión a la privación injusta de la libertad, de la cual fue objeto; y, en consecuencia condena a la entidad a pagar a favor de los demandantes las sumas de dinero por perjuicios morales, perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, y daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos.

La Jueza de Instancia hace un estudio normativo y jurisprudencial aplicable en casos de privación injusta de la libertad, consideraciones relacionadas con el contexto de la violencia sexual de niñas, niños y adolescentes, y los informes existentes al respecto, afirmando que la realidad lleva a reprimir severamente todo acto de violencia sexual contra menores.

Luego hace un estudio del juicio autónomo sobre el dolo civil o culpa grave de la víctima, y sostiene que en la jurisprudencia del Consejo de Estado del año 2015

relacionada con la privación injusta de la libertad, ha hecho carrera el llamado juicio autónomo del dolo civil, en el cual se aparta de la responsabilidad penal y se concentra en el actuar de quien sufrió la privación, estudiando la causal eximente de culpa exclusiva de la víctima; a partir de la jurisprudencia que cita sostiene que el hecho que la presunción de inocencia permanezca incólume, no implica que la comprobación de un actuar civilmente doloso en los términos de la ley civil, vierta la imputación del daño sobre quien fue privado de la libertad eximiendo a las autoridades que determinaron la medida privativa; y concluye que la responsabilidad de las entidades públicas por la privación de la libertad únicamente se ve comprometida cuando se ha descartado que la víctima no haya incurrido en dolo o culpa grave civil.

Estudia las pruebas que reposan dentro del proceso, y se centra en la sentencia del 2 de febrero de 2012 mediante la cual se absuelve al sr Morales del delito imputado, y se pronuncia frente a la causal de exoneración de “Culpa exclusiva de la víctima” a la luz del concepto del dolo civil ampliamente expuesto, y afirma que el Despacho no encuentra conducta contraria al orden social, a la moral o a las buenas costumbres que sea endilgado al ahora demandante, y que, contrario a ello, nada se probó con relación a la conducta del señor Morales Mejía dentro del proceso penal, lo que se complementa con los dichos de los testigos quienes confirmaron la probidad del comportamiento social del acusado, por lo que se descarta la configuración de la culpa exclusiva de la víctima.

Considera la Jueza que de las pruebas aportadas se puede establecer la veracidad de los señalamientos de la demanda en relación con la privación injusta de la libertad de la cual fue víctima el señor Antonio Morales Mejía, por lo que se concluye la responsabilidad del Estado por tal hecho; y afirma que en la sentencia absolutoria se resaltan las falencias de la Fiscalía, refiriendo como error más grave del acusador que nunca procedió con la identificación del acusado, siendo el presupuesto mínimo para la formulación de acusación.

Afirma que no logró probarse que el señor Morales cometió el delito que se le imputaba causándole por ende, un daño antijurídico imputable a la Nación, pues no tenía el deber de soportar los daños ocasionados como consecuencia de haberse impuesto la detención preventiva, y por culminar el proceso con decisión absolutoria; siendo el Estado quien ordenó la detención, incapaz además de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado.

Se pronuncia la Jueza sobre los daños causados al demandante, tanto en su salud emocional, física, en sus bienes, patrimonio y honra; también al detrimento en su salud, en lo laboral y social, perdiendo la capacidad de velar por su sostenimiento; y que, pese a que la medida se tomó porque el acusado representaba un peligro para la sociedad, dicha medida fue una carga que no tenía que soportar, por lo que debe ser resarcido por parte del Estado.

Desestima la tesis de la demandada sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento, y que, ante la ausencia de dolo civil o culpa grave, resulta indiferente que el obrar de la administración de justicia hubiere sido ajustada o contraria a derecho, pues si la víctima no se encuentra en el deber

jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, será intrascendente que el proceso penal se hubiere llevado a cabo de la manera correcta.

Considera la Jueza que al tratarse de una privación de la libertad que culminó con absolución a favor del ahora demandante, y teniendo en cuenta que la entidad demandada no logró demostrar que la privación de la libertad hubiera ocurrido como consecuencia del hecho de un tercero o de cualquier otra causal de exoneración de responsabilidad estatal, concluye que en este caso, se dan los supuestos para predicar la responsabilidad por los perjuicios causados al demandante.

Se pronuncia seguidamente sobre la responsabilidad de la rama judicial, y precisa que para el Despacho es claro que tanto la Fiscalía como el Juez de Control de Garantías y el de Conocimiento tuvieron participación en la presentación y el decreto de la medida; la Fiscalía al solicitarla, el Juez de Control de Garantías al concederla, y la Juez Penal del Circuito de Aguadas, al mantenerla; por lo que se hace necesaria la concurrencia de responsabilidad en iguales proporciones para la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial; y aclara que, el demandante, en virtud del derecho de disposición desiste de las pretensiones en contra de la Fiscalía General de la Nación, por ende la condena habrá de contemplar el monto de los perjuicios a cargo de la Rama Judicial, correspondientes al 50% del total de la condena; terminando la Jueza con el estudio de los perjuicios solicitados y el reconocimiento de los mismos.

6. Recurso de apelación.

Demandada Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (Fls. 229 a 233 C. 1)

La demandada hace una cita de varias tesis jurisprudenciales relacionadas con la privación injusta de la libertad, especialmente se refiere a la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, en la cual afirma que la privación injusta solo se declara cuando la decisión es arbitraria, injustificada e irrazonable; y que, solo en esos eventos el daño se torna antijurídico, sosteniendo que aplicar un régimen de responsabilidad objetivo, no solo es inconstitucional, sino que desatiende los efectos vinculantes de la sentencia C – 037 de 1996, y también transgrede normas convencionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Igualmente sostiene que el daño ocasionado con la privación de la libertad como medida de aseguramiento, no puede reputarse como antijurídico, menos aún por el resultado del proceso penal; hace un estudio de los elementos constitutivos de responsabilidad y afirma que dentro de la investigación adelantada por la Fiscalía Seccional, se acopiaron diversos elementos probatorios que conducían a establecer razonablemente que el señor Jesús Antonio Morales podía ser el partícipe de la conducta imputada.

La demandada hace una extensa cita jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, afirmando que el error jurisdiccional se configura a través

de una providencia proferida en ejercicio de la función de impartir justicia; y que, para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado se debe establecer el nexo causal que existe entre el daño alegado y la actuación del Juez con Función de Control de Garantías; afirma que tal como se dijo en el fallo del proceso penal, existió un error de la Fiscalía y Policía Nacional en la individualización del victimario, aspectos que no se valoran por el Despacho de instancia, por lo que no es procedente reclamar ahora de la demandada la indemnización de los perjuicios que se solicitan.

Reitera que no existe en este caso un daño antijurídico, pues las razones que se tuvieron en la etapa preliminar para limitar el derecho a la libertad del ahora demandado, eran pruebas debidamente recaudadas, que cumplía con los criterios objetivos de la ley 906 de 2004; los operadores judiciales obraron conforme a derecho, siendo responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación la presentación de escrito de acusación; refiere a las sentencias S 49 del 26 de mayo de 2017 y S 71 de 2017, relacionadas con la determinación de responsabilidad de la Rama Judicial en casos similares, en porcentajes entre 60% y 15% a la Rama Judicial, solicitando en este caso la exclusión de solidaridad de la demandada, y exonerarla.

También afirma que se produjo un error inducido por la Fiscalía General de la Nación; no se tuvo en cuenta en este caso la culpa exclusiva de la víctima, pues según el artículo 318 de la ley 906 de 2004, cualquiera de las partes podrá solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento, y que en el caso que se estudia no se hizo uso de este derecho concedido por la ley, extendiendo con su inactividad, la privación de la libertad.

Finalmente se pronuncia sobre las costas procesales, citando sentencia del Consejo de Estado, y afirmando que no se debe imponer éstas de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el proceso, pues deberá tenerse en cuenta la temeridad, mala fe, causación de gastos y demás, pronunciándose el Juez sobre su procedencia o no.

Solicita no tener en cuenta la condena respecto de los bienes constitucionalmente protegidos, pues de acuerdo con la gravedad de los delitos investigados, no se hace un análisis respecto a la tasación; solicitando finalmente se absuelva de cargos a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

7. Alegatos de conclusión de segunda instancia.

Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (Fls. 10 a 12 C. 3)

Reitera la totalidad los argumentos expuestos en el recurso de apelación, haciendo énfasis que en los delitos contra menores, prima las normas *pro infancia y adolescencia*; se apoya en jurisprudencia para afirmar que al momento de proferir la medida de aseguramiento se contaba con elementos necesarios para ella; insiste en la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación que solicitó la medida, y no aportó los elementos necesarios que dieran cuenta de la participación del ahora demandante en el delito imputado; resalta que el tema

investigado tenía que ver un abuso sexual de un menor de edad, lo cual justificada las medidas impuestas a la luz de la normativa vigente.

Finalmente insiste en lo relacionado con la solidaridad de la Rama Judicial, la exoneración de responsabilidad, la existencia de culpa exclusiva de la víctima y la condena en costas.

II. Consideraciones

1. El Problema jurídico.

A juicio de la Sala, de los argumentos planteados en el recurso de la apelación, se deriva que los problemas jurídicos a resolver son los siguientes:

- ¿La medida cautelar de detención que soportó el señor Jesús Antonio Morales Mejía, en el marco del proceso penal seguido en su contra por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo, proceso en el cual fue absuelto, constituye una privación injusta de la libertad?

En caso afirmativo

- ¿A cuál de las autoridades que intervinieron en el proceso penal, resulta atribuible la privación injusta de la libertad de la cual fue objeto el demandante?
- ¿En este caso debe excluirse de responsabilidad a la Rama Judicial – Dirección ejecutiva de Administración Judicial? y en caso de no ser así, es procedente mantener el grado de responsabilidad en una proporción del 50% a cargo de ésta, como lo determinó la sentencia?
- ¿Hay lugar a condenar en costas a la Rama Judicial – Dirección ejecutiva de Administración Judicial?

1. Análisis jurisprudencial.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que consagra la acción de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, o la denominada

teoría del riesgo, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Ahora bien, frente al régimen de responsabilidad aplicable en materia de privación de la libertad de las personas sujetas a detención preventiva dentro de un proceso penal, que a la postre se exoneran de responsabilidad mediante sentencia absolutoria o pronunciamiento equivalente, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con fundamento en la sentencia C-037 de 1996, así como en la sentencia SU 72 de 2018 de la Corte Constitucional, ha sostenido recientemente²:

“5. Responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, en vigencia de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

5.1. La Sección Tercera venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio in dubio pro reo, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación³.

Debe aclararse, en todo caso, que la Sección Tercera del Consejo de Estado no descartaba la aplicación de la falla del servicio para la declaración de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Así lo ha declarado en asuntos en los cuales resulta evidente que se trata de una detención ilegal o arbitraria, en eventos de homonimia o cuando se trata de capturas realizadas para efectos de indagatoria, surtidas las cuales, no se dicta una medida de aseguramiento en contra del imputado en el término legal⁴.

5.2. Las consideraciones anteriores no resultan contradictorias con las conclusiones de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU

²Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A; Consejera Ponente: María Adriana Marín; Sentencia del 5 de Marzo de 2020; Radicación Número: 70001-23-31-000-2005-00434-01(56393); Actor: Arnold Alex Cuevas Sierra; Demandado: Ministerio De Justicia - Fiscalía General De La Nación

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente No. 13468. Reiterada en sentencia de unificación de 17 de octubre del 2013, expediente No. 23354. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Al respecto, entre otras múltiples de la subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pueden consultar las siguientes sentencias: 19 de julio de 2017, exp. 45466, 14 de septiembre de 2017, exp. 47800, 12 de octubre de 2017, exp. 48048, 1 de febrero de 2018, expedientes 46817 y 45146, 10 de mayo de 2018, exp. 45358, 5 de julio de 2018, exp. 47854, 19 de julio de 2018, exp. 52399, 27 de septiembre de 2018, exp. 52404.

72/18⁵, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad.

En efecto, la Corte precisa que, ni el artículo 90 de la Constitución Política, como tampoco el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que establece la privación injusta de la libertad como un evento resarcible, así como la sentencia C-037 de 1996, que determinó la exequibilidad condicionada de ese artículo, determinan un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad⁶.

La Corte Constitucional reitera que en materia de reparación directa se acepta la aplicación del principio *iura novit curia*, de acuerdo con las particularidades de cada caso y que definir de manera rigurosa el título de imputación en estos eventos contraviene la interpretación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de contera el régimen general de responsabilidad estatal del artículo 90 de la Constitución Política⁷.

En el mismo sentido precisa que en determinados eventos, entre los cuales se hace referencia a la absolución por *in dubio pro reo*, y a aquellos en los cuales se declaró atipicidad subjetiva, la aplicación automática de un régimen de responsabilidad objetiva, sin que medie un razonamiento sobre si la privación de la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria vulnera el precedente constitucional con efectos *erga omnes*, esto es la sentencia C-037 de 1996⁸.

De acuerdo con la providencia, el juez puede escoger entre un título de imputación subjetivo u objetivo, de acuerdo con el carácter demostrativo de la prueba recaudada o la absoluta inexistencia de la misma y agrega que las causales de privación injusta de la libertad no se agotan en las que prescribía el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

Por último, la Corte Constitucional, consideró que en todos los casos en los que se reclame la reparación de los daños generados por privación injusta de la libertad debe valorarse la culpa exclusiva de la víctima⁹.

5.3. Para llegar a las anteriores conclusiones, la Corte Constitucional pone de presente que la libertad es uno de los bastiones del Estado Social de Derecho de carácter multidimensional, como valor, principio y derecho fundamental, como se deduce del preámbulo y los artículos 1, 2 y 28 de la Constitución Política, entre otros, bajo el entendido de que valores tales como la democracia, el pluralismo y la dignidad humana no pueden ser concebidos si no tienen como punto de partida la libertad¹⁰.

Sin embargo, la libertad, como otros derechos, no tiene carácter ilimitado y puede ceder en casos excepcionadísimos al disfrute de los derechos por parte de otros individuos o a la búsqueda del bienestar general. La fuente

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

⁶ Ibidem, Acápites 117 y 118.

⁷ Ibidem, Acápites 119 y 120.

⁸ Ibidem, Acápites 121.

⁹ Ibidem, Acápites 124.

¹⁰ Ibidem, Acápites 67 a 69.

principal de esas restricciones es el derecho punitivo, que al mismo tiempo la reconoce de manera principalísima como un principio¹¹¹².

Esas restricciones excepcionales a la libertad, además de los límites constitucionales, están sometidas de manera superlativa a estrictas reglas de competencia, de tiempo para verificar su legalidad, así como a la posibilidad de revisar la pertinencia de la restricción. En el mismo sentido debe hacerse una diferenciación tajante entre dos figuras, pena y detención preventiva, y que esta no puede implicar, de ninguna manera, una vulneración al principio de presunción de inocencia y que, conforme al bloque de constitucionalidad, se encuentran sometidas al criterio irreductible de que sean absolutamente necesarias¹³.

Pero además de la necesidad, ese ejercicio punitivo preventivo del Estado encuentra otro límite, como es el principio de proporcionalidad, que permite desde el ámbito constitucional examinar y neutralizar los excesos de la potestad de configuración del legislador penal, en particular las medidas cautelares dirigidas a afectar la libertad personal de una persona imputada por un hecho punible. La regla de proporcionalidad impone que los beneficios de las medidas preventivas deben ser superiores o razonablemente equivalentes a las restricciones que imponen a los afectados por ellas¹⁴.

Bajo los anteriores parámetros, la Corte Constitucional, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, reconoce que el Consejo de Estado, en aras del principio de seguridad jurídica, ha acudido tanto a un régimen responsabilidad subjetivo como objetivo en determinados eventos, lo cual no contradice, en principio, la jurisprudencia constitucional en cuanto a la interpretación integral del artículo 90 de la Constitución Política¹⁵.

Sin embargo, señala que, en cuatro eventos de absolución, como son que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o porque se aplicó el principio de in dubio pro reo, se ha aplicado el título objetivo de imputación del daño especial.

Para la Corte Constitucional un régimen de tal naturaleza, pasa por alto que la falla del servicio es el título de imputación preferente y que los otros dos títulos, el riesgo excepcional y el daño especial, son residuales “esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación¹⁶¹⁷.

¹¹ Ibidem. Acápites 69 y 70.

¹² Artículos 4 del Decreto Ley 2700 de 1991, 3 de la Ley 600 de 2000 y 2 de la Ley 906 de 2004.

¹³ Ibidem. Acápites 70. Sentencia C-106 de 1994.

¹⁴ Ibidem. Acápites 71. Sentencia C-106 de 1994.

¹⁵ Ibidem. Acápites 101.

¹⁶ Sentencia del 26 de mayo de 2010, 13001-23-31-000-1995-00023-01(18105). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera afirmó. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, Radicación: 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791); Actor: Ana Julia Muñoz de Peña y otros; Demandado: Nación - Mindefensa - Policía Nacional. (...); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, Radicación: 85001-23-31-000-1995-00121-01(14808); Actor: María Elina Garzón y otros; Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Y más reciente, la Subsección B, sentencia del 14 de septiembre de 2017, expediente 13001-23-31-000-2003-01929-01(43413), en la cual se hicieron las siguientes referencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, Exp. 8163 y del 16 de julio de 2008, Exp. 16423.

¹⁷ Ibidem. Acápites 102.

Con fundamento en todo lo anterior, la Corte Constitucional señala que en la sentencia C-037 de 1996 se concluyó que, cualquiera que sea el régimen a aplicar, la calificación de injusta de una privación de la libertad, implica necesariamente “definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho”¹⁸. Frente a este tópico prescribe:

En este punto se precisa que esa comprensión fue plasmada como condicionamiento de dicho artículo, al consignar en el numeral tercero de la parte resolutive que se declaraban exequibles “pero bajo las condiciones previstas en esta providencia, (...)”, entre otros, el artículo 68, sobre el cual en la parte considerativa se había determinado que las reflexiones transcritas eran las condiciones para declararlo exequible¹⁹.

Ahora bien, la Corte señala que las normas que contienen los diferentes supuestos en los que procede la detención preventiva en los ordenamientos procesales penales²⁰, vigentes desde la promulgación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, le son inherentes el juicio de razonabilidad y de proporcionalidad. Sin embargo, los requisitos para imponer la medida de aseguramiento han variado de uno a otro de acuerdo el grado de convicción probatoria requerida, mientras el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 solicitaban de uno o dos indicios graves de responsabilidad, respectivamente, la Ley 906 exige de una inferencia razonable de autoría o participación del imputado²¹.

La Corte insiste en que para una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el juez administrativo a la hora de definir si una privación de la libertad es injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar, debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de “razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”²²²³. Al respecto concluye:

Lo anterior significa que los adjetivos usados por la Corte [razonabilidad, proporcionalidad y legalidad] definen la actuación judicial, no el título de imputación (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es, aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación

¹⁸ Ibidem. Acápite 102.

¹⁹ Ibidem. Acápite 102.

²⁰ La Corte hace referencia al Decreto Ley 2700 de 1991, artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000 y 308 de la Ley 906 de 2004.

²¹ Ibidem. Acápite 103.

²² Ibidem. Acápite 104.

²³ Más adelante señala:

112. En suma, la aplicación de cualquier de los regímenes de responsabilidad del Estado mantienen incólumes la excepcionalidad y los juicios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como la presunción de inocencia que preceden a la imposición de una medida de aseguramiento.

definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares²⁴.

Luego insiste en que el elemento común que exige el artículo 90 de la Constitución Política es la existencia de un daño antijurídico y que la responsabilidad patrimonial se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación, frente a lo cual señala que, la sentencia C-037 de 1996 es consecuente con ese razonamiento a partir de la interpretación del artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que es la cláusula general de responsabilidad del Estado en lo que tiene que ver con la actividad judicial, en la que no se adscribió a ningún título de imputación específico. Y en lo que tiene que ver con la privación injusta de la libertad señaló:

De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse²⁵.

La Corte señala que lo anterior no impide que se creen reglas en pro de ofrecer homogeneidad en materia de decisiones judiciales, pero estas deben fundamentarse en un análisis concienzudo de las fuentes del daño y no en generalizaciones normativas, que no tomen en cuenta las posibilidades que giran en torno a esas fuentes.

5.4. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional, señala que, en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que “el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”²⁶.

En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación, el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y en el segundo se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal²⁷.

Las dos causales anteriores se contrastan con la absolución consistente en que el procesado no cometió el delito y la aplicación del principio in dubio pro reo, la Corte considera que estas requieren de mayores disquisiciones por parte de los fiscales o jueces para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma. En un sistema como el acusatorio no resulta exigible al fiscal y al juez con función de garantías que en etapas tempranas de la investigación penal definir si el imputado ejecutó la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario judicial

²⁴ *Ibíd.* Acápite 104.

²⁵ *Ibíd.* Acápite 104.

²⁶ *Ibíd.* Acápite 105.

²⁷ *Ibíd.* Acápite 105.

*definirá tales asuntos, que solo se pueden definir en la contradicción probatoria durante un juicio oral*²⁸.

*Lo mismo pasaría respecto de eventos de absolución en los que concurre una causal de justificación o una de ausencia de culpabilidad, en los que la conducta resulta objetivamente típica, pero no lo era desde el punto de vista subjetivo*²⁹.

5.5. En conclusión, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, establece que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad”.

A partir de las anteriores pautas, corresponde analizar los hechos en que se fundamenta la presente demanda para establecer si la privación de la libertad del sr Morales devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada de la demandada.

2. Pruebas relevantes:

- Declaratoria de vulneración de derechos del menor G.L.L. mediante resolución No. 14 del 23 de diciembre de 2009 de la Comisaria de Familia de Aguadas. (Fls. 90 a 94 C. 2)
- Copia del acta del equipo técnico PARD de la Alcaldía de Aguadas – Caldas, Comisaría de Familia, del 25 de febrero de 2010, de la Comisaria de Familia de Aguadas suscrita por la titular de esta oficina, y por las profesionales en Desarrollo Familiar y Psicóloga, en la cual constan las actuaciones adelantadas respecto del menor G.L.L. a raíz de la queja interpuesta por su cuidadora (Fls. 15 a 18 C. 2).
- Formato de investigador de campo –FPJ9- del 21 de julio de 2010. (Fls. 98 a 100 C. 2) del cual se extrae textualmente:

“(…) Objeto de la diligencia:

Realizar entrevista judicial al adolescente GLL a quien se le preguntara las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los presuntos abusos sexuales de los cuales fue víctima por parte de los individuos apodados como “Colcana, Toño y Pato nuevo”, dirá quiénes son, cómo los conoció, donde residen, descripción física de los mismos, lugar de residencia, si recibió dádivas y si fue amenazado por los mismos, especificara si ha sido víctima de abuso sexual por parte de otras personas, en caso cierto, que haga un relato claro y detallado de los presuntos abusos, las demás que estime pertinentes”

²⁸ Ibidem. Acápito 106.

²⁹ Ibidem. Acápito 106.

(...)

“El 7 de julio en horas de la tarde se realizó entrevista judicial grabada en filmadora al adolescente GLL, en presencia de su madre sustituta y de la Comisaria de Familia la Localidad de Agudas (...)

3. Escenario del abuso:

(...) de Toño, expresa: Vive en una parte por el colegio el Divino Niño, en Aguadas, el arregla televisores y chécheres, él vive sólo, lo conocí porque fui a preguntar por pato nuevo, en el 2009; él siempre se lo pasaba penetrándome y dándome besos por el ano, él me obligaba a metérmelo a la boca, pasó como tres veces en la casa de él, en la cama (...) Toño es grueso, canoso, con verrugas en la cara, blanco, un poco alto (...)
(Subraya la Sala)

- Boleta de detención número 005 del 13 de mayo de 2010 (Fl. 114 C. 2):

“(...) Sírvese mantener recluido en ese establecimiento carcelario al señor Jesús Antonio Morales Mejía, cedulao con el número 4.333.649 de Aguadas, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Datos biográficos:

Lugar de nacimiento: Aguadas Caldas

Fecha: V-20-1945

Nacionalidad: colombiana

(...)

Alias:

Profesión u oficio: Memorialista

(...)

Dirección de residencia: Calle 5a. Número 6 – 12 Aguadas- Caldas.

Rasgos físicos:

Estatura: 1,67 Mts

Contextura: Normal

Color de piel: Triqueño

Defectos físicos: Ninguno. (...)

- Audiencia preliminar de legalización de captura – formulación imputación – medida de aseguramiento- del 14 de mayo de 2010 (Fls. 117 a 147 C. 2).
Del desarrollo de este acto se destaca:

Solicitó la audiencia la Fiscalía. Consta en el acta que se indica el nombre, se informa al capturado el hecho que se le atribuye, entre otros. El Juez interroga al Fiscal sobre si tiene motivos fundados para ingerir que el capturado participó en la conducta, y se señala que sí.

Se expone que la captura se ajusta a la legalidad y se agregó:

“(...) Luego de identificar e individualizar al comprometido, el Fiscal Seccional de Aguadas, Caldas, hace una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes que le imputa al investigado, en presencia de su Defensora y lo insta para que manifieste si acepta o no los cargos por el delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

La señorita defensora se opone a la imputación.

La señorita Juez después de relacionar los fines de la formulación de imputación procede a impartirle aprobación, toda vez que se presentaron los medios cognitivos que, en efecto, vinculan al señor Jesús Antonio Morales Mejía con los hechos que tipifican la conducta imputada, integrados en este evento por informe médico legal sexológico realizado por medio de perito del Hospital municipal, informe elevado por la Comisaria de Familia el 30 de julio de 2008, entrevista realizada al menor G.L.L. y entrevista realizada a la tía del menor, la señora Lucía Loaiza.

Por parte de la señora Juez, se interroga amplia y suficientemente al indiciado a fin de constatar si entendió los cargos que le hizo la Fiscalía y en caso de allanamiento las consecuencias del mismo.

El investigado Jesús Antonio Morales Mejía No se allana a la imputación

(...)

3. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.

*SOLICITADAS: Detención preventiva en Establecimiento Carcelario.
Artículo 307 Literal A numeral 1 del Código de Procedimiento Penal.*

La Juez interroga a la Fiscal y determina si tiene motivos fundados para inferir que el capturado participó en la conducta investigada Si XX No__

Con las medidas solicitadas se cumplen los fines de evitar:

(...)

Peligro para la comunidad Si XX NO__

Peligro para la víctima Si XX NO __

(...)

Se concedió oportunidad de argumentación al Fiscal XX y a la Defensora Pública XX

(...)

DECISIÓN: De conformidad con el principio fundamental de la libertad que consagra el artículo 28 de la Constitución y desarrolla el C.P.P. en de los artículos 2, 295 y 296, la libertad personal sólo podrá ser restringida o afectada dentro de la actuación procesal cuando sea necesario para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, o para garantizar la seguridad de la comunidad y las víctimas, o el cumplimiento de la pena, exigencias consignadas igualmente en el artículo 308 CPP para la imposición de la medida de aseguramiento.

Como lo expuso la señora Fiscal, la gravedad y modalidad de la conducta imputable al señor Jesús Antonio Morales Mejía, permiten inferir, razonablemente, que su libertad puede poner en peligro la seguridad de la comunidad y de la víctima, que en este evento es un evento menor de edad como lo señala el artículo 310 del código de procedimiento penal.

Por tanto, es viable la medida de aseguramiento que pide la Fiscalía, que no será otra que la detención preventiva en establecimiento carcelario, tal como lo tiene previsto el numeral 2 del artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, en virtud que se procede por el delito que comporta sanción mínima superior a los cuatro años de prisión. Además del artículo 199 del código de infancia y adolescencia, en su numeral primero no permite imponer otra medida, y el numeral segundo de la misma norma, tampoco permite sustitución la medida, y el numeral segundo de la misma norma, tampoco permite sustitución la medida en establecimiento carcelario por la detención en su lugar de residencia.

*Se ordena librar la respectiva orden de detención con destino la Dirección de la Cárcel del Circuito de este Municipio. Por la Secretaría se librarán las respectivas comunicaciones.
(...)”.*

- Del audio de la audiencia se extrae (CD. Fl. 15 C. 3): Obra como investigado Jesús Antonio Morales Mejía, identificado con la cédula de ciudadanía No.4.336.499 de Aguadas, Caldas.

“(...) Concedo el uso de la palabra a la señora fiscal Seccional de este municipio, para que realice la argumentación respectiva sobre la legalidad de la captura, de que fue objeto el señor Jesús Antonio Morales Mejía. Muchas gracias, la Fiscalía Seccional de Aguadas, solicitó antes el Juez de Control de Garantías órdenes de captura, y entre ellas, la de Jesús Antonio Morales Mejía, el señor Jesús Antonio Morales Mejía se encuentra identificado civilmente con la cédula de ciudadanía número 4.333.649, hijo de Antonio y de Gabriela residente en la calle 5ta número 6 – 12 de Aguadas. (...) se solicitó ante el Juez de Control de Garantías las órdenes de captura, y es así, que teniendo presente entonces los hechos a los cuales se le atribuye, según entrevista rendida por el menor G.L.L., debidamente también identificado, el cual, con el registro civil de nacimiento se acreditó que era un menor de edad (...) teniendo presente entonces una entrevista rendida, perdón, teniendo en cuenta una comunicación de la Comisaría de Familia de esta ciudad, en la cual se informa que, el menor GLL (...) se acercó a las instalaciones de la Comisaría con el fin de manifestar que el año pasado, había sido víctima del abuso sexual por parte de cinco personas, que no sabe bien los nombres, pero que si los ve sabe dónde ubicarlos (...) la Comisaría efectivamente hizo entrevista al menor, y dentro de la entrevista el menor, descubre lo que es la parte fáctica, y dice lo siguiente, dentro de la parte fáctica describe: como se refiere a varias personas, él hace relato a la última persona, y dice, la última persona que es un señor que vive por el Divino Niño, que arregla televisores, y equipos, (...) no sólo grabadoras, y equipos, o sea que se hace referencia como a un taller de arreglos de televisores, igualmente dice que, él arregla televisores por el Divino Niño, por esa falda yendo para la cárcel, la casa es una puerta roja y la puerita tiene una ventana donde ve equipos (...) y concretamente dijo que es amigo de pato (...) lo describe como una persona canosa, con bozo, cari rosadito, bajito, tiene la cabeza pelada, tiene muy poquito pelo y es blanquito. Éstas son las características físicas que determina el menor, señala igualmente la casa, y como claro lo dice, lo puede determinar si lo ve, inclusive el día de la entrevista dice, si, hoy lo vi (...) teniendo en cuenta esta parte fáctica del hecho, en qué

consistió, y teniendo en cuenta estas descripciones se hicieron las labores metodológicas tendientes a la identificación y fue entonces como los institucionalizados de Policía Judicial identificaron, determinando de quién se trataba (...) determinan en la tarjeta de la registraduría y es ahí, donde se obtienen los datos correspondientes al señor Jesús Antonio Morales Mejía (...) luego lo ubican y lo identifican con los fundamentos que el menor da, el cual determina su residencia, lo describe físicamente, y algo muy importante, es que determina lo que hace el señor, su oficio, y es así como logran identificarlo y determinarlo, correspondiendo ya a los datos a los cuales hace referencia. (...) en consecuencia se libró la orden de captura la cual hoy se hace efectiva (...) el 13 de mayo de este año, a las 10:45 levantan un acta de derechos del capturado, donde dejan consignados los datos, consignan también la constancia de buen trato (...) teniendo en cuenta las actas de derechos del capturado, la fecha y la hora (...) estando dentro del término legal para efectos de mirar y revisar la legalidad de esa aprehensión (...) solicito a la señora Juez, que teniendo en cuenta los hechos fácticos y las pruebas (...) son éstas las pruebas primarias sobre las cuales la Fiscalía solicitó las órdenes de captura, y sobre las cuales se revisa la efectivización en su legalización señora Juez (...)

La defensora pública expone: (...) Sí su señoría, la defensa encuentra que los requisitos de la orden de captura están acordes con lo preceptuado, en los artículos 295, 296 y 297 del código penal, pero, sin embargo, de los elementos materiales probatorios que ha exhibido la Fiscalía, me permiten conceptuar de que mi patrocinado no es el autor de los hechos que se le endilgan, e inclusive, el menor en su entrevista no lo individualiza, como la persona que yo tengo al lado, por tanto, yo no estoy de acuerdo con que se legalice esta captura, ya que, como lo dije antes, todavía los hechos que el menor ha narrado, no coinciden con la personalidad de mi patrocinado (...)

(...) Teniendo en cuenta que, la orden de captura reúne los requisitos contentivos de la misma, así mismo que, se le respetaron los derechos fundamentales y legales al señor Jesús Antonio Mejía se declara la captura del señor Jesús Antonio Morales Mejía, desde el punto de vista formal y material ajustado a los preceptos legales y constitucionales que autorizan afectar el derecho fundamental a la libertad, y en consecuencia, esta operadora judicial, como Juez de Control de Garantías le imparte aprobación, como quiera que, sobre la plena identificación de la misma, o sobre que el señor acá identificado no es el autor del delito por el cual está siendo investigado pues es objeto del juicio, y no en este estado del proceso (...) la señora defensora pública ha interpuesto recurso de apelación (...)

Audiencia de Formulación de imputación

(...) La defensa ya lo ha manifestado, a pesar de que la imputación sea un acto de mera identificación no está de acuerdo con la realizada por el señor Fiscal por los hechos endilgados a mi representado, toda vez que no existe claridad, y, ni siquiera el menor sabe identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, y tampoco qué persona efectivamente fue la que lo abusó, por tanto, la defensa no está de acuerdo con la imputación (...).

La Fiscalía dice: “(...) Aquí Jesús Antonio Morales Mejía ha sido identificado por el menor, en el cual determina sus características físicas como quedó plasmado en las audiencias precedentes, y de igual manera, pues creo que, sobra volver sobre la descripción la misma, y el sitio donde vive, así fue identificado por las labores de policía, teniendo presentes los elementos materiales probatorios como es la entrevista rendida ante la doctora Yulía Elizabeth López Pérez, en cumplimiento de una misión determinada por la Comisaría de Familia, quien, informa y tuvo conocimiento de los hechos (...)

En razón a que el niño GLL ha identificado el lugar de residencia del señor, los rasgos físicos, su actividad, también estoy de acuerdo en que se le imponga la medida de aseguramiento en centro penitenciario (...)

“(...) Señoría la defensa no está de acuerdo con que usted imparta aprobación a la medida de aseguramiento toda vez que, de conformidad con el artículo 308 del código de procedimiento penal (...) en primer lugar de los hechos materiales probatorios allegados a la fecha no se puede inferir razonablemente que mi patrocinado haya cometido el abuso sexual contra el menor GLL (...)” (Subraya la Sala).

Solicitud de medida de aseguramiento de la Fiscalía y resolución por parte del Juez de Control de Garantías:

La Fiscalía expone: “(...) *Sustento la medida teniendo en cuenta entonces el artículo 313 (...) no hay lugar a detención preventiva de carácter domiciliario, por esto entonces, y por la misma naturaleza del mismo delito, solicita la Fiscalía se aplique entonces medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión (...).*

La Juez de Control de Garantías considera: “(...) *De conformidad con el derecho fundamental a la libertad (...) en el evento que hoy nos ocupa, en efecto y como lo ha expuesto la señora Fiscal no solo la gravedad de la conducta imputable al señor Jesús Antonio Morales Mejía, sino también para proteger a la víctima que es un menor llamado G.L.L. se permite acceder a la medida de aseguramiento que pide la Fiscalía, igualmente, teniendo en cuenta el artículo 303 del Código de Procedimiento Penal, numeral segundo (...). Teniendo entonces elementos cognoscitivos que vinculan al señor Antonio de Jesús Morales Mejía con los hechos que han sido expuestos en esta audiencia, se considera la medida necesaria en la forma como quedó en esta audiencia, como quiera que los derechos fundamentales del menor deben ser protegidos y evitar que se le siga causando el perjuicio que se le ha venido realizando (...) para tal fin ordena se libre la respectiva orden de detención con destino a la cárcel de esta ciudad (...)*”

- Formato medida de aseguramiento (Fl. 122 C. 2)

“(...) Identificación del sindicado Jesús Antonio Morales Mejía (...) dirección de residencia Calle 5 número 6 – 12, Aguadas – Caldas (...) profesión u ocupación: Memorialista rasgos físicos: estatura: 1,67 mts. Color de Piel: Trigueño. Contextura: Normal.” (Subraya la Sala).

- Escrito de acusación (Fls. 132 y 133 C. 2):

“(...) Fecha 11- 06 – 2010 (...) Identificación del acusado (...) Jesús Antonio Morales Mejía (...) Edad: 64 (...) Alias o apodo: Toño Barreto (...) Lugar de residencia. Dirección Calle 5ª No. 6 – 12. Barrio: Centro (...).

GLL de trece (13) años de edad, residente en la vereda Peñoles de este municipio, Aguadas, manifiesta ante la Comisaría de Familia, la Doctora Leydi Jaramillo Marulanda, que viene siendo víctima de Abuso Sexual, por parte de cinco (5) personas, que no sabe bien los nombres, pero los puede identificar si los ve, ya que se sabe dónde ubicarlos y que estas personas le daban \$ dos mil pesos (\$2.000.00) cada vez que era abusado.

En desarrollo de la actividad metodológica de la investigación, se trazó como objetivo obtener los elementos materiales probatorios y evidencia física, conducentes al esclarecimiento de los hechos, la verificación de las manifestaciones iniciales, la individualización e identificación de los autores y partícipes del delito, en relación con la hipótesis delictiva y por último la ratificación de los actos de investigación.

Consecuencialmente, como resultado de la investigación se estableció con seguridad las situaciones de realización del hecho, en el tiempo, en el lugar y la forma como el menor GLL, fue víctima de actos sexuales, por el Señor Jesús Antonio Morales Mejía, a quien describe físicamente, indica el lugar donde está ubicada la casa donde reside, la describe porque es precisamente donde relata la manera en que tuvo ocurrencia los hechos.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

El señor, TOÑO BARRETO, cuando me conocí con él, me dijo que fuera a la casa, cuando él iba entrando le dijo, que si él era el mozo de PATO NUEVO; yo le dije que no, fue entonces cuando haló al menor de las manos y se le pegó de la boca, no había gente en la calle, lo entró a la casa, lo acostó en la cama, el menor ahí mismo se quitó la ropa porque él le dijo y él, o sea TOÑO BARRETO, se quitó la ropa, le daba besos en la boca (...) esto ocurrió muchas veces. (...)

Dice que es canoso, cari rosadito, tiene la cabeza pelada, tiene muy poquito pelo y es blanquito (...) La casa del señor TOÑO BARRETO, EL AMIGO DE PATO, este es el del taller, que queda por el Divino Niño, por esa falda (...).

DE LA CONDUCTA PUNIBLE

De los elementos materiales probatorios, las evidencias físicas, de la información legalmente obtenida, que relvarán al conocimiento del JUEZ DE CONOCIMIENTO, durante la actividad probatoria, LA EXISTENCIA DE LOS HECHOS CARACTERIZADOS COMO DELITO, LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA CONDUCTA PUNIBLE Y LA CONSIGUIENTE REPSONSABILIDAD MAS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE, LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a través de esta delegada presenta escrito de acusación a efecto de: ACUSAR al señor Jesús Antonio Morales Mejía como autor de la conducta punible (...)” (subraya la Sala)

- Boleta de detención número 016 del señor Jesús Antonio Morales Mejía de junio 15 de 2010 (Fl. 145 C. 2).

“(...) Fecha: Junio 15 de 2010.

Fecha de detención: Mayo 13 de 2010.

(...) Sírvase tener detenido en este establecimiento da presenta escrito de acusación a efecto de: ACUSAR al señor Jesús Antonio Morales Mejía (...)

Profesión u oficio: Memorialista

(...)

Rasgos físicos:

Estatura 1.67

Color de piel: Trigueña

Contextura: Normal

Defectos físicos: (...)” (subraya la Sala)

- Valoración psicológica realizada al menor G.L.L. en la ESE Hospital San José de Aguadas, Caldas (Fls. 180 a 192 C. 2), en la cual describe lo ocurrido con el amigo de “alias Pato”, en este caso llamado Jesús Antonio Morales Mejía:

“(...) La última persona es un señor que vive por el Divino Niño, que arregla televisores y equipos, no televisores no, solo grabadoras y equipos (...) por el Divino Niño por esa falda yendo para la cárcel, la casa es una puerta roja, y la puerta tiene una ventana, donde vea equipos ahí es (...) es canoso, boso, cari rosadito, bajito, tiene la cabeza pelada, tiene muy poquito pelo y es blanquito (...)” (Subraya la Sala)

- Informe técnico médico legal y sexológico del menor GLL (Fls. 208 y 209 C. 2):

“(...) Conclusión: el relato del menor es claro y orienta hacia la existencia de abuso sexual (...) tipo tocamientos y penetración anal por miembro viril erecto. El examen anal presenta un ano moderadamente hipotónico, el cual es dilatable. Lo anterior puede permitir el paso de miembro viril erecto o similares vía anal sin que se generen lesiones (...) que sus declaraciones son contundentes y precisas (...)”

- Peritaje del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 9 de julio de 2010 (Fls. 210 a 218 C. 2):

“(...) CONCLUSIONES

(...)

2. El niño GLL en la versión que hace sobre los hechos aporta elementos que permiten considerar verosimilitud en su versión.

(...)

4. Por la edad que presentaba el menos para la época de los hechos no tenía la suficiente madurez psicológica para comprender la naturaleza magnitud y consecuencias de las relaciones sexuales (...)”.

- Formato investigador de campo –FPJ9- (Fl. 362 C. 2):

“(…) Me permito informar a este despacho las actividades realizadas de acuerdo a la orden de Policía Judicial en donde se logró obtener la respectiva fotografía del inmueble en donde residía el señor Jesús Antonio Morales Mejía, sitio señalado por el menor como el lugar de ocurrencia de los hechos, inmueble ubicado sobre la calle 5 N°. 6 – 12 5 sector centro, vivienda de dos plantas, fachada construida en bareque de color blanco y rojo, posee unos bajos con puerta de ingreso de madera de color rojo.

Así mismo, se solicitó a la defensa del imputado (...) llevar a cabo la diligencia de reconocimiento en fila de personas al día 22 de junio del presente año con el propósito de verificar la identidad del mismo, manifestando por escrito que se oponía a dicha diligencia porque considera que no es un acto de investigación que se pueda hacer en esta etapa”

- Fotocopia de fotografía de la fachada de una vivienda (Fl. 363 C. 2):

En este documento se lee: *“inmueble del imputado Giraldo de Jesús Tobón Tabares, lugar donde fue accedido el menor”*. De forma manuscrita se anotó: *“Evidencia No. 6 Fiscalía”*.

- Evidencias presentadas por la Fiscalía Juicio Oral – septiembre 6 de 2011 (Fls. 361 a 363 C. 2):

“(…) resultados de la actividad investigativa.

Me permito informar a ese despacho las actividades realizadas de acuerdo a la orden de Policía Judicial en donde se logró obtener la respectiva fotografía del inmueble donde reside el señor Jesús Antonio Morales Mejía, sitio señalado por el menor como lugar de ocurrencia de los hechos, inmueble ubicado sobre la calle 5 N° 6 – 12 5 sector centro, vivienda de dos plantas; fachada construida en bareque de color blanco y rojo, posee unos bajos con puerta de ingreso en madera de color rojo.

Así mismo se solicitó a la defensa del imputado la doctora Nancy Restrepo Giraldo, llevar a cabo diligencia de reconocimiento en fila de personas el día 22 de junio del presente año, con el propósito de verificar la identidad del mismo, manifestando por escrito que se oponía a dicha diligencia porque considera que no es un acto de investigación que se pueda hacer en esta etapa.” (subraya la Sala).

- Acta de audiencia pública de juicio oral de fecha 28 de noviembre de 2011, en la cual se dispuso la orden de libertad inmediata para el señor Jesús Antonio Morales Mejía (Fls. 431 a 435 C. 2). De la misma se extrae:

“El perito psiquiatra expone (...) las características que da del señor es que, el señor es grueso, es decir gordo, de bigote, canoso, dice que usa vestidos normales como para señor (...) el lugar donde se ubica es, una casa cercana al vecindario de donde el señor “Pato Nuevo” (...) de todas maneras aquí si hay algo, e insisto, que sería como ingenuo y un tanto acomodado del joven (...) en eso es a lo que yo hago referencia que el caso tiene como ciertas diferencias en la parte descriptiva realmente, respecto a los demás, y como que hay menor claridad en ese sentido (...) uno esperaría que hubiera más claridad por ser un caso, digamos que más reciente (...) la versión como la hace, como que no tiene la misma

estructura, a misma claridad de los casos anteriores, por eso también en este caso pienso que es muy importante contar con otra serie de pruebas y versiones que se puedan obtener respecto al mismo caso (...) yo en ninguno de los casos tengo la certeza que los hechos ocurrieron (...) digamos que en el caso 5, yo coloco que hay ciertos elementos de verosimilitud, pero no obstante, estando acá en la audiencia, considero que se aparta un poquito respecto de los otros casos y la manera como lo hace (...). Se anunció el sentido del fallo absolutorio.

- Boleta de libertad número 22 de 28 de noviembre de 2011 (Fl. 436 C. 2):
“Sírvasse poner en LIBERTAD inmediata por este proceso, o dejar a disposición de otra autoridad competente siempre y cuando fuere legalmente requerido el señor: JESÚS ANTONIO MORALES MEJÍA (...) C.C. Nro. 4.333.649 (...) Profesión u oficio: MEMORIALISTA (...).”

- Sentencia de 2 de febrero de 2012, del Juzgado Penal del Circuito de Aguadas, Caldas (Fls. 444 a 484 C. 2), mediante la cual se decide absolver al señor Jesús Antonio Morales Mejía, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo. De esta providencia se resalta:

“(...) En el caso que nos ocupa, tal como se dijo al anunciar el sentido del fallo, no se reúnen a cabalidad las exigencias probatorias precisadas en el artículo 381 del C. de P.P., para dictar una sentencia condenatoria por la conducta de Acceso Carnal abusivos con menor de catorce años en concurso homogéneo contra el acusado, dada la presencia de Insalvables dudas probatorias, las cuales deben ser resueltas a favor del acusado en acatamiento del principio "In dubio pro reo" de que trata el artículo 70 del C.P.P., pues además se cumplen a cabalidad los presupuestos que su reconocimiento exige la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

Considera esta funcionaria que la prueba practicada si bien es suficiente sólida para demostrar la materialidad de la conducta investigada, resulta deleznable para llevar a la certeza en punto responsabilidad penal del acusado en la misma pues además de las irregularidades en los actos de investigación que dieron al traste con la debida identificación e individualización del presunto abusador, se tiene que el menor además de incurrir en inconsistencias que desdibujan su señalamiento tiene serias dificultades en su proceso de rememoración.

(...)

Sin embargo, la responsabilidad del acusado ofrece serias dudas para la suscrita Jueza que como es obvio, deben ser resueltas a su favor pues si bien es cierto el menor G.L.L. ha sido persistente en señalar que el último hombre que lo abuso fue un tal "Toño" o "Toño Barreto" e incluso en el juicio fue bastante detallado en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de esos hechos, con todo y ello, dicho señalamiento se torna deleznable no solo porque aquí hay una indebida identificación e individualización del mencionado sujeto, que no sabemos si corresponde o no al acusado, sino por las inconsistencias en que incurre el menor, en lo cual como se verá jugó un papel importante la Fiscalía.

En este asunto, la Fiscalía no controló los actos de investigación desplegados por la policía judicial, no veló porque que el investigador que

tuvo a su cargo el desarrollo del programa metodológico para el esclarecimiento de unos hechos, tan graves como los que aquí no ocupan, ajustara sus actividades Investigativas a la legalidad. Por el contrario, dicho delegado de la Fiscalía, como se verá más adelante, patrocina dichas Irregularidades.

Se le olvidó al señor Fiscal que el Reconocimiento fotográfico y el Reconocimiento en fila de personas, constituyen actos de investigación, necesarios, óigase bien cuando existen dudas acerca de la individualización de quien es señalado autor de un delito, como aconteció en este caso.

(...)

La debida individualización e identificación del responsable de la conducta punible, tiene por fin garantizar que los derechos del procesado sean mantenidos incólumes, cosa que aquí no se hizo, para lo cual es necesario que se haga del responsable un señalamiento "cierto, preciso e inequívoco", el cual como quedó planteado se logra plenamente mediante el reconocimiento fotográfico o en fila de personas, que aquí se echa de menos.

Pero lo que más le extraña a esta funcionaria es que se reconozca por el insigne Fiscal, que ahora abandera una solicitud de condena, que la investigación tuvo sus falencias y que echa de menos un reconocimiento fotográfico que se hubiera podido realizar para establecer si los capturados fueron los mismos que el menor G.L.L. señaló, pero que eso no es óbice para que se diga que la Fiscalía no probó la responsabilidad del acusado en estos hechos, más allá de toda duda.

Lo anterior porque la descripción morfológica que suministró el menor en el juicio, respecto de su ultimo abusador "Toño Barreto" a quien se refiere como "el señor Toño Barreto", y no porque la Fiscalía se haya tomado la molestia, como era su deber de interrogarlo al respecto, sino porque esta funcionaria, lo hizo en el interrogatorio complementario, como que sabe que "es un señor canoso, grueso, ya anciano", resulta precaria a los propósitos de identificar a un presunto abusador (...)

Sin embargo en el escrito de acusación se describe al acusado como una persona de 1.68 de estatura, sin ningún otro dato; y con un agravante, la persona juzgada en esta oportunidad si bien es una persona ya mayor, en modo alguno tiene esa característica especial en su rostro, a la que hace alusión el muchacho, quien dicho sea de paso, debió haberlo descrito muy bien si se tiene en cuenta que según lo manifestó, lo accedió en múltiples ocasiones y con un agravante, como se verá, incluso estuvo con él luego de denunciar los hechos.

Y pese a que con una descripción tan somera y superficial como la realizada por el menor, tanto en la etapa Investigativa como en el juicio, era imposible identificar o por lo menos individualizar a alguien, el mencionado investigador no se tomó ni la molestia de acudir a ninguno de los métodos de identificación que trae el C.P.P., bajo el argumento que se solicitó a la

defensa, informándole día y hora, pero dijo que no porque consideraba que era acto de investigación que no se podía realizar en esa etapa.

(...)

Recuérdese que, conforme al marco fáctico de la acusación, el menor manifestó ante la Comisaria de Familia que venía siendo abusado por 5 sujetos "que no sabía los nombres pero que si los veía los podía identificar", manifestaciones en las que recabo ante la sicóloga y el psiquiatra, sin embargo, nada se hizo para corroborar que en efecto el menor estuviera en condiciones de reconocer y diferenciar a cada uno de sus presuntos abusadores.

Como se observa, nada hizo por parte de la Fiscalía para determinar que efectivamente el aprehendido Jesús Antonio Morales Mejía fue la persona que describió el menor G.L.L., de distintas maneras en cada una de las atestaciones que rindió, y lo más importante si el acusado era el famoso "Toño" de que le había hablado el menor al investigador y al psiquiatra, e incluso si es el "Toño Barreto" al que se refiere ya en el juicio.

Sin embargo, según la Dra. Yuri Eliseth López Pérez, quien realizó valoración psicológica a principios de marzo de 2010, es decir un mes largo después de la denuncia y de la valoración sexológica, el menor dijo respecto de este caso "es un señor que vive por el Divino Niño, que arregla grabadoras y equipos..., es canoso, boso, cari rosadito, bajito, tiene la cabeza pelada, tiene muy poquito pelo y es blanquito", "con este último señor fue como en noviembre" (entiéndase de 2009), sin que refiriera apodos del presunto abusador, y lo más importante que el menor dijo que conoció al "señor" porque le pregunto por un tal "Pato", porque quería saber si a "Pato" le gustaban los hombres, las mujeres, o los dos; y ahí fue cuando estuvo con "ese señor", solo habló de un encuentro con "ese señor", porque ya después no lo volvió a ver.

(...)

Como se observa, se trata de un marco temporal bastante amplio, porque abarca prácticamente todo el 2009, y el primer trimestre del año 2010, sin embargo cuando la Fiscalía formula la acusación se limita a decir que los hechos ocurrieron a finales de enero de 2009 (fl. 26); ¿De dónde sacó dicha delegada esa información?, muy seguramente fue le suministrada por el menor, en cualquiera de las Irregulares diligencias que fueron realizadas bien por el Fiscal que conoció inicialmente del asunto, por el investigador asignado para el desarrollo de las pesquisas tendientes al esclarecimiento de los hechos, y/o por el señor personero. O, simplemente dedujo que los hechos se presentaron en esa fecha "finales de enero de 2009" por la fecha de la denuncia 30 de julio de 2008.

(...)

Sin embargo, en el escrito de acusación y ya en el juicio se habla de "Toño Barreto", dos remoquetes bien distintos independientemente que parezca que con ellos se califica a alguien de nombre Antonio, pero lo que sí resulta bastante dudoso es lo del tal "Barreto", sobretudo porque según el muchacho ese apodo se lo dio a conocer el hijo de un tal Gildardo, y según

el investigador Julián David Idárraga Valencia, el menor se refería a esta persona como "Toño".

(...)

En síntesis, todas y cada una de las actividades aludidas por el investigador Julián David Idárraga están viciadas de ilegalidad, pues se determinó que en principio realizó entrevistas informales al menor (aunque fue negado por éste), de donde pudo conocer la ubicación de la residencia del acusado, sin la presencia de un Comisario o Defensor de Familia, sin el permiso y acompañamiento del representante legal del menor, desconociendo lo plasmado en el artículo 150 del C.I.A.

Esta situación tal como lo pregonan el artículo 29 de la constitución nacional, se torna ilegal (no haber dado cumplimiento al artículo 150 del código de infancia y adolescencia, para entrevistar al menor G.L.L.), recordemos que la prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances hacia los "actos de investigación" y "actos probatorios" propiamente dichos, es aquella: en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley.

Lo anterior para decir que todas las manifestaciones del menor realizadas al señor Fiscal del momento, a dicho Funcionario de Policía Judicial y al Personero, al igual que las actividades desarrolladas a partir de los dichos del menor G.L.L. debe aplicarse, como es obvio la regla de exclusión pues el investigador de la Sijin obvió normas elementales de procedimiento penal, como era la de entrevistarse con el menor dando cumplimiento al artículo 150 del C.I.A.

(...)

De igual modo habrá de decirse que se trató de una investigación poco seria, superficial y ligera, pues para unos hechos tan graves como los denunciados, resulta absurdo que la misma se haya adelantado en tan poco tiempo, evidenciándose que durante la misma quedaron grandes vacíos, en especial su marco temporal y modal, con las consecuencias que ello genera para el ejercicio del derecho del Defensa.

(...)

A dicha investigación le faltó dirección por parte de la Fiscalía y en la misma se irrespetaron reglas del debido proceso olvidándosele el Fiscal de momento que si bien el fin del proceso penal es la búsqueda de la verdad, dicha tarea se debe someter a unas reglas que respeten el debido proceso, situación que aquí se echa de menos en cada una de las actividades desplegadas por la policía judicial.

(...)

Y le llama la atención a la suscrita porque se trata de un argumento que no se aparea con la objetividad que debe caracterizar las actuaciones de la

Fiscalía y la precisión temporal y modal que debe tener la acusación; de hecho no se puede esperar que el acusado tenga que soportar la desidia y la irresponsabilidad de la Fiscalía quien contando con una información a partir de la cual pudo direccionar la investigación y emitir las ordenes correspondientes, frente a cada uno de esos presuntos abusadores, no lo hizo y/o no controló las actividades de la policía judicial, para que se hiciera lo "legal y lo propio", máxime cuando contaba con una actuación administrativa en el I.C.B.F. donde pudo encontrar información suficiente para ubicar temporal y espacialmente al menor y/o confrontar la información que fue suministrada por él, no solo al Fiscal del momento, cuando lo entrevistó, sino al Personero y al Pt. Julián David Idárraga Valencia.

*De otro lado, las pericias aquí rendidas en modo alguno demuestran responsabilidad como lo aduce Fiscalía y el Representante de Víctimas, ninguna información que pudiera comprometer al acusado ofreció el menor a dichos profesionales que pueda cambiar los resultados del proceso, empezando porque a la primera ni siquiera le refirió apodo alguno de su último abusador, recuérdese que dijo "es un señor que vive por el divino niño", que los hechos ocurrieron una vez por allá en noviembre de 2009; en cambio al segundo, sí le dice que "Toño" lo penetró en repetidas ocasiones, hechos ocurridos a finales de marzo de 2010.
(...)*

Así las cosas, en el presente asunto y de acuerdo a la valoración que en conjunto ha realizado esta funcionaria de los distintos medios de prueba, legal y oportunamente allegados, contrario a lo afirmado por el Fiscal y el Representante de las víctimas, existen insalvables dudas en torno a la responsabilidad del señor Antonio Morales Mejía en los hechos objeto de acusación.

(...)

La Fiscalía General de la Nación no probó su teoría del caso, si bien existe prueba sobre la existencia del hecho, emergen muchas dudas sobre la responsabilidad del señor Jesús Antonio Morales Mejía, eso sin dejar de lado que no se allegó la debida individualización la identificación, situaciones que llevan inexorablemente a la aplicación de la figura del indubio pro reo, consagrado en el artículo 7 del C.P.P., esto es, toda duda se resuelve a favor del reo. (...)" (Subraya la Sala).

- Prueba testimonial en audiencia de pruebas (Fls. 192a 194 C. 1):

Testimonio de José Sánchez Echeverry:

"(...) yo siempre conocí a Antonio en un estado de salud muy bueno, porque siempre hacía deporte, pero, cuando estuvo en la cárcel su estado era depresivo, y además se empezó a volver parco, y, empezó a demostrar signos de deterioro de la salud (...)él desempeñaba las funciones que decimos coloquialmente como de tinterillo (...) siempre tenía un carácter afable, era una persona querida por el medio (...) cuando él salió de la cárcel se veía muy afectado emocionalmente, continuamente decía que se había cometido una injusticia con él, se volvió más distante con la gente, aparte que mucha gente ya no lo buscaba porque fue como año y medio

que estuvo en la cárcel, y los potenciales clientes ya estaban buscando otras alternativas, entonces él se sintió muy afectado y eso le empezó a disminuir ostensiblemente la salud (...) él antes y después siempre ha trabajado en esa actividad de hacer memoriales y cosas de esas, y también como con una especie de compra venta menor (...) a él se le vio reducida su economía, porque la gente, él tenía cierto nivel de aceptación con los campesinos, y como él estuvo detenido tanto tiempo (...) ya después que él salió él mismo nos decía a los amigos, que ya la gente no volvió o no se volvieron a presentar casos (...)”

Testimonio de René Galvis Sánchez:

“(...) en ese tiempo cuando el señor Antonio fue privado de la libertad (siempre hablaba de un montaje (...) antes de ser privado de la libertad yo hice deporte con él (...) después de la privación él si bajó mucho, ¿qué dice el pueblo?, ¿qué dice la gente?, ¿qué hablan de mí, ¿qué sabe usted? Lo noté “cabizbajo” (...) él era un tinterrillo muy reconocido (...) ya después como que la gente le cogió como recelo, pereza, ya no era el mismo, ya no jugaba ajedrez con nosotros, ya no quería montar en bicicleta (...) ya no es la persona que era antes de estar privado de la libertad (...) yo siento que ya no era lo mismo, él era negociante, negociaba mucho, ya no se defendía tanto (...) él era una persona solvente (...) él decayó mucho (...) yo considero que él se acomplejó demasiado (...) yo considero que es muy perjudicial la cosa, en el sentido de que no se quiere como vincular a la sociedad en forma como tal, no es la misma persona, es una persona totalmente aislada, es una persona que piensa mucho en el qué dirán (...)”

Testimonio de Alonso Henao:

“(...) él me dijo a mí que eso había sido un montaje, que era una cosa muy injusta. Lo segundo, que estando detenido allá le robaron en el apartamentico dos veces (...) tenía mucho conocimiento de la función judicial, allá lo llamábamos tinterillo, él hacía eso, ganaba platica haciendo eso, él hacía memoriales (...) con eso hacía platica también, entendía mucho de eso (...) quedó muy mal, el salió como una depresión bastante alta, la mayoría de la gente venía a preguntarme por él, y decía que está detenido (...) cuando él salió, ya prácticamente nadie lo buscaba por ahí para nada (...) muy mal, el desde que salió de la cárcel salió muy mal, empezando porque a él le dieron dos pre infartos de allá (...) él quedó muy mal de trabajo (...) él quedó muy mal, desubicado con esa detención (...)”

3. De la medida de aseguramiento contenida en la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal)

Debe decirse, en primer lugar, que el proceso penal se llevó a cabo bajo la vigencia de la ley 906 de 2004, y los artículos 306, 307 y 208, vigentes al momento de los hechos disponen:

“Artículo 306 El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales

se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente

Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia

"Artículo 307. Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

- 1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.*
 - 2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;*
- (...)"*

Y frente a los requisitos para el decreto de la medida de aseguramiento el artículo 308 *ibídem* prescribe:

"Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

- 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
- 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
- 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia".*

Queda claro de la lectura de los artículos en mención que, el Fiscal es quien solicita al Juez de Control de Garantías la imposición de medida de aseguramiento y que éste la puede decretar cuando de los elementos probatorios y evidencia física se pueda inferir que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, y cuando cumpla con uno de los requisitos enunciados, como que la medida se muestre necesaria para evitar que se obstruya el ejercicio de la justicia, cuando constituya peligro para la seguridad de la sociedad o que resulte probable que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia; y, en el caso de que resulte un peligro para sociedad, resulta suficiente la gravedad y modalidad, también el Juez puede valorar la naturaleza del delito que en este caso se trata de uno de naturaleza sexual causado a un menor de edad.

4.1. De los supuestos fácticos que sirvieron de fundamento para dictar la medida de aseguramiento contra el señor Jesús Antonio Morales Mejía.

Basta con señalarse por parte de esa Sala que los hechos y pruebas que sirvieron de fundamento para imponer la medida de aseguramiento al ahora demandante partieron de las afirmaciones del menor G.L.L., quien puso en conocimiento de la Comisaría de Familia de Aguadas, Caldas, y de las funcionarias del ICBF que había sido abusado sexualmente por parte de varios hombres, uno de ellos a quien apodaban “Toño” o “Toño Barreto”. Afirmaciones que se convirtieron en denuncias del ICBF, entidad a la que pasó a cargo el menor para el restablecimiento de sus derechos.

Consta dentro del relato que se hace en el proceso penal que el menor afectado con los abusos padecidos, acudió con un agente de policía a señalar la casa en la cual vivía uno de los presuntos abusadores.

Hay varios dictámenes de medicina legal y de profesionales en el área de psicología, que dan cuenta del menor efectivamente fue sometido a abuso sexual por parte de varios hombres, en diferentes fechas.

Así mismo, la Fiscalía General de la Nación solicitó la medida de aseguramiento con base en la naturaleza del delito y por las denuncias realizadas por el menor; a la vez, la Juez de Control de Garantías, aceptó los argumentos presentados por éste ente y afirma que no solo es por la gravedad de la conducta imputable al señor Jesús Antonio Morales Mejía, sino también para proteger a la víctima que es el menor llamado GLL, se accede a la medida de aseguramiento que pide la Fiscalía.

4.2. De la individualización del señor Jesús Antonio Morales Mejía dentro del proceso penal.

Ahora bien, no puede desconocer esta Sala la sentencia absolutoria que se profirió a favor del señor Morales Mejía, que en sus consideraciones reprocha la labor investigativa de la Fiscalía, fundamentalmente que no se hubiera hecho un reconocimiento fotográfico del imputado por parte de la víctima, y que por ello nunca se pudo identificar e individualizar plenamente desde el inicio.

Sea lo primero, definir si el señor Jesús Antonio Mejía estuvo debidamente individualizado dentro del proceso penal adelantado en su contra por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso homogéneo para lo cual, para lo cual se acude a las siguientes pruebas:

- Formato investigador de campo –FPJ9- de 21 de julio de 2010. (Fls. 98 a 100 C. 2) se desprende que la víctima dijo haber sido abusado por unos individuos apodados “Colcana”, **“Toño”** y “Pato nuevo.
- En el ítem de escenario del abuso, dice que “alias Toño” vive cerca del colegio del Divino Niño en Aguadas, y que, **arregla televisores y “Chécheres”**.

- En el primer formato de investigación se dice que **“alias Toño” es grueso, canoso, con verrugas en la cara, blanco y un poco alto.**
- En la audiencia preliminar legalización de captura – formulación imputación – medida de aseguramiento (Fls. 117 a 147 C. 2), consta que el señor Jesús Antonio Morales Mejía se encuentra identificado civilmente con la cédula de ciudadanía No. **4.333.649**, entre tanto la Fiscalía dice que el número de la cédula del citado señor es **4.336.499** de Aguadas, Caldas, no siendo coincidente esta identificación.
- Consta en la audiencia preliminar que, la última persona a la cual el menor G.L.L. se refirió es a un señor que vive por el sector del “Divino Niño”, que **arregla televisores y equipos, que tiene como un taller de arreglos de televisores;** y dice que la casa es una puerta roja, y esa puerta tiene una ventana a través de la cual se ven los equipos. Lo describe como **“una persona canosa, con bozo, cari rosadito, bajito, tiene la cabeza pelada, tiene muy poquito pelo y es blanquito”.**
- Las descripciones realizadas en el formato de investigación, en la audiencia preliminar, y en la audiencia de formulación de imputación no coinciden, pues en el formato de investigación se dice que el supuesto abusador, “alias Toño”, imputado señor Jesús Antonio Morales Mejía, tenía bigote, y luego no se hace referencia a esta característica; se dijo inicialmente que era un poco alto, y al final dice que es bajito; se dijo que era de “cabeza pelada”, “rosadito” y con “verrugas”, descripciones que no se volvieron a referenciar.
- En la boleta de detención se anotó que el señor Jesús Antonio Morales Mejía es **trigueño**, y sin defectos físicos.
- Dice la Fiscalía, que es muy importante que el menor determinó cuál es el oficio del señor, y ello corresponde a alguien que arregla equipos; no obstante, **en la boleta de detención número 005 (Fl. 114 C. 2) y en el formato de medida de aseguramiento (Fl. 122 C. 2) se dice que el oficio del señor Jesús Antonio Morales Mejía es “memorialista”, y en nada se hace referencia al arreglo de equipos.**
- La defensa del señor Morales se opone a la imposición de medida de aseguramiento exponiendo que: **“el menor en su entrevista no lo individualiza, como la persona que yo tengo al lado”.**
- También cuestiona la defensa en la audiencia de formulación de imputación, que: *“a pesar de que la imputación sea un acto de mera identificación no está de acuerdo con la realizada por el señor Fiscal por los hechos endilgados a mi representado, toda vez que no existe claridad, y, ni siquiera el menor sabe identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, y tampoco qué persona efectivamente fue la que lo abusó, por tanto, la defensa no está de acuerdo con la imputación (...)”.*
- Otra situación que se advierte, es la relacionada con el “alias” o el apodo del imputado, ahora demandante, pues en el escrito de acusación (Fls. 132 y 133 C. 2) se dice que el señor Jesús Antonio Morales Mejía, es conocido como “alias Toño Barreto”; entre tanto el menor hizo referencia solamente a alias “Toño”; y sumado a ello, en las boletas de detención e identificaciones quedó sin diligenciar el espacio correspondiente al “apodo” o “alias”. También es evidente que su apellido no es “Barreto”.

- Igualmente llama la atención que el menor G.L.L. siempre decía en sus versiones que si veía a sus abusadores podía identificarlos; no obstante, el señor Jesús Antonio Morales Mejía nunca fue objeto de identificación en fila o fotografías por parte del menor; siendo ésta una prueba por excelencia para lograr la identificación plena del agresor.
- Otro dato a destacar es que en la valoración psicológica realizada al menor G.L.L. en la ESE Hospital San José de Aguadas, Caldas (Fls. 180 a 192 C. 2), dice que el señor Jesús Antonio Morales Mejía vivía en una casa con puerta roja y una ventana a través de la cual se veían equipos; sin embargo, nunca se determinó si esa era la residencia del abusador, o si era allí donde el menor era llevado por el acusado; y, más que eso, la fotocopia de fotografía de vivienda que fue incorporada como evidencia se lee: *“inmueble del imputado Giraldo de Jesús Tobón Tabares, lugar donde fue accedido el menor”*, sin que allí estuviese consignado el nombre del imputado Morales Mejía, ni se estableció quién habita allí (Fl. 363 C. 2).

Sumado a las situaciones advertidas por esta Sala de Decisión relacionadas con las evidentes falencias en la absoluta identificación del señor Jesús Antonio Morales Mejía como autor del delito imputado a éste, no puede pasarse por alto algunas de las consideraciones que al respecto hizo la Jueza al proferir la sentencia absolutoria el día 2 de febrero de 2012 en la cual reiteradamente hace alusión a que si bien la prueba practicada es suficiente para demostrar la materialidad de la conducta investigada, es completamente insuficiente para demostrar la responsabilidad penal del acusado. Destaca las irregularidades en los actos de investigación al punto que excluyó algunas pruebas por ilegales concluyendo que la actuación resultó violatoria del debido proceso pues ni siquiera se llegó a una debida individualización e identificación del autor del hecho lo que conllevó a la aplicación de la figura del indubio pro reo, consagrado en el artículo 7 del C.P.P.

4. ¿La medida cautelar de detención que soportó el señor Jesús Antonio Morales Mejía, en el marco del proceso penal seguido en su contra por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo, proceso en el cual fue absuelto, constituye una privación injusta de la libertad?

De las conclusiones que anteceden a este problema jurídico, queda claro que desde la captura del señor Jesús Antonio Morales Mejía, hasta la lectura del fallo que lo absolvió, nunca se determinó sin lugar a dudas que éste fuera el responsable de la conducta imputada, y más aún, desde el momento de legalización de su captura e imputación, no había claridad sobre si éste era el mismo sujeto que el menor G.L.L. señalaba en sus relatos como abusador.

En efecto, las características morfológicas descritas por el menor variaron, y no coincidían con las que presentaba el sr Morales, ni con las consignadas en los documentos de investigación, identificación y boleta de detención; incluso, el número de la cédula del imputado es diferente entre la mencionada por el Juzgado y la que refiere la Fiscalía en su intervención en la audiencia de legalización de

captura. Es más, sin proceder a un reconocimiento fotográfico del supuesto autor del delito, a sabiendas que el menor reiteraba en sus versiones que si veía al agresor podía reconocerlo, se continuó adelante con un juicio, y se impuso medida de aseguramiento.

Para la Fiscalía fue suficiente con la identificación de una vivienda, donde presuntamente vivía uno de los abusadores del menor, la cual fue presentada con una fotografía de su fachada y con el nombre de otra persona diferente al señor Jesús Antonio Morales Mejía.

De lo dicho surge que en las labores de investigación de la Fiscalía y en las decisiones del Juez de Control de Garantías al decretar la orden de medida de aseguramiento, se evidenciaron falencias en los procedimientos establecidos para la identificación e individualización del imputado señor Jesús Antonio Morales Mejía, llevando a privar de la libertad a una persona de la cual no se tenía certeza de ser la misma señala del delito de acceso carnal abusivo.

De igual manera, la Juez de Control de Garantías, se limitó a la identificación y relato realizado por la Fiscalía para imponer la medida de aseguramiento, y continuó con la investigación, pasando por alto las evidentes falencias en la debida identificación del acusado, y, aun así, consideró suplidos los requisitos necesarios para el decreto de la medida de aseguramiento.

Bastan las consideraciones mencionadas, para establecerse por parte de esta Sala de Decisión que la medida de detención que soportó el señor Jesús Antonio Morales Mejía, en el marco del proceso penal seguido en su contra por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, constituyó una privación injusta de la libertad. Esta conclusión se deriva del hecho que las decisiones frente a él tomadas no fueron razonables al punto que las pruebas para su individualización fueron excluidas del juicio por ilegales, y de contera, por violación al debido proceso.

5. ¿A cuál de las autoridades que intervinieron en el proceso penal, resulta atribuible la privación injusta de la libertad de la cual fue objeto el demandante?

Claro como está, la privación injusta padecida por el señor Jesús Antonio Morales Mejía, debe determinarse entonces a quién resulta atribuible la misma, partiendo del hecho que la apelante Rama Judicial considera que había elementos suficientes para establecer razonablemente que el señor Jesús Antonio Morales podía ser el partícipe de la conducta imputada; y que, en la sentencia penal se advirtió un error de la Fiscalía en la individualización del imputado, por lo que dicha situación no le resulta atribuible a la Rama Judicial.

Sea lo primero dejar presente que en la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales se advierte que el demandante desistió de las pretensiones de la demanda frente a la Fiscalía General de la Nación, y continuó el proceso con la demandada Nación - Rama

Judicial; y, en la parte resolutive de la sentencia impugnada se declara a ésta última responsable de la privación injusta del ahora demandante haciendo el reconocimiento de sumas de dinero por los perjuicios causados, los cuales deduce en un 50%, por la concurrencia de responsabilidad en iguales proporciones para la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial.

Ahora bien, frente a la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, ésta no se cuestiona en el presente asunto, y es claro que, de conformidad con el artículo 128 de la ley 906 de 2004, vigente para el momento de los hechos, es una obligación de la Fiscalía la correcta identificación e individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales; deber que, en este caso, no cumplió la Fiscalía por las ya mencionadas falencias en la debida individualización e identificación del ahora demandante.

Sobre la incidencia de la demandada Rama Judicial en la producción del daño padecido por el demandante, se precisa que el Juez de Control de Garantías no es un actor pasivo dentro del proceso, no puede quedarse con las exposiciones de la Fiscalía sin verificar cada uno de los argumentos expuestos por ésta, especialmente el primer elemento que garantiza el debido proceso, como lo es la debida individualización e identificación del imputado cotejando la totalidad de la información que se le allegue respecto al imputado.

El artículo 2° de la ley 906 de 2004 dispone:

“Artículo 2o. Libertad. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.” (Subraya la Sala)

También debe decir esta Sala que quien dicta la medida de aseguramiento es el Juez de Control de Garantías, al igual que la decisión de vinculación al proceso y continuar con el mismo, actuaciones que en este caso estuvieron a cargo de los Jueces de la República, quienes debieron advertir, incluso desde el inicio mismo del proceso, que no había una adecuada identificación e individualización del imputado, señor Jesús Antonio Morales Mejía.

El Consejo de Estado³⁰ sostuvo frente a la individualización del imputado:

"(...) Sin embargo, El Juzgado Penal del Circuito de la Ceja lo absolvió [hecho probado 6.5]. Concluyó que hubo un indebido proceso de individualización del procesado, pues no se logró saber con certeza si John Dany Pavas fue quien ingresó a la vivienda de las víctimas, pues la descripción que ellas realizaron en el juicio no coincidió con las características morfológicas y de lenguaje del procesado. Consideró, además, que la individualización debió hacerse al inicio de la investigación y no intentarla después del juicio, pues este es presupuesto de la imputación y de la acusación. Así lo puso de relieve la providencia al indicar:

Considera el despacho que en el proceso quedaron campeando muchas dudas sobre la responsabilidad penal del acusado, las cuales comenzaron con un indebido proceso de individualización, pues la Fiscalía dio por sentado un reconocimiento fotográfico bastante dudoso del indiciado por parte de las víctimas, que ni siquiera se hizo en los términos del artículo 250 del C.P., con el fin de comparar su fotografía con la de otras personas de aspectos similares, y se reitera, las víctimas desde un principio sospecharon de Jhon Dany porque se les pareció a un pariente y con esos datos comenzaron sus propias indagaciones con los resultados ya conocidos. (f. 197-198 c. 1).

Así las cosas, como la absolución del demandante se fundamentó en la ausencia de una prueba sólida y en las irregularidades en la investigación, derivadas de la indebida individualización del procesado, el título de imputación es el de falla del servicio, lo que torna en injusta la privación de la libertad.

En tal virtud, el daño es imputable a la Nación-Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación, por sus solicitudes y decisiones dentro del proceso penal y, por ello, se confirmará la sentencia apelada. (...)" (Subraya la Sala).

De igual manera, la Alta Corporación³¹ se ha pronunciado sobre la responsabilidad de la Rama Judicial en asuntos en los que hay falla en la individualización por parte de la Fiscalía General de la Nación en el siguiente sentido:

"(...)Ciertamente, la valoración probatoria adelantada por la Fiscalía de conocimiento al momento de iniciar la investigación en contra del señor Pedro Pablo Herrera Rodríguez concluyó, entre otros aspectos, con su plena individualización e identificación, cuando lo cierto es que ocurrió exactamente lo contrario, la indebida actuación tanto de la Fiscalía como de los Jueces que llevaron a condenar a un individuo que no se había identificado con su verdadero nombre y cédula, conlleva a concluir que tanto la Fiscalía como los Juzgados de conocimiento evitaron hacer el cotejo decodificar del sindicado para corroborar si era la persona correcta

³⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sub Sección B. Sentencia de 8 de agosto de 2017. C.P. Dr. Guillermo Sánchez Luque. Rad. 05001-23-31-000-2011-01835-01(52310).

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 15 de abril de 2015. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón. Rad. Interno. 39.099.

a la cual le adelantaron la investigación penal y que posteriormente condenaron.

(...)

La anterior conclusión respecto de la *privación injusta y arbitraria de la libertad del señor Alvarado Gaviria* hace alusión a las decisiones tanto de la Fiscalía General de la Nación como de los Jueces de Conocimiento, en las cuales a todas luces se ilustra la existencia de un error craso que no hace otra cosa que poner de presente prima facie, el descuido, la negligencia y la desidia con que se adelantaron los procesos penales contra del señor Pedro Pablo Herrera Rodríguez, al omitir su plena identificación y llevando a condenar al señor Rafael Alvarado Gaviria. (...)” (Subraya la Sala)

De esta manera, de acuerdo con las normas y jurisprudencia expuestas, para esta Sala, las autoridades no tuvieron nunca un elemento cierto que para el momento de la imposición de la medida de aseguramiento, relacionados con que el señor Jesús Antonio Morales Mejía, era la misma persona identificada por el menor G.L.L. como uno de los abusadores no hay duda de la falla en el servicio en la cual incurrieron tanto la Fiscalía como la Rama Judicial. Motivos suficientes para considerar que el señor Jesús Antonio Morales Mejía no estaba obligado a soportar la privación de su libertad, siendo ello un daño antijurídico.

7. De la culpa de la víctima.

Argumenta la demandada Rama Judicial en su escrito de apelación la culpa exclusiva de la víctima, aduciendo que podía pedirse en cualquier momento la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento, y que, por la inactividad del ahora demandante, la medida se postergó hasta el momento del juicio.

Esta Sala considera que no es de recibo el señalamiento hecho por la parte apelante, pues pretende atribuir a la víctima la responsabilidad de una falencia en la etapa de verificación de la debida individualización e identificación del señor Jesús Antonio Morales Mejía, máxime, cuando se ha demostrado que, desde la audiencia preliminar de legalización de captura la defensa del imputado se opuso en reiteradas oportunidades a las medidas adoptadas por la Juez de Control de Garantías y la de conocimiento; tal como se evidencia de los apartes que se transcriben, y que ya fueron relacionados en las audiencias correspondientes en el estudio probatorio que se hizo inicialmente:

“(...) La defensora pública expone: (...) Sí su señoría, la defensa encuentra que los requisitos de la orden de captura están acordes con lo preceptuado, en los artículos 295, 296 y 297 del código penal, pero, sin embargo, de los elementos materiales probatorios que ha exhibido la Fiscalía, me permite conceptuar de que mi patrocinado no es el autor de los hechos que se le endilgan, e inclusive, el menor en su entrevista no lo individualiza, como la persona que yo tengo al lado, por tanto, yo no estoy de acuerdo con que se legalice esta captura, ya que, como lo dije antes, todavía los hechos que el menor ha narrado, no coinciden con la personalidad de mi patrocinado (...)
Audiencia de Formulación de imputación

(...) La defensa ya lo ha manifestado, a pesar de que la imputación sea un acto de mera identificación no está de acuerdo con la realizada por el señor Fiscal por los hechos endilgados a mi representado, toda vez que no existe claridad, y, ni siquiera el menor sabe identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, y tampoco que persona efectivamente fue la que lo abusó, por tanto, la defensa no está de acuerdo con la imputación (...)

“(...) Q toda vez que, de conformidad con el artículo 308 del código de procedimiento penal (...) en primer lugar de los hechos materiales probatorios allegados a la fecha no se puede inferir razonablemente que mi patrocinado haya cometido el abuso sexual contra el menor GLL (...)” (Subraya la Sala)

De lo expuesto se colige que contrario a lo afirmado por la apelante, la defensa del ahora demandante, sí tuvo un papel activo al exponer en reiteradas oportunidades que su representado no se encontraba debidamente individualizado, y que las descripciones físicas rendidas por el menor G.L.L. no coincidían con la persona que la acompañaba a la audiencia en calidad de imputado.

Sumado a lo anterior, no puede la Rama Judicial justificar su inactividad en cuanto a verificar la individualización e identificación del señor Morales, afirmando que éste se sometió a una larga privación injusta de libertad al no pedir su libertad; pues fue un Juez de la República quien dictó la medida de aseguramiento sin cumplir la verificación de lo ya mencionado, razones sobre las cuales se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

8. Del porcentaje de responsabilidad de la Rama Judicial en el asunto de estudio.

Discute la Rama Judicial el porcentaje de su responsabilidad en el daño ocasionado, y solicita que éste se distribuya en un porcentaje diferente al 50%, no obstante, para esta Sala resulta claro que el daño es imputable a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, en virtud de la investigación realizada por la primera, en la cual no se logró una debida individualización e identificación del señor Jesús Antonio Morales Mejía, y responsabilidad de la Rama Judicial al no advertir la evidente incongruencia en la identificación del imputado y aun así, dictar medida de aseguramiento y continuar adelante con el proceso penal.

Se concluye pues que ambas entidades omitieron identificar adecuadamente a la persona procesada, lo que llevó a la privación injusta del ahora demandante, por lo que no encuentra la Sala una variable, o motivo alguno para cambiar el porcentaje de responsabilidad atribuido en primera instancia a cada una de ellas, siendo viable la asignación del porcentaje del Fiscalía General de la Nación 50% y Rama Judicial 50%; dejando claro que, la Fiscalía General de la Nación no hace parte de la litis; y resaltando que, en este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado³² en idéntica resolución.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de ocho (8) de mayo de dos mil veinte (2020). C.P. Dr Martín Bermúdez Muñoz. Rad. 80001-23-31-001-2009-00026-01 (47264).

9. De la condena en costas en primera instancia.

Discute la Rama Judicial que, no debe haber condena en costas impuesta de manera automática sobre quien resulte vencido en el litigio, pues debían observarse para ello aspectos como temeridad, mala fe, pruebas de causación de gastos y costas en el curso de la actuación.

Se advierte que, efectivamente la Jueza de Primera Instancia condena en costas a la Nación - Rama Judicial, sin ninguna consideración adicional a la mención de los artículos 188 de la ley 1437 de 2011 y 365 del Código General del Proceso.

Para decidir sobre este reparo a la sentencia, es preciso para la Sala poner de presente el alcance que sobre la condena en costas ha precisado el Consejo de Estado³³ a partir de la regulación contenida en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011:

“El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b. Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c. Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d. La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f. La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP^[1], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g. Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.*

Aplicado el criterio expuesto por el Consejo de Estado, es claro que en vigencia de la ley 1437 de 2011 para efectos de la condena en costas no aplica la valoración de la conducta de las partes, contrario a lo argumentado por el recurrente; sin embargo, observa la Sala la ausencia de la valoración objetiva de la Jueza en el sentido de precisar si las costas se causaron a partir de la valoración de las

³³ Sección Segunda – Subsección “A”. Providencia de 7 de abril de 2016. C.P Dr. William Hernández Gómez Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01. Número Interno: 1291-2014.

pruebas de las mismas que obren en el expediente. Por ende, hay lugar a revocar la condena en costas porque la falta de motivación sobre la razón para imponerlas, le supone a la parte la imposibilidad de controvertirla.

10. Condena en costas en segunda instancia

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas en esta instancia al observarse que no se incurrió en gastos procesales en esta instancia, y a que se accedió parcialmente al recurso de apelación interpuesto.

11. Del reconocimiento de personerías por sustitución de poderes.

A folio 242 del cuaderno 1 reposa memorial de sustitución poder por parte del apoderado judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Caldas, abogado Julián Augusto González Jaramillo, al abogado Carlos Fernando González Guarín, identificado con cédula de ciudadanía número 1.053.840.094 y portador de la tarjeta profesional número 307.741 del CS de la J, por lo que hay lugar al reconocimiento de personería para actuar a este último como se dirá en la parte resolutive.

De igual manera, a folio 243 del cuaderno 1 obra memorial de sustitución poder de la apoderada judicial del demandante, abogada María Cecilia Otálvaro Sánchez, a la abogada Ángela Zulima Jaramillo Meza, identificada con cédula de ciudadanía número 30.292.022 y portadora de la tarjeta profesional número 305.805 del CS de la J, habiendo lugar a reconocer a ésta personería para actuar en representación del demandante, como se dirá en la parte resolutive.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

III. Falla:

Primero: Revocar el ordinal quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Manizales, el veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018), y en su lugar no condenar en costas de primera instancia.

Segundo: Confirmar en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Manizales, el veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Tercero: No condenar en costas por lo expuesto.

Cuarto: Reconocer personería para actuar en calidad de apoderado judicial de la demandada Rama Judicial - Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial al abogado Carlos Fernando González Guarín, identificado con cédula de

ciudadanía número 1.053.840.094 y portador de la tarjeta profesional número 307.741 del CS de la J.

Quinto: Reconocer personería para actuar como apoderada judicial del demandante a la abogada Angela Zulima Jaramillo Meza, identificada con cédula de ciudadanía número 30.292.022 y portadora de la tarjeta profesional número 305.805 del CS de la J.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase,

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, seis (6) de junio de dos mil veintidós (2022).

RADICADO	17-001-23-33-000-2021-00305-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LUIS ÁNGEL OSSA CALVO
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Pasa al despacho el presente proceso para determinar si hay lugar a continuar con el procedimiento para dictar sentencia anticipada.

El día 3 de mayo de 2022 se expidió auto conforme lo establece el artículo 182A del CPACA, y en él se ordenó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación del presente auto, allegara los antecedentes administrativos, al evidenciar que los mismos no habían sido aportados con la contestación de la demanda.

Presentó memorial la parte demandada mediante el cual adujo que la competencia para los reconocimientos de prestaciones sociales, contratación de servicios médicos y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por mandato legal no corresponden a la Nación-Ministerio de Educación Nacional; y, por tanto, la documentación que conforma los expedientes administrativos relacionados tampoco está bajo la custodia del ministerio ni reposa en sus archivos, lo que representa una imposibilidad material de aportar el mismo a los trámites judiciales que se adelantan ante cualquier jurisdicción.

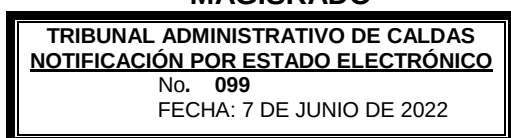
Por lo anterior, y al encontrar justificadas las razones expuestas por la accionada, no se insistirá en el recaudo de los antecedentes administrativos. Y en cumplimiento de lo decidido en auto del 3 de mayo de 2022, con fundamento en el artículo 182A del CPACA, en concordancia con el artículo 181 *ibídem*, córrase

traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión.

Se recuerda que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, este es, sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo electrónico se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**



Firmado Por:

**Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal 0 Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingenieria
Bogotá, D.C. – Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación:

10ca05bce8ab2d8dd4335617df9ab2492316cd987818225ea97f109013188a75

Documento generado en 06/06/2022 11:09:21 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES.

Manizales, seis (6) de junio de dos mil veintidós (2022).

RADICADO	17-001-23-33-000-2021-00110
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	CERVECERÍA DEL VALLE S.A.
DEMANDADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS

En el proceso de la referencia, luego de posesionarse como perito el señor Jaime Orlando Mejía Zuluaga, quien realizará la experticia que de oficio fue decretada en la audiencia inicial, presentó memorial mediante el cual solicitó se le asignen viáticos.

A través de auto que data 9 de mayo del año en curso se le requirió para que motivara la solicitud, al desconocerse las razones para realizar la misma; aunado a que tampoco indicó la cantidad de dinero a la que ascenderían los viáticos.

El auxiliar de la justicia presentó escrito a través del cual explicó que requería los viáticos para cumplir con el objeto del peritaje, los cuales estimaba en la suma de \$1.649.170, que correspondían a \$329.834 diarios, que cubrirían los gastos de hospedaje, alimentación y transporte, este último realizado en su vehículo particular, desde la ciudad de Manizales a las instalaciones de Cervecería del Valle, durante 5 días, 4 noches aproximadamente; gastos que sostuvo justificaría, soportaría y reintegraría en caso de que existiera alguna diferencia (archivo #41 expediente digital).

De conformidad con lo establecido en el artículo 218 del CPACA, en concordancia con el artículo 230 del CGP, cuando el dictamen sea decretado de oficio, el juez señalará provisionalmente los gastos de la pericia.

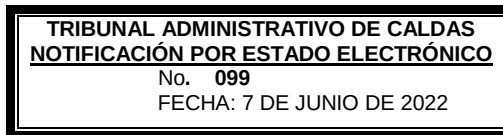
De acuerdo a lo anterior, y en atención a lo manifestado por el perito, el suscrito Magistrado reconocerá de manera provisional la suma de \$1.649.170 para cubrir los gastos previos.

Según lo determinado en el artículo 230 del CGP, el perito Jaime Orlando Mejía Zuluaga deberá acompañar con el dictamen pericial los soportes de los gastos en que incurrió para la elaboración del mismo, y reembolsar las sumas no acreditadas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 169 del C G del P., en concordancia con el primer inciso del artículo 230 *ibídem*, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, los sujetos procesales deberán pagar al señor perito, por partes iguales, el valor señalado provisionalmente por concepto de gastos de pericia (\$824.585 cada una), y allegar copia a este proceso de los respectivos comprobantes de pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**



Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **9f0543af0ea7591d682670ab057911f1bc898199590673bc90c42e594831210e**
Documento generado en 06/06/2022 11:10:35 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho de la señora Magistrada el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, dos (02) de junio de dos mil veintidós (2022)



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrada Ponente: PATRICIA VARELA CIFENTES

A.I. 233

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACION	17001 33 31 003 2007 00278 02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	MARTHA ELENA GONZALEZ
DEMANDADO	ASSBASALUD ESE - SOSALUD EPS

I. CONSIDERACIONES

Se ocupa el Despacho del proceso procedente del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que en ejercicio del medio de control de Reparación Directa promovió por intermedio de apoderado judicial la señora **MARTHA ELENA GONZALEZ** contra **ASSBASALUD ESE - SOSALUD EPS** para surtir el recurso de apelación concedido a la parte demandante respecto de la Sentencia No. 158 proferida por ese Despacho el día 01 de junio de 2020, visible en el Archivo PDF “08” de la carpeta 01CuadernoPrimeraInstancia del expediente digital.

Igualmente, el Despacho realiza un examen preliminar conforme lo establece el artículo 325 del Código General del Proceso, encontrando que la providencia motivo de apelación está suscrita electrónicamente por el inferior; así mismo, no

falta por resolver demandas de reconvención o procesos acumulados, como tampoco se observa causal de nulidad alguna que amerite medida de saneamiento o su declaración.

Por lo anterior, al haberse sustentado el recurso de apelación oportunamente¹ y reunir los demás requisitos legales, procede el despacho a admitir en el efecto suspensivo el recurso de alzada, notificándose personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes (Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA).

Por lo expuesto, el Despacho,

II. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la abogada de oficio de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 325 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, de acuerdo con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

¹ Como quiera que la sentencia fue notificada por medios electrónicos el 06 de agosto de 2021, el término de ejecutoria transcurrió entre los días 12 al 26 de agosto de 2021 y el recurso de apelación fue interpuesto el día 23 de agosto de 2021.

Código de verificación:

c33af334c858786e545c6065c12509f19c7b2f739d5f5138d4c816b59e2d1ecd

Documento generado en 06/06/2022 09:24:11 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente

URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control de Reparación Directa fue devuelto del H. Consejo de Estado el 09 de mayo de 2022.

Dieciséis (16) de mayo de 2022. Consta de 14 cuadernos.



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrada Ponente: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN: 17001-23-31-000-2008-00128-03

ESTÉSE a lo dispuesto por la Subsección C de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en providencia del veintidós (22) de septiembre dos mil veintiuno (2021) (fls. 691 a 695 Cdno 1A) con la cual se CONFIRMÓ la sentencia de primera instancia proferida por esta corporación el doce (12) de diciembre de dos mil trece (2013) (fls. 594 a 605 Cdno 1A) en la que se NEGARON las pretensiones de la parte actora.

Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones que sean del caso en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control de Reparación Directa fue devuelto del H. Consejo de Estado el 06 de mayo de 2022.

Dieciséis (16) de mayo de 2022. Consta de 3 cuadernos.



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrada Ponente: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN: 17001-23-00-000-2010-00036-01

ESTÉSE a lo dispuesto por la Subsección B de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en providencia del dieciocho (18) de febrero dos mil veintidós (2022) (Cd ubicado en folio 312 Cdo 1) con la cual se EMITIÓ SENTENCIA DE REEMPLAZO Y SE REVOCÓ la sentencia de primera instancia proferida por esta corporación el veintitrés (23) de enero de dos mil trece (2013) (fls. 171 a 180 Cdo 1A) en la que se NEGARON las pretensiones de la parte actora.

Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones que sean del caso en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes
Magistrado
Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Código de verificación: **f341c0bd6c46fbd9cd21af862a2283db1bc3b99d80fbb14d44b523c29b1ecaba**
Documento generado en 06/06/2022 09:25:20 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrada sustanciadora: PATRICIA VARELA CIFUENTES

A.I. 232

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACION	17001 33 31 001 2012 00127 04
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	EXPRESO BOLIVARIANO S.A.
DEMANDADO	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS

I. CONSIDERACIONES

Se ocupa el Despacho del proceso procedente del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que en ejercicio del medio de control de Reparación Directa promovió por intermedio de apoderado judicial **EXPRESO BOLIVARIANO S.A.** contra el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS** para surtir el recurso de apelación concedido a la parte demandada respecto de la Sentencia No. 106 proferida por ese Despacho el día 28 de julio de 2021, visible en el Archivo PDF “10” de la carpeta 01CuadernoPrimeraInstancia del expediente digital.

Igualmente, el Despacho realiza un examen preliminar conforme lo establece el artículo 325 del Código General del Proceso, encontrando que la providencia motivo de apelación está suscrita electrónicamente por el inferior; así mismo, no falta por resolver demandas de reconvención o procesos acumulados, como tampoco se observa causal de nulidad alguna que amerite medida de saneamiento o su declaración.

Por lo anterior, al haberse sustentado el recurso de apelación oportunamente¹ y reunir los demás requisitos legales, procede el despacho a admitir en el efecto suspensivo el recurso de alzada, notificándose personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes (Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA).

Por lo expuesto, el Despacho,

¹ Como quiera que la sentencia fue notificada por medios electrónicos el 29 de julio de 2021, el término de ejecutoria transcurrió entre los días 04 al 18 de agosto de 2021 y el recurso de apelación fue interpuesto el día 10 de agosto de 2021.

II. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 325 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, de acuerdo con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

**Patricia Varela Cifuentes
Magistrado
Oral 002
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas**

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

Código de verificación:

aed3e141fb4613dbdf0bba696e9332fb131096978d36a9c1e13e1b045f043fb1

Documento generado en 06/06/2022 09:25:49 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue devuelto del H. Consejo de Estado el 05 de mayo de 2022.

Dieciséis (16) de mayo de 2022. Consta de 4 cuadernos.



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrada Ponente: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN: 17001-23-33-000-2015-00726-01

ESTÉSE a lo dispuesto por la Subsección A de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en providencia del diez (10) de marzo dos mil veintidós (2022) (fls. 610 a 621 Cdno 1) con la cual se REVOCÓ la sentencia de primera instancia proferida por esta corporación el veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017) (fls. 515 a 532 Cdno 1) en la que se reconocieron PARCIALMENTE las pretensiones de la parte actora.

Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones que sean del caso en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes
Magistrado
Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Documento generado en 06/06/2022 09:26:23 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho de la señora Magistrada el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, diecisiete (17) de mayo de dos mil veintidós (2022)



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrada Ponente: PATRICIA VARELA CIFUENTES

A.I. 234

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACION	17001 33 39 005 2016 00158 02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	GLORIA MIRIAM RODRIGUEZ ARBOLEDA Y OTROS
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

I. CONSIDERACIONES

Se ocupa el Despacho del proceso procedente del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que en ejercicio del medio de control Reparación Directa promovieron por intermedio de apoderado judicial la señora **GLORIA MIRIAM RODRIGUEZ ARBOLEDA Y OTROS** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL** para surtir los recursos de apelación concedido a las partes respecto de la Sentencia No. 161 proferida por ese Despacho el día 10 de diciembre de 2021, visible en el Archivo PDF “48” de la carpeta 01CuadernoPrimeraInstancia del expediente digital.

Igualmente, el Despacho realiza un examen preliminar conforme lo establece el artículo 325 del Código General del Proceso, encontrando que la providencia motivo de apelación está suscrita electrónicamente por el inferior; así mismo, no falta por resolver demandas de reconvención o procesos acumulados, como tampoco se observa causal de nulidad alguna que amerite medida de saneamiento o su declaración.

Por lo anterior, al haberse sustentado los recursos de apelación oportunamente¹ y reunir los demás requisitos legales, procede el despacho a admitir en el efecto suspensivo el recurso de alzada, notificándose personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes (Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA).

Por lo expuesto, el Despacho,

II. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR en el efecto suspensivo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte demandante y demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 325 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, de acuerdo con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

¹ Como quiera que la sentencia fue notificada electrónicamente el 13 de enero de 2022, el término de ejecutoria transcurrió entre los días 19 de enero al 01 de febrero de 2022 y los recursos de apelación fueron interpuestos los días 21 y 24 de enero de 2022.

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

Código de verificación:

8d0b635cec7ed8e086e794420eea7aa3503dc2032f4943547cfa4817a412b331

Documento generado en 06/06/2022 09:31:15 AM

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

17-001-33-39-007-2016-00193-03

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, tres (03) de JUNIO de dos mil veintidós (2022)

S. 086

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN¹ y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contra la sentencia emanada del Juzgado 7º Administrativo de Manizales, dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JAIME ANTONIO SUCERQUIA GALLEGO**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad del Auto ADP 003279 de 8 de marzo de 2016.
- II) Se ordene a la UGPP reajustar la pensión del accionante, incluyendo en el IBL la prima de riesgo, y los factores salariales devengados en el último año de servicios.
- III) Se paguen los ajustes de valor conforme a la ley, se cumpla el fallo en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y se condene en costas a la accionada.

¹ Ausente por vacaciones.

CAUSA PETENDI.

- El accionante laboró como detective al servicio del extinto DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS por más de 20 años, y se retiró el 19 de agosto de 2003.
- Mediante la Resolución N° 8171 de 15 de marzo de 2004, CAJANAL EICE le reconoció pensión de jubilación sin incluir en el IBL la prima de riesgo.
- Solicitó a la UGPP el reajuste de su pensión de vejez con la inclusión de dicho rubro, siéndole negado a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 2, 6, 25 y 58; Código Civil, art. 10; Ley 57 de 1887, art. 15; Ley 4ª de 1966, art. 4; Decreto 1743 de 1966, art. 5; Decreto 1045 de 1978, art. 45; Ley 33 de 1985, art. 1; ley 62 de 1985, art. 1; ley 114 de 1913, arts. 1 a 5; y Ley 37 de 1933, art. 3.

Expuso sucintamente que actualmente existe una postura jurisprudencial vigente que indica que la prima de riesgo constituye un factor salarial para efectos pensionales, a lo que ha de añadirse que la jurisprudencia y la doctrina de vieja data han considerado que el salario en sentido amplio es la base para calcular el monto de la pensión.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La UGPP contestó la demanda de manera oportuna /fls. 148-/, formula las excepciones denominadas 'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO' sustentada en el hecho de que los factores salariales a tener en cuenta son los previstos en el Decreto 1158/94, pues el estatus lo adquirió en vigencia de la Ley 100/93; 'IRRETROACTIVIDAD', en tanto al accionante le fueron aplicadas las normas vigentes para el época en que solicitó el reconocimiento pensional; 'PRESCRIPCIÓN' con base en los Decretos 3135/68 y 1848/69 y los artículos 488 del CST y 151 del CPT; y 'GENÉRICA', por lo que

solicita se declare cualquier vicio que de oficio advierta el juez en el curso del proceso.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 7° Administrativo de Manizales accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante (PDF N° 8).

Luego del análisis de las normas que consagran la prima de riesgo, el juzgador determinó que aun cuando el legislador consagró la prima de riesgo como una prestación que no constituía factor salarial, el Consejo de Estado en sentencia de unificación estableció que esta sí constituye factor salarial, en razón a que es una retribución al trabajador por la prestación de sus servicios, percibida de manera periódica, por lo tanto, debe tenerse en cuenta para liquidación de la pensión, como quiera que debe prevalecer el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral. Para el operador judicial, esta es la interpretación que más se aviene al principio de la favorabilidad.

Con base en lo expuesto, ordenó el reajuste de la pensión con la inclusión de la prima de riesgo, ordenando pagar las diferencias entre lo reconocido y la mesada reliquidada.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

La entidad demandada apeló la sentencia de primera instancia con el escrito que milita en el documento PDF N° 10, anotando que la pensión del accionante ya había sido reliquidada con inclusión de los factores devengados en el último año de servicios, específicamente las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. Por ende, manifiesta su oposición en cuanto a la inclusión de la prima de servicios en el cómputo pensional, como lo dispuso el juez de primera instancia, atendiendo a que dicho elemento no constituye factor salarial, por expresa disposición de los Decretos 446/94 y 611/07 y la Ley 860 de 2003.

Finalmente, pide que en el análisis de la situación pensional del accionante se tenga en cuenta la hermenéutica prevista en las Sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-3954 de 2017, además de la Sentencia de 28 de agosto de 2018, en cuanto concluyen que el régimen de transición pensional implica el derecho a que se le apique la edad, tiempo de servicios y la tasa de reemplazo de la norma anterior, pero el IBL debe orientarse por las vigentes normas pensionales, específicamente los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende por modo la parte actora se declare la nulidad de los actos con los cuales la entidad demandada negó el reajuste de su pensión de jubilación con la inclusión de la prima especial de riesgo.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a la postura erigida por la apelante y a lo decidido por el Juez de primera instancia, el problema jurídico a resolver en el presente asunto se contrae a la dilucidación del siguiente interrogante:

¿Debía tenerse en cuenta la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de la pensión de jubilación del parte accionante?

(I) PRIMA DE RIESGO

Según se anotó, el motivo de apelación planteado por la UGPP tiene que ver con la decisión del juez de primera instancia de incluir la prima de riesgo percibida por el accionante JAIME ANTONIO SUCERQUIA GALLEGO, en su condición de ex servidor del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -DAS, dentro del cómputo de factores para liquidar su pensión de jubilación.

La prima de riesgo se creó mediante el Decreto 1137 de 1994 con carácter permanente para los empleados del DAS que desempeñaran los cargos de detective especializado, profesional o agente, criminalística especializado, profesional o técnico y conductores, equivalente al 30% de su asignación básica mensual, la cual no constituía factor salarial según el artículo 1º que a la letra dispuso: *“esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2o, 3o, y 4o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994”*.

Posteriormente la disposición fue derogada por el Decreto 2646 de 1994 y a través del cual se fijó nuevamente el reconocimiento de la citada prestación especial para el mismo grupo de empleados, pero esta vez en un porcentaje superior al establecido en el Decreto 1137 de 1994, aunque en su artículo cuarto mantuvo la misma previsión de la norma anterior, es decir, que el rubro no constituía factor salarial y, además no podía percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2o del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.

El H. Consejo de Estado profirió sentencia de unificación también frente a este tema el 1º de agosto de 2013 dentro del proceso de radicado 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), y en ella concluyó:

“(…) Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tomada en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS” /Resalta el Tribunal/.

No obstante, al resolver una solicitud de extensión de jurisprudencia frente a dicha sentencia de unificación, presentada por algunos ex funcionarios del DAS,

el Consejo de Estado en providencia del 7 de diciembre de 2017² determinó unas pautas para establecer a qué personas podía incluirse la prima de riesgo en el IBL de sus pensiones, y al respecto señaló:

“A pesar de lo anterior, si bien se unificó el tema de la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para efectos de la liquidación pensional, esta situación no es suficiente para proceder a la extensión de la mentada sentencia a todos los ex servidores públicos del DAS, puesto que se estudiaron otros elementos que deberán ser tenidos en cuenta para determinar la identidad fáctica y jurídica de los procesos que hoy nos convocan.

Siguiendo con el análisis de la sentencia a extender, en la solución del caso concreto, la Sala estudió el régimen de transición aplicable a los servidores de la entidad demandada, bien sea por disposición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o del artículo 4.º del Decreto 1835 de 1994⁵, normas que permiten inferir que de acuerdo con el artículo 2.º *ibidem*, los detectives en sus distintos grados, especializado profesional y agente, que hayan sido vinculados con anterioridad a la vigencia de estas «no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o de jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993».

Así las cosas, para los casos que hoy nos convocan, se tendrán como elementos de identidad fáctica y jurídica para la extensión de la sentencia estudiada, los que a continuación se relacionan: i) haber sido vinculado al

² Procesos radicados 11001-03-25-000-2014-00403-00(1287-14), 11001-03-25-000-2014-00652-00(2040-14), 11001-03-25-000-2014-00690-00(2137-14), 11001-03-25-000-2014-00695-00(2142-14), 11001-03-25-000-2014-00705-00(218214), 11001032500020140072500(2259-014), 11001-03-25-000-2014-00734-00(2279-14), 11001-03-25-000-2014-00790-00(2470-14), 11001-03-25-000-2014-00799-00(2485-14), 11001-03-25-000-2014-00895-00(2745-14), 11001-03-25-000-2014-01369-00(4537-14), 11001-03-25-000-2014-01426-00(4649-14)

servicio del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) con anterioridad a la vigencia del Decreto 1835 de 1994 y/o estar cobijados por el régimen de transición descrito en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; ii) haber ejercido los cargos cuyas actividades se consideraran de alto riesgo, tales como detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente conforme al artículo 2° del Decreto 1835 de 1994; iii) como consecuencia de lo anterior, deben estar pensionados bajo el régimen especial consagrado en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989; y por último, iv) haber percibido durante el último año de servicios la prima de riesgo”.

EL CASO CONCRETO

Una vez analizados los requisitos básicos enmarcados por el Consejo de Estado para que la prima de riesgo sea tenida en cuenta como factor salarial a los ex servidores del extinto DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -DAS, halla esta Sala Plural, que el señor JAIME ANTONIO SUCERQUIA GALLEGO los cumple a cabalidad y por ende, era menester incluir este rubro dentro de la base de liquidación de su pensión de jubilación.

En efecto, frente a la primera y la tercera de las pautas legales, está acreditado que al accionante SUCERQUIA GALLEGO le fue reconocida pensión de jubilación por medio de la Resolución N° 18171 de 15 de marzo de 2004 emanada de la otrora vigente CAJANAL EICE, que para efectuar el reconocimiento acudió al régimen de transición previsto en el Decreto N° 1835 de 1994, según obra en el documento PDF N° 14 de los antecedentes administrativos digitales y aplicó el régimen consagrado en el Decreto 1933 de 1989. Así mismo, el demandante se vinculó el 5 de marzo de 1983, es decir, antes de la vigencia del primer ordenamiento decretal mencionado (PDF N° 7).

En cuanto al segundo punto, referido a los cargos ocupados, también fue cumplido por el actor, en la medida que durante su tránsito por el D.A.S., ostentó la calidad de detective en los grados de agente y profesional (PDF N° 7). Por último, se encuentra certificado que el demandante SUCERQUIA GALLEGO

devengó la prima de riesgo durante el último año de servicios, conforme consta en el documento digital N° 8, página 8 de los antecedentes administrativos.

En virtud de lo discurrido, le asiste razón a la parte nulidiscente en tanto cumple a cabalidad los requisitos descritos por el Consejo de Estado para que su pensión fuera reliquidada con la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial, y al ser este el único punto de apelación, conlleva a confirmar la sentencia de primer grado.

COSTAS.

Se condenará en costas a la UGPP, atendiendo lo dispuesto en el artículo 365 numeral 3 del Código General del Proceso. Las agencias en derecho se fijan en 1 s.m.m.l.v, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 7° Administrativo de Manizales, dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JAIME ANTONIO SUCERQUIA GALLEGO** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP. Las **agencias en derecho** en esta instancia se fijan en 1 s.m.m.l.v, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 027 de 2022.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

(En vacaciones)



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue devuelto del H. Consejo de Estado el 09 de mayo de 2022.

Dieciséis (16) de mayo de 2022. Consta de 3 cuadernos.



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrada Sustanciadora: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN: 17001-23-33-000-2016-00200-01

ESTÉSE a lo dispuesto por la Subsección A de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en providencia del tres (03) de febrero dos mil veintidós (2022) (fls. 289 a 303 Cdno 1A) con la cual se REVOCÓ PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia proferida por esta corporación el cinco (05) de abril de dos mil diecinueve (2019) (fls. 227 a 241 Cdno 1A) en la que se reconocieron las pretensiones de la parte actora por razones de equidad y justicia.

Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones que sean del caso en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes
Magistrado
Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Código de verificación: **86229cd146c57934e2f7a417c8d51ff39c23a04535d428d501b1273bb179a8b0**

Documento generado en 06/06/2022 09:28:27 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue devuelto del H. Consejo de Estado el 16 de mayo de 2022.

Dieciséis (16) de mayo de 2022. Consta de 2 cuadernos.



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrada Ponente: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN: 17001-23-33-000-2017-00010-01

ESTÉSE a lo dispuesto por la Subsección A de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en providencia del diecisiete (17) de marzo dos mil veintidós (2022) (fls. 318 a 334 Cdno 1A) con la cual se REVOCÓ PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia proferida por esta corporación el diez (10) de mayo de dos mil diecinueve (2019) (fls. 221 a 232 Cdno 1A) en la que se reconocieron las pretensiones de la parte actora por razones de equidad y justicia.

Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones que sean del caso en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes
Magistrado
Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Código de verificación: **732147126580339d492009b4e6b5bd81d6b94f4bf20c2b219183aac14f99c4b6**

Documento generado en 06/06/2022 09:31:46 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue devuelto del H. Consejo de Estado el 19 de mayo de 2022.

Veinticinco (25) de mayo de 2022. Consta de 04 cuadernos.



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrada Ponente: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN: 17001-23-33-000-2017-00187-01

ESTÉSE a lo dispuesto por la Subsección B de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en providencia del diecisiete (17) de febrero dos mil veintidós (2022) (fls. 257 a 263 Cdno 1A) con la cual se CONFIRMÓ la sentencia de primera instancia proferida por esta corporación el dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019) (fls. 226 a 238 Cdno 1A) en la que se negaron las pretensiones de la parte actora.

Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones que sean del caso en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes
Magistrado
Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Documento generado en 06/06/2022 09:32:17 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue devuelto del H. Consejo de Estado el 22 de febrero de 2022.

Tres (03) de junio de 2022. Consta de 03 cuadernos.



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrada Ponente: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN: 17001-23-33-000-2017-00243-01

ESTÉSE a lo dispuesto por la Subsección B de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en providencia del veintisiete (27) de agosto dos mil veinte (2020) (fls. 277 a 285 Cdno 1A) con la cual se CONFIRMÓ CON MODIFICACIÓN la sentencia de primera instancia proferida por esta corporación el dos (02) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) (fls. 187 a 202 Cdno 1) en la que se accedió parcialmente las pretensiones de la parte actora.

Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones que sean del caso en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho de la señora Magistrada el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, dos (02) de junio de dos mil veintidós (2022)



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrada Sustanciadora: PATRICIA VARELA CIFUENTES

A.I. 235

Manizales, seis (06) de junio dos mil veintidós (2022)

RADICACION	17001 33 33 004 2017 00419 02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LINA CARMENZA CASTRO LOPEZ
DEMANDADO	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

I. CONSIDERACIONES

Se ocupa el Despacho del proceso procedente del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovió por intermedio de apoderado judicial **LINA CARMENZA CASTRO LOPEZ** contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF** para surtir el recurso de apelación concedido a la parte demandada respecto de la Sentencia No. 223 proferida por ese Despacho el día 09 de noviembre de 2021, visible en el Archivo PDF “13” de la carpeta 01CuadernoPrimeraInstancia del expediente digital.

Igualmente, el Despacho realiza un examen preliminar conforme lo establece el artículo 325 del Código General del Proceso, encontrando que la providencia motivo de apelación está suscrita electrónicamente por el inferior; así mismo, no falta por resolver demandas de reconvención o procesos acumulados, como tampoco se observa causal de nulidad alguna que amerite medida de saneamiento o su declaración.

Por lo anterior, al haberse sustentado el recurso de apelación oportunamente¹ y reunir los demás requisitos legales, procede el despacho a admitir en el efecto suspensivo el recurso de alzada, notificándose personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes (Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA).

Por lo expuesto, el Despacho,

II. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 325 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, de acuerdo con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

¹ Como quiera que la sentencia fue notificada en estrados 09 de noviembre de 2021, el término de ejecutoria transcurrió entre los días 10 al 24 de noviembre de 2021 y el recurso de apelación fue interpuesto el día 24 de noviembre de 2021.

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

Código de verificación:

8d6a741a5a6db9cb359d66533030668aa8ac0f8f486762ec3d8b90f50c760863

Documento generado en 06/06/2022 09:32:47 AM

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

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

A.I. 239

Manizales, tres (03) de Junio de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	MEDARDO MARTÍNEZ CHIQUITO Y OTROS
ACCIONADOS	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, DIRECTOR DEL INSTITUTO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGÍA Y ESTUDIOS AMBIENTALES -IDEAM-, FONDO DE ADAPTACIÓN, UNIDAD NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS-, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA -CORMAGDALENA-, DEPARTAMENTO DE CALDAS, MUNICIPIO DE LA DORADA, EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CALDAS -EMPOCALDAS-, EMGESA SA ESP,

**EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO
– EPSA SA.**

COADYUVANTE

JAVIER E. ARIAS

RADICACIÓN

17 001 23 00 000 2018 00232 00

Procede la Sala a resolver sobre la solicitud de aclaración de la sentencia proferida el día 18 de abril de 2022 dentro del asunto de la referencia.

Antecedentes

El día 18 de abril de 2022 se profirió sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia, la cual fue notificada mediante estado electrónico número 065 (Docs. 142-143).

De manera oportuna el apoderado del Fondo de Adaptación presentó solicitud de aclaración de sentencia, según constancia secretarial en el documento 152 del expediente digital.

Como fundamento de la solicitud expone el sr apoderado lo siguiente:

- i) Menciona el ordinal quinto numeral 2 del fallo que refiere a la orden de reubicación de los asentamientos humanos que se ubican dentro de la faja protectora forestal correspondiente a la ronda hídrica, y que señala como entidades destinatarias de la orden al municipio de La Dorada, la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo y el Fondo de Adaptación.
- ii) Afirma que como sustento de dicha orden en cuanto al Fondo de Adaptación se refiere, se menciona en la sentencia el artículo 155 de la ley 1955 de 2019 para afirmar que esta entidad debe acompañar y asesorar al municipio en las gestiones para la materialización del plan de reubicación de viviendas.
- iii) Refiere a la ley 1532 de 2012 sobre el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres en el artículo 2 (responsabilidad), 5 (definición), 6 (responsabilidad de los alcaldes), 8 (integrantes) y 9 (instancias de dirección del sistema nacional), 13 (responsabilidad de los gobernadores) y resalta que

la integración a dicho sistema se enmarca dentro de las competencias funcionales de todas las entidades del Estado, que para el Fondo de Adaptación se contrae específica y exclusivamente a la fase 3 de las afectaciones que produjo el fenómeno de La Niña en los años 2010-2011.

- iv) Añade que se requiere la aclaración de la sentencia en su parte resolutive para evitar eventuales confusiones, pues ofrece motivos de duda respecto a la delimitación de la competencia que recae sobre cada una de las tres entidades obligadas a cumplir con el numeral 2 del ordinal quinto del fallo, y así, dar lugar a eventuales incidentes de desacato. Por ende, dar alcance a los verbos *asesorar y acompañar* al municipio en las gestiones para la materialización del plan de reubicación de viviendas y precisar que la competencia del Fondo de Adaptación se limita a *“acompañar y asesorar al municipio en las gestiones para la materialización del plan de reubicación de viviendas, sin que ello implique en forma alguna asumir la ejecución y/o financiación del proyecto.*

Consideraciones

Sea lo primero advertir que al no existir norma en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sobre aclaración de providencias judiciales, debe acudir al Código General del Proceso; ello en virtud de la remisión que hace el artículo 306 del CPACA.

En efecto, el artículo 285 regula lo relacionado con la aclaración de las providencias de la siguiente manera:

“Artículo 285. Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.” (Subraya la Sala).

De las normas transcritas se colige que la aclaración de la providencia procederá cuando ésta, contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de incertidumbre, confusión o duda.

Ahora bien, al revisar el acápite de la sentencia de la cual se solicita aclaración se advierte que en lo que respecta al Fondo de Adaptación, la Sala de Decisión se refirió de manera puntual a las normas que actualmente lo regulan y le señalan las competencias, para afirmar que al ser parte del Sistema Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres está legitimado en la causa por pasiva y de manera puntual se hizo referencia al artículo 46 de la ley 1955 conforme al cual *“Con el propósito de fortalecer y contribuir a la reducción de la vulnerabilidad fiscal del Estado, el Fondo Adaptación podrá estructurar y ejecutar proyectos integrales de reducción del riesgo y adaptación al cambio climático, en el marco del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres o del Plan Nacional de Adaptación y de la Política Nacional de Cambio Climático, o su equivalente, en coordinación con los respectivos sectores”.*

Visto lo anterior, para esta Sala la orden contenida en el ordinal quinto numeral 2 de la sentencia en lo que refiere al Fondo de Adaptación no ofrece motivo de duda ni confusión, pues es claro que la misma se enmarca en las expresas competencias legales del mismo, citadas debidamente en la providencia. Por el contrario, los argumentos que sustentan esta solicitud mejor se avienen con un interés de modificación de la sentencia, lo que es propio de un recurso de apelación.

Por lo expuesto,

Resuelve

Primero: Negar la solicitud de aclaración de la sentencia dictada en el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos promovido por el sr Medardo Martínez y otros en contra del Municipio de La Dorada y otros.

Segundo: Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA.

Tercero: Ejecutoriada la presente providencia, continúese con el trámite correspondiente previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase,

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho de la señora Magistrada el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, dos (02) de junio de dos mil veintidós (2022)



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrada Sustanciadora: PATRICIA VARELA CIFUENTES

A.I. 236

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACION	17001 33 39 005 2018 00059 02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARIO DE JESUS MUÑOZ PARRA
DEMANDADO	INSITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE MANIZALES -INFIMANIZALES
VINCULADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

I. CONSIDERACIONES

Se ocupa el Despacho del proceso procedente del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovió por intermedio de apoderado judicial el señor **MARIO DE JESUS MUÑOZ PARRA** contra el **INSITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE MANIZALES -INFIMANIZALES** para surtir el recurso de apelación concedido a la parte demandante respecto de la Sentencia No. 158

proferida por ese Despacho el día 09 de diciembre de 2021, visible en el Archivo PDF “43” de la carpeta 01CuadernoPrimeraInstancia del expediente digital.

Igualmente, el Despacho realiza un examen preliminar conforme lo establece el artículo 325 del Código General del Proceso, encontrando que la providencia motivo de apelación está suscrita electrónicamente por el inferior; así mismo, no falta por resolver demandas de reconvención o procesos acumulados, como tampoco se observa causal de nulidad alguna que amerite medida de saneamiento o su declaración.

Por lo anterior, al haberse sustentado el recurso de apelación oportunamente¹ y reunir los demás requisitos legales, procede el despacho a admitir en el efecto suspensivo el recurso de alzada, notificándose personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes (Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA).

Por lo expuesto, el Despacho,

II. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 325 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, de acuerdo con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes
Magistrado

¹ Como quiera que la sentencia fue notificada electrónicamente el 10 de diciembre de 2021, el término de ejecutoria transcurrió entre los días 15 de diciembre de 2021 al 20 de enero de 2022 y el recurso de apelación fue interpuesto el día 13 de enero de 2022.

Oral 002
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

Código de verificación: **1752b6158f0c9cb3ababd15f3927cd33976198eaf2178aeb110991ebffb3c68a**

Documento generado en 06/06/2022 09:33:17 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho de la señora Magistrada el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, dos (02) de junio de dos mil veintidós (2022)



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrada Sustanciadora: PATRICIA VARELA CIFUENTES

A.I. 238

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACION	17001 33 33 004 2018 00235 02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	SULMA INES SUÁREZ CORRALES
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FNPSM

I. CONSIDERACIONES

Se ocupa el Despacho del proceso procedente del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovió por intermedio de apoderado judicial **SULMA INES SUÁREZ CORRALES** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FNPSM** para surtir el recurso de apelación concedido a la parte demandada respecto de la Sentencia No. 222 proferida por ese Despacho el día 08 de noviembre de 2021, visible en el Archivo PDF “17” de la carpeta 01CuadernoPrimeraInstancia del expediente digital.

Igualmente, el Despacho realiza un examen preliminar conforme lo establece el artículo 325 del Código General del Proceso, encontrando que la providencia motivo de apelación está suscrita electrónicamente por el inferior; así mismo, no falta por resolver demandas de reconvención o procesos acumulados, como tampoco se observa causal de nulidad alguna que amerite medida de saneamiento o su declaración.

Por lo anterior, al haberse sustentado el recurso de apelación oportunamente¹ y reunir los demás requisitos legales, procede el despacho a admitir en el efecto suspensivo el recurso de alzada, notificándose personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes (Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA).

Por lo expuesto, el Despacho,

II. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 325 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, de acuerdo con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes
Magistrado
Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

¹ Como quiera que la sentencia fue notificada por medios electrónicos el 09 de noviembre de 2021, el término de ejecutoria transcurrió entre los días 12 al 29 de noviembre de 2021 y el recurso de apelación fue interpuesto el día 19 de noviembre de 2021.

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

Código de verificación: **c8b76f030f29ebc701854d94fe08bc889c18f348fd05ba34d0b66b3dca650aa1**
Documento generado en 06/06/2022 09:37:23 AM

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

17-001-33-33-005-2018-00379-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, tres (03) de JUNIO de dos mil veintidós (2022)

S. 081

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN¹ y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 5º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ MARINA MARÍN GAVIRIA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 7709-6 de 10 de octubre de 2017.
- II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

¹ Ausente por vacaciones.

III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor de la parte accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa lo siguiente:

➤ Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.

➤ Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.

- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el escrito que se halla en el documento PDF N° 1, páginas 79 a 82, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador y proponiendo las excepciones denominadas ‘LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD’, aludiendo la aplicación de las normas vigentes a la situación de la parte actora; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, porque el descuento con destino al sistema de salud del 12% y el aumento del valor de la pensión con base en el IPC se hacen conforme a la normativa vigente; ‘COBRO DE LO NO DEBIDO’, ya que los descuentos sobre las mesadas pensionales responden a principios como el de la sostenibilidad del sistema pensional; ‘SOSTENIBILIDAD FINANCIERA’, de conformidad con el Acto Legislativo 03 de 2011, que obliga al Estado a ajustar sus actuaciones al marco de sostenibilidad fiscal.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 5° Administrativo de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora (PDF N° 7).

Como sustento de la decisión, acudió a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 que regula el reajuste periódico de las pensiones, en desarrollo del mandato superior establecido en el canon 53 Constitucional; 279 de la misma norma, que preceptúa las excepciones para la aplicación del régimen general de pensiones.

Menciona que al tenor de lo analizado por la Corte Constitucional en Sentencia C-435 de 2017, el derecho al aumento en el valor de las pensiones en determinado monto no es un derecho adquirido, sino una mera expectativa, pues el legislador goza de un margen amplio de decisión sobre el método a emplear para el ajuste de las pensiones, siempre que se garantice el poder adquisitivo de su valor.

Abordando los pormenores del caso, estableció que con la expedición de la Ley 100 de 1993, quedaron sin efectos las disposiciones contrarias, como el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 y con respecto de la violación del principio de favorabilidad, concluyó que solo aplica en caso de vacíos normativos o tratamientos distintos en casos iguales, lo cual no aplica en el caso. En cuanto al segundo de los problemas jurídicos, referido al porcentaje de los descuentos con destino al sistema de salud, estimó que si bien con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se conservó el régimen especial en pensiones de los docentes (Ley 91 de 1989), en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social estos sí deben ceñirse a la norma general, intelección que refuerza con lo esbozado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004.

Finalmente, concluyó que la parte actora también debe realizar aportes con destino al sistema de salud sobre las mesadas de julio y diciembre, pues ingresó al servicio docente con anterioridad a la promulgación de la Ley 812 de 2003 y obtuvo su reconocimiento pensional con base en los mandatos de la Ley 91 de 1989.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial que constituye el PDF N° 14, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales,

en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988, igualmente impetra se reduzca el monto de los descuentos con destino al sistema de salud, en atención a la normativa especial que cobija a los docentes.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte nulidisciente al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

(I)

AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” /Destaca el Tribunal/.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976² disponía a la sazón:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia

² “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

“ARTICULO 1o. Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

PARAGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

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

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando

es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“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.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994³, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

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

³ MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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

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

Por su parte, el H. Consejo de Estado⁴ se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

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

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

mesadas pensionales”.

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

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017⁵ esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar

⁵ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

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

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma⁶, no obstante, este mandato legal

⁶ “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

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

"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". /Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en

aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

CASO CONCRETO

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora LUZ MARÍA MARÍN GAVIRIA supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 856.671 para 2011, mientras el salario mínimo para esa anualidad era de \$ 535.600) (PDF N°1, pág. 48-49), por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

(II) DESCUENTOS CON DESTINO AL SISTEMA DE SALUD

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

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

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la H. Corte Constitucional⁷ expresó:

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

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad

⁷ Sentencia T-835 de 2014.

social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en mataría de salud.”

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

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

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

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

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

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

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

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

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”
/Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

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

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

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento

por el H. Consejo de Estado⁸, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

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

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 9, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma</i>

⁸ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	<i>distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

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

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

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

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

la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el H. Consejo de Estado¹⁰ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

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

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

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

¹⁰ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

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

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

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS.

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 5º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ MARINA MARÍN GAVIRIA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 027 de 2022.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

(En vacaciones)



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022).

MEDIO DE CONTROL:	Protección de Derechos e Intereses Colectivos
RADICADO:	17-001-23-33-000-2018-00450-00
DEMANDANTE:	Enrique Arbeláez Mutis
DEMANDADO:	Municipio de Neira – Corpocaldas
VINCULADO:	Gustavo Jaramillo Ríos
AUTO No.	237

Por su oportunidad y procedencia, conforme a lo establecido en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998, en concordancia con los artículos 322 y 323 del Código General del Proceso, **SE CONCEDEN** en el efecto **DEVOLUTIVO** los recursos de apelación interpuestos por el Municipio de Neira y el señor Gustavo Jaramillo Ríos en calidad de vinculado (Archivos PDF 48 y 49) contra la Sentencia No. 82 proferida por esta Corporación el trece (13) de mayo de 2022 (Archivo PDF 46).

Una vez en firme el presente auto, se remitirá de forma inmediata el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se desaten los respectivos recursos, previas las anotaciones correspondientes en el sistema informático Justicia Siglo XXI.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

Código de verificación:

32caa6837f7f7cd3694c16687fa6747953018594a7b3109087ab0d5eeb02bbbd

Documento generado en 06/06/2022 09:36:51 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	GERMÁN AUGUSTO GONZÁLEZ
ACCIONADO	MUNICIPIO DE MANIZALES, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS-, CURADURÍA URBANA DOS DE MANIZALES
VINCULADO	J y ROBLEDO S.A.S.
RADICACIÓN	17 001 23 33 000 2019 00232
SENTENCIA	No. 104

Se dispone la Sala a dictar **sentencia de primera instancia** en el asunto de la referencia.

PRETENSIONES

“(…)

- 1. Construir la nueva vía desde el punto llamado la Quiebra vía Vereda Buena Vista hacia la parte alta del control de busetas de la Sultana, ya que la misma fue incluida en el P.O.T. aprobado en 2017.*
- 2. Adelantar las obras de estabilización de laderas y protección del sector.*
- 3. Habilitar el servicio de transporte público para beneficio de toda la comunidad teniendo en cuenta la cantidad de personas que habitan y que habitarán el sector.*

4. (...)”

Como fundamento de las pretensiones, dice el actor popular que los nuevos desarrollos urbanos aprobados desde el año 2016 en la vereda Buena Vista, están ocasionando alto tráfico vehicular, lo cual impone la construcción de la vía aprobada en el P.O.T. desde el punto conocido como La Quiebra hasta el control de busetas de la Sultana. Adicionalmente es necesario pavimentar la vía existente para mejor uso de la comunidad y dar estabilidad a las laderas.

Invoca la protección a los derechos colectivos a la seguridad y salubridad pública; el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; y la realización de 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.

CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS

MUNICIPIO DE MANIZALES: No aceptó los hechos y precisa que si bien es cierto la vía solicitada fue incluida en el P.O.T., luego se excluyó por ser de carácter particular. Formuló las siguientes excepciones: *Obligación de un tercero*, pues no hay afectación de los derechos colectivos de los habitantes del sector; *Falta de legitimación en la causa por pasiva*: el municipio no es el llamado a responder por estos hechos de la acción popular.

CORPOCALDAS: Afirma que las pretensiones se refieren a atribuciones propias del municipio de Manizales. Planteó las siguientes excepciones:

Corpocaldas ha actuado conforme a los postulados legales y constitucionales: la entidad en ejercicio de su función asesora ha manifestado su criterio técnico en la zona objeto de la acción popular, trasmitiéndolo al municipio en oficio del 17 de marzo de 2019.

Falta de legitimación en la causa por pasiva: De acuerdo con el artículo 31 de la ley 99 de 1993 no es de competencia de la entidad construir ni reparar vías, ni ejecutar obras civiles para la estabilidad de las mismas, ni tampoco el de habilitaciones para el transporte público. Estas actuaciones son de competencia del municipio de Manizales de acuerdo con los artículos 19 y 20 de la ley 105 de 1993, 76 de la ley 715 de 2001; 3 y 6 de la ley 1551 de 2012.

La competencia para la atención y prevención de desastres corresponde a los entes territoriales: reitera que la construcción, reparación y adecuación de vías urbanas está a cargo de los municipios, así como la gestión del riesgo a través de obras de estabilidad, en tanto la intervención de la Corporación es bajo los principios de rigor subsidiario o complementario.

La competencia para que el transporte público se preste de manera eficiente y adecuada radica en el Municipio: Según la ley 105 es a los entes territoriales a los cuales le corresponde lo concerniente a la infraestructura de transporte.

Inexistencia de una omisión o acción trasgresora de derechos colectivos por parte de Corpocaldas, en atención a su órbita de competencia: La competencia para atender las pretensiones es del municipio, para lo cual no requiere de la concurrencia de otras entidades, en tanto la Corporación tiene funciones de apoyo, asesoría, vigilancia y control de temas ambientales en asocio con los entes territoriales, por ende su función es complementaria y subsidiaria.

CURADURÍA URBANA DOS DE MANIZALES: Afirma que el actor popular no aportó prueba de la violación a los derechos colectivos que invoca, además que a dicha dependencia solo le atañe lo concerniente a licencias urbanísticas, reguladas por el decreto 1077 de 2015 y el Plan de Ordenamiento Territorial (Acuerdo 0958 de 2017).

Sobre los hechos, dijo no constarle, pero precisando que en el sector del Cerro de Oro se han otorgado licencias urbanísticas a diferentes constructoras, ello se ha ajustado a la ley, velando que en los planos los perfiles viales en las construcciones y urbanizaciones sean respetados, según lo definido en el P.O.T o por las Secretaría de Planeación.

Formuló la excepción de *carencia de la prueba con valor jurídico que demuestre la vulneración de derechos constitucionales y colectivos:* de los documentos aportados por el accionante, no se desprende un criterio técnico o científico que sustente sus afirmaciones.

J y ROBLEDO S.A.S: Se opuso a las pretensiones y frente a los hechos dijo no constarle, con la salvedad que fue propietario de los predios con ficha catastral 101000003430002000000000 y 101000003430006000000000 y tramitó las licencias para la urbanización Bosques del Cerro, pero en la actualidad ya no es titular de dichos predios ni tiene relación con los proyectos que allí se desarrollan. En su momento

realizó la ampliación y pavimentación de la mitad de la vía, como le correspondía por estar ubicada frente al mencionado proyecto, pues la otra mitad es de responsabilidad del propietario del predio ubicado al frente. Planteó las siguientes excepciones:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: los derechos reclamados deben ser garantizados por el Estado, pues según la Constitución le corresponde velar por el espacio público.

Responsabilidad de los entes estatales frente al desarrollo de vías y servicios públicos: la construcción de la vía solicitada es de responsabilidad del municipio de Manizales, ente que debe acatar los lineamientos del P.O.T., y también garantizar la prestación del servicio público de transporte.

Menciona la ley 388 de 1997 y el decreto 1077 de 2015, así como el P.O.T. de Manizales en cuanto al plan de movilidad que incluye las vías de Bosques de Niza al Cerro de Oro – Maltería y Maltería – La Sultana.

Explica que la sociedad como fideicomitente tramitó las licencias urbanísticas otorgadas por la Primera Curaduría Urbana de Manizales, y en cumplimiento del P.O.T. diseñó las vías Bosques de Niza al Cerro de Oro – Maltería, el cual se incorporó a los expedientes mencionados.

Luego la Fiduciaria Davivienda SA como titular de los predios por donde pasan las vías mencionadas, por la escritura pública No, 4383 del 30 de junio de 2021 de la Notaría Segunda de Manizales, corregida por escritura No. 5572 del 18 de agosto de 2021, realizó la cesión al municipio de Manizales de las franjas de suelo para la construcción de la conexión Bosques de Niza-La Sultana- Vía Cerro de Oro a Buenavista (Maltería) en la parte correspondiente a las áreas licenciadas.

Inexistencia de inestabilidad en el sector: Los predios de propiedad de la sociedad no tienen problemas de estabilidad que puedan afectar las vías, pues los proyectos se hicieron con las licencias y estudios necesarios para la construcción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

DEMANDANTE: Reiteró los hechos del escrito de acción popular y precisa que la vía sí está contemplada en el P.O.T. siendo voluntad del urbanizador ceder de manera anticipada el terreno para que la construya el municipio. Acepta que en el

sector no hay riesgo de derrumbes ni de otras afectaciones, pero insiste en la violación a los derechos colectivos porque la única vía es muy angosta.

Sobre la habilitación de la ruta de Transporte, considera que su ausencia afecta a los habitantes del sector e itera la necesidad de la conexión vial.

MUNICIPIO DE MANIZALES: Reiteró los argumentos de la respuesta a la acción popular y pone de presente que según el informe allegado de la Secretaria de Obras Públicas en oficio del 5 de agosto de 2021, la vía que conectaría el punto de control de busetas de la Sultana con el sector La Quiebra de la vereda BuenaVista, se encuentra sobre predios particulares y su construcción corresponde a los urbanizadores en el marco de las licencias de urbanización, en este caso a la sociedad J y Robledo S.A.S. como propietaria de los predios.

Añade que los problemas de inestabilidad presentados en la vía de la Vereda han sido atendidos oportunamente, y que según el Plan Maestro de Movilidad no se requiere habilitar una ruta de transporte en el sector.

CURADURÍA SEGUNDA DE MANIZALES: Expone que en este proceso no se probó la violación a los derechos colectivos que invoca el accionante, al punto que éste manifestó que se sustentaban en unos estudios que reposaban en Corpocaldas de los años 2008 a 2011.

Agrega que se probó que la vía solicitada sí está en el P.O.T. en el Sistema de Proyectos Viales Plano U14, sobre cuya construcción no tiene competencia la Curaduría; y que el hecho de concederse licencias urbanísticas en el sector del Cerro de Oro no implica violación a derechos colectivos, porque toda licencia de ese tipo debe incluir dentro del proyecto las determinantes que arrojaron los Estudios de Detalle previstos en el Componente Urbano del P.O.T. para mitigar los riesgos que llegare a tener el predio objeto de solicitud. A su turno, el testigo de Corpocaldas dio cuenta que el sector no tiene problemas de estabilidad en la actualidad.

CORPOCALDAS: Afirma que no se probó la violación de derechos colectivos por la entidad, ni ninguno de los hechos del escrito de acción popular, tampoco que las licencias otorgadas en el sector se hayan expedido con violación de las normas que las regulan.

Lo que sí se probó es que en el sitio no hay problemas de inestabilidad porque el municipio y Corpocaldas han actuado de manera diligente y pronta para intervenir la zona con obras de mitigación de riesgo, y en la actualidad no hay ninguna

amenaza. Concluye que la construcción de la vía es de competencia del municipio y del urbanizador, pero tampoco se demostró la necesidad de la misma.

J y ROBLEDO S.A.S.: Reitera los argumentos de respuesta a la acción popular enfatizando que la vía la debe construir el municipio y financiarla por cualquiera de los métodos que prevé la ley, y que la inclusión de la vía en las licencias no releva ente territorial de las cargas que le impone el P.O.T. so pena de romper el equilibrio de las cargas públicas.

-MINISTERIO PÚBLICO: Solicitó al Tribunal negar las pretensiones del accionante. Luego de citar los antecedentes del proceso y referir a la naturaleza del medio de control y de los derechos invocados, afirma que de las pruebas no se sustenta una violación o amenaza a los derechos colectivos invocados.

Alude también a las normas relativas al ordenamiento del territorio a cargo de los alcaldes y de los Concejos Municipales y afirma que en el P.O.T. de Manizales sí está incluida la vía que comunique a los sectores de Buena Vista con Cerros de Niza y el barrio La Sultana para mejorar las condiciones de movilidad de la zona.

Agrega que se probó que en el sitio no hay problemas de inestabilidad y que el municipio ha sustentado con el plan maestro de movilidad que no es necesaria ni eficiente una ruta de transporte público en el lugar, por falta de demanda suficiente.

Concluye que las entidades han actuado dentro del marco de sus competencias correspondiendo al actor popular la carga de la prueba.

CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos:

¿La ausencia de la vía que conecte los sectores de Bosques de Niza con la Vereda Buena Vista, así como la falta de una ruta de transporte público, viola o amenaza los derechos colectivos invocados?

¿El sector de Bosques de Niza - Vereda Buena Vista presenta inestabilidad de laderas que deba ser intervenida?

Para resolver lo anterior, se analizará: i) Los requisitos de procedencia de la acción popular y el alcance de los derechos invocados; ii) los hechos probados y iii) la solución al caso concreto.

Previo a ello, se definirá la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por las accionadas y el vinculado. El Consejo de Estado ha precisado esta figura en el marco de la acción popular, de manera ilustrativa²:

“La exigencia de legitimación en la causa por pasiva alude a la aptitud que debe reunir la persona –natural o jurídica– contra quien se dirige la demanda para oponerse jurídicamente a las pretensiones que el demandante esgrime en su contra. En ese sentido, no basta con ser objeto de demanda para concurrir legitimamente a un juicio, es imperioso estar debidamente legitimado para ello. Al respecto destaca la Sala que la jurisprudencia de esta Corporación ha distinguido entre la legitimación en la causa de hecho y la legitimación en la causa material; distinción que se ha expuesto en los siguientes términos: “(...) toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico...”. En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra”. De acuerdo con lo jurisprudencia antes transcrita, la cual se prohija en esta oportunidad, la legitimación material en la causa por pasiva exige que la entidad en contra de la cual se dirige la demanda esté vinculada funcional o materialmente con los hechos que dan origen a la

reclamación, lo cual se examinará desde la óptica de las responsabilidades que legalmente corresponden al organismo demandado”. -sft.

A partir de lo anterior y considerando que lo peticionado por el actor popular principalmente es la construcción de una vía dotada del servicio de transporte público y la estabilización de laderas del sector, encuentra la Sala que las accionadas y el vinculado sí cuentan con legitimación material para comparecer a este proceso:

El municipio de Manizales, porque de conformidad con el artículo 20 de la ley 105 de 19931, *“Corresponde al Ministerio de Transporte, a las entidades del Orden Nacional con responsabilidad en la infraestructura de transporte y a las Entidades Territoriales, la planeación de su respectiva infraestructura de transporte, determinando las prioridades para su conservación y construcción”*.

Corpocaldas, porque de conformidad con el artículo 31 numeral 23 de la ley 99 de 19932, le corresponden asistir a las entidades territoriales en los aspectos medioambientales en la prevención y atención de emergencias y desastres.

Y el vinculado J y Robledo SAS, al ser titular de la licencia urbanística está llamado a responder por los hechos que se deriven de su ejecución.

Por ende se declarará no probado el mencionado medio exceptivo.

i) Los requisitos de procedencia de la acción popular y el alcance de los derechos invocados:

Inicialmente precisa la Sala que este medio de control propende por la protección de los derechos e intereses de la comunidad y puede ser promovido por cualquier miembro de la colectividad a nombre de esta cuando ocurra un daño o se amenace un derecho o interés de esa naturaleza, ejerciéndose para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio, pues se trata de derechos pertenecientes a todos y cada uno de los miembros de la colectividad.

El ámbito dentro del cual debe manejarse el trámite del medio de control de defensa de derechos e intereses colectivos, es el relativo a la amenaza o vulneración de derechos colectivos, los cuales pueden ser quebrantados por actos, acciones u

1 Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.

2 “por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.”

omisiones de la entidad pública, de un servidor o funcionario público en ejercicio de sus funciones, o de los particulares.

El artículo 88 de la Carta Política establece en su inciso primero que,

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

Este dispositivo superior encuentra desarrollo en la Ley 472 de 1998, que señaló como objetivo, *“regular las acciones populares y las acciones de grupo de que trata el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. Estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo de un número plural de personas”*; en tanto que el precepto 2º dispuso que las acciones populares *“son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”*; y que *“se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”*.

El artículo 9º del mismo ordenamiento indica a su turno que *“Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”*; acción que a voces del artículo 9º ibídem, *“podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”*.

Como bien lo indica el Ministerio Público en su intervención, jurisprudencialmente se han establecido los siguientes requisitos para que proceda una acción popular: : i) la existencia de una acción u omisión por parte de las autoridades públicas o de los particulares, en relación con el cumplimiento de sus deberes legales; ii) la existencia de un daño contingente, peligro, amenaza o vulneración de derechos e intereses colectivos; iii) la relación de causalidad entre la acción u omisión, y la afectación de los derechos e intereses mencionados.

Ahora bien, toda vez que ninguno de los hechos expuestos por el actor popular tiene relación con el derecho a la salubridad pública, centrará la Sala la atención en los demás invocados. Es así como en lo que respecta al derecho a la seguridad y

prevención de desastres previsibles técnicamente ha precisado el Consejo de Estado³:

“Sobre el particular cabe recordar que existe un conjunto de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que imponen claros deberes y obligaciones de protección a las autoridades públicas, respecto de todos y cada uno de los habitantes y residentes de Colombia.

Basta recordar el mandato contenido en el artículo 2º de la Constitución Política, el cual establece que son fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el ordenamiento jurídico.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Se desprende, entonces, un deber general de actuación que obliga a todas las autoridades del Estado, sin importar el nivel, y el cual se encuentra dirigido a impedir que se concreten amenazas o se produzcan vulneraciones a los derechos de la población”.

En cuanto al derecho colectivo a “La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollo urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes” el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples ocasiones haciendo mención al mismo pero puntualmente sobre el contenido refirió en sentencia de la Sección Tercera, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Rad. N° 63001-23-31-000-2004-00243-01 (AP), del 21 de febrero de 2007:

“Por urbanismo debe entenderse, según el diccionario de la real academia de la lengua española, lo siguiente: El conjunto de conocimientos relativos a la creación, desarrollo, reforma y progreso de las poblaciones según conviene a las necesidades de la vida humana. Por consiguiente, el núcleo esencial del derecho colectivo comprende los siguientes aspectos: Respeto y acatamiento del principio de función social y ecológica de la propiedad (inciso segundo artículo 58 C.P.). Protección del espacio público procurando adelantar cualquier tipo de

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Bogotá, D.C. veinte (20) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-00357-01(AP).

construcción o edificación con respeto por el espacio público, el patrimonio público, y la calidad de vida de los demás habitantes. Respetar los derechos ajenos y no abusar del derecho propio (art. 95 numeral 1 C.P.). Atender los procesos de cambio en el uso del suelo, en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible (art. 3° ley 388 de 1997). El acatamiento a la ley orgánica de ordenamiento territorial- aún no expedida por el Congreso de la República - y los planes de ordenamiento territorial que expidan las diferentes entidades territoriales del país (art. 288 C.P.). Planes de ordenamiento territorial que sirvan de guía y mapa para que el desarrollo urbano se haga de manera ordenada, coherente, de tal manera que prevalezca el interés general sobre el particular, y se garantice la aplicación de las disposiciones político - administrativas - de organización física- contenidas en los mismos (art. 5° ley 388 de 1997). Cumplimiento de los preceptos normativos sobre usos del suelo; alturas máximas de construcción; cupos mínimos de parqueo; especificaciones técnicas y de seguridad; cesiones obligatorias al distrito; necesidad de obtener licencias de urbanismo y construcción; existencia de conexiones para los servicios públicos domiciliarios, entre otros. Entonces, para la Sala es claro que el derecho señalado en el literal m) del artículo 4° de la ley 472 de 1998, corresponde a la obligación que le impone el legislador a las autoridades públicas y particulares, en general, de acatar plenamente los preceptos jurídicos que rigen la materia urbanística es decir la forma como progresa y se desarrolla una determinada población, en términos de progreso físico y material, asentada en una determinada entidad territorial - bien sea en sus zonas urbanas o rurales- con miras a satisfacer plenamente las necesidades de la población.” -rft-

A partir de estos conceptos, contrastados con los hechos que se encuentren probados, es que deberá determinarse cuál es la acción u omisión imputable a las accionadas, o a alguna de ellas, que resulte infractora de los citados derechos.

ii) Los hechos probados:

-El proyecto vial que comunique a los sectores de Cerros de Niza y el Barrio La Sultana con la vereda Buenavista, se encuentra incluida en el Plan de Ordenamiento Territorial de Manizales en el plano U14, siendo los trazados viales esquemáticos; por ende requieren estudios y diseños de detalle, según reiteró al ahora actor

popular, la Secretaria de Planeación de Manizales en oficio No. SPM-19-1298 del 26 de marzo de 2019 (fls.5-5vto).

-La demanda insuficiente de servicio que amerite el establecimiento de una ruta de transporte público en la vereda Buena Vista, según arrojó la matriz de origen destino del Plan Maestro de Movilidad y los intentos para establecerla por la administración municipal, según informó el Secretario de Tránsito en oficio STT-1488 del 27 de junio de 2019 y en concepto dirigido al proceso. (fl. 46 doc.001 y docs.042-043)

-La aprobación del proyecto urbanístico general denominado “BELLAVISTA” a través de la Resolución No. 20-1-0273- del 25 de noviembre de 2020 de la Curaduría Primera Urbana de Manizales a J Y ROBLEDO S.A.S. en el barrio La Sultana. Dentro de la urbanización quedaron comprendidos dos lotes destinados a vías públicas: parte de la Avenida Bosques de Niza y parte de la vía colectora que estructurará la nueva urbanización (fls.12-35 doc.027).

Este proyecto fue objeto de modificación aprobada por la Resolución No. 21-1-0008 del 14 de enero de 2021, en cuanto a redistribución de áreas, manteniendo entre otros aspectos, lo correspondiente a vías públicas (fls. 36-55 doc.027)

-Por parte del Curador Urbano No. 1 de Manizales se informó al Tribunal lo siguiente:

“La Resolución No. 20-1-0273-PUG/LU del 25 de noviembre de 2020 (...) aprobando un Proyecto Urbanístico General-PUG denominado “Bellavista” fijando las normas referentes a aprovechamientos y volumetrías básicas; y una Licencia de Urbanización Modalidad Desarrollo para la ejecución de la primera etapa del PUG”; añadió que consultado el plano urbanístico No. 7A/10 que forma parte de la mencionada resolución, se plantean como vías del proyecto:

-Vía conexión Av. La Sultana –Av. Bosques de Niza

-Vía conexión Av. Bosques de Niza -Vía Bellavista

-Parte del carril subida Av. Bosques de Niza

-Glorieta de intersección entre la Av. Bosques de Niza y las conexiones antes mencionadas.

Concluyó en su informe que *“ es un PUG, el cual se desarrolla por etapas, por lo tanto, las vías son proyectadas, pero sólo quedó aprobado en la licencia de urbanización de la primera etapa, la ejecución de parte de la Av. Bosques de Niza, la glorieta y un tramo de conexión Av.*

Bosques de Niza –Vía Buenavista, a los cuales dan frente a los predios resultantes, como se puede observar en el plano 8/10 (...) El planteamiento vial definido en el PUG, se desarrolla de manera progresiva, a medida que se soliciten las licencias de urbanización de las demás etapas que lo componen". (doc.092)

-En el proceso rindió testimonio el ingeniero Jhon Jairo Chisco Leguizamón, Ingeniero Civil adscrito a Corpocaldas. De su versión se destaca:

La zona objeto de las pretensiones, viene siendo objeto de desarrollos urbanos desde hace varias décadas pero con sectores restringidos por sus condiciones geomorfológicas. La vía solicitada por el accionante sería un corredor vial a media ladera desde el control de busetas de la Sultana, por pendiente fuerte, hasta conectar a la vía principal de la vereda Buenavista. Esa vía implicará unos cortes grandes además las obras de estabilidad para dichos cortes, las obras de manejo de aguas lluvias y mitigación de los impactos derivados de la intervención, dada la presencia de varios nacimientos de agua.

Previo a ello debe hacerse un estudio de impacto ambiental que identifique los trámites en la entidad y tener en cuenta obras de estabilidad de taludes al momento en que se desarrolle el proyecto.

La entidad no ha recibido solicitudes que señalen amenazas por deslizamiento o signos de inestabilidad activos en el sector. Y la vía del Cerro de Oro a la vereda es estable en la actualidad, los procesos de inestabilidad del año 2004 a 2009 que afectaron la banca, fueron intervenidas como obras de estabilidad de taludes sobre la vía para mantener la conexión de la ciudad con esa zona agrícola. En la actualidad esas obras cumplen cabalmente su función y existe un proyecto de intervención en la parte baja del cauce, que es alejado de la banca de la carretera, y no hay reporte de inestabilidad (amenaza por deslizamiento) actualmente.

-A su turno en la declaración vertida al proceso, el accionante refirió que Corpocaldas posee los estudios que sustentan la vulneración a los derechos cuya protección invoca. No los aportó, porque consideró que debió allegarlos la Corporación.

iii) Solución al caso concreto:

Para la Sala, vistas las pruebas en el contexto de los derechos que se invocan como vulnerados, no hay lugar a acceder a las pretensiones, tal como lo solicita el Ministerio Público.

En primer lugar, se probó que la vinculada sociedad J Y ROBLEDOS S.A.S. es titular de una licencia de urbanización en el sector objeto de las pretensiones, esto es, en el barrio La Sultana y que dentro de la urbanización inicialmente licenciada quedaron comprendidos dos lotes destinados a vías públicas: parte de la Avenida Bosques de Niza y parte de la vía colectora que estructurará la nueva urbanización. También se probó que la vía que petitiona el hoy actor popular está incluida en el P.O.T. de Manizales. Y, considerando el núcleo esencial del derecho cuya protección se invoca, esto es, que el mismo corresponde a la obligación que le impone el legislador a las autoridades públicas y particulares, en general, de acatar plenamente los preceptos jurídicos que rigen la materia urbanística, no se señala por el actor popular ni encuentra configurada la Sala, un desconocimiento a las normas urbanísticas por motivo de la licencia mencionada.

En efecto, según informó el Curador No. 1 de Manizales, dependencia en la cual se expidió la licencia de urbanización para el proyecto denominado “Bellavista”, el mismo si bien plantea tres vías conforme al P.O.T., en la primera etapa licenciada se incluyen parte de la avenida Bosques de Niza, la glorieta y un tramo de la conexión Av. Bosques de Niza- Buenavista; pues todo el planteamiento vial se desarrolla de manera progresiva a medida que se soliciten las licencias de urbanización por etapas. De acuerdo con lo anterior, la construcción de la vía que solicita el actor popular corresponde **exclusivamente** al urbanizador quien luego de construirla con pleno ajuste a las especificaciones técnicas, debe cederlas al municipio. Pero, se itera, el desarrollo vial es progresivo en la medida que se licencie de tal manera que la construcción de las vías proyectadas va a la par con el respectivo desarrollo urbanístico.

Recuérdese que la licencia de urbanización *“Es la autorización previa para ejecutar en uno o varios predios localizados en suelo urbano, la creación de espacios públicos y privados, así como las vías públicas y la ejecución de obras de infraestructura de servicios públicos domiciliarios que permitan la adecuación, dotación y subdivisión de estos terrenos para la futura construcción de edificaciones con destino a usos urbanos, de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen, las leyes y demás reglamentaciones que expida el Gobierno Nacional” -sft. (art. 2.2.6.1.1.4. D.1077/15)*

En lo que respecta a la pretensión de estabilizar las laderas del sector, la prueba testimonial da cuenta que dicha problemática actualmente no se presenta, y que cuando a ello hubo lugar se realizó la debida intervención con obras de estabilidad de taludes.

Y finalmente en lo que atañe al establecimiento de una ruta de busetas, el concepto de la Secretaría de Movilidad, no desvirtuado por otra prueba, indica que no existe la suficiente demanda de usuarios que la justifique según arrojó la matriz de origen destino del Plan Maestro de Movilidad.

De lo anterior se concluye por la Sala, compartiendo el análisis del Ministerio Público, que el actor popular no cumplió con la carga de probar la violación a los derechos colectivos objeto de este medio de control, lo cual impone negar las pretensiones.

COSTAS:

No habrá lugar a condenar en costas al accionante pues no se acreditó que haya actuado de mala fe o temerariamente, según lo establecido en la sentencia de unificación dentro del proceso radicado 2017-00036 del 06 de agosto de 2019 del Consejo de Estado.

Por lo expuesto, el **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por el Municipio de Manizales, Corpocaldas y J y Robledo SAS.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de *carencia de prueba con valor jurídico que demuestre la vulneración de los derechos constitucionales y colectivos* propuesta por el señor Curador Urbano 2 de Manizales; *inexistencia de una omisión o*

acción transgresora de los derechos colectivos deprecados por parte de Corpocaldas, en atención a su órbita de competencia alegada por Corpocaldas y de obligación de un tercero formulada por el Municipio de Manizales.

TERCERO: NEGAR las pretensiones del actor popular dentro del presente medio de control de protección de intereses y derechos colectivos.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia archívese el expediente previas las anotaciones respectivas en el sistema JUSTICIA SIGLO XXI.

NOTIFÍQUESE

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17-001-33-33-008-2019-00319-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, tres (03) de JUNIO de dos mil veintidós (2022)

S. 082

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN¹ y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **MARIA NEUBELLY BEDOYA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 9514-6 de 5 de diciembre de 2017.

II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

¹ Ausente por vacaciones.

III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor de la parte accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa lo siguiente:

➤ Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.

➤ Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.

- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para

incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que, con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el escrito que se halla en el documento PDF N°2, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador y proponiendo las excepciones denominadas ‘LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD’, aludiendo la aplicación de las normas vigentes a la situación de la parte actora; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, porque el descuento con destino al sistema de salud del 12% y el aumento del valor de la pensión con base en el IPC se hacen conforme a la normativa vigente; ‘COBRO DE LO NO DEBIDO’, ya que los descuentos sobre las mesadas pensionales responden a principios como el de la sostenibilidad del sistema pensional; ‘SOSTENIBILIDAD FINANCIERA’, de conformidad con el Acto Legislativo 03 de 2011, que obliga al Estado a ajustar sus actuaciones al marco de sostenibilidad fiscal.

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** (PDF N°3) formuló como excepciones las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; ‘INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS DESCUENTOS EN SALUD REGIMEN DOCENTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO’, pues los descuentos establecidos en la Ley 91 de 1989 tienen por objeto garantizar los servicios de salud de los docentes, e incluyen las mesadas adicionales; ‘BUENA FE’ atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 8ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora (PDF N° 12).

Como sustento de la decisión, acudió a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 que regula el reajuste periódico de las pensiones, en desarrollo del mandato superior establecido en el canon 53 Constitucional; 279 de la misma norma, que preceptúa las excepciones para la aplicación del régimen general de pensiones.

Menciona que al tenor de lo analizado por la Corte Constitucional en Sentencia C-387 de 1994, el derecho al aumento en el valor de las pensiones en determinado monto no es un derecho adquirido, sino una mera expectativa, pues el legislador goza de un margen amplio de decisión sobre el método a emplear para el ajuste de las pensiones, siempre que se garantice el poder adquisitivo de su valor.

Abordando los pormenores del caso, estableció que con la expedición de la Ley 100 de 1993, quedaron sin efectos las disposiciones contrarias, como el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 y con respecto de la violación del principio de favorabilidad, concluyó que solo aplica en caso de vacíos normativos o tratamientos distintos en casos iguales, lo cual no aplica en el caso.

En cuanto al segundo de los problemas jurídicos, referido al porcentaje de los descuentos con destino al sistema de salud, estimó que si bien con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se conservó el régimen especial en pensiones de los docentes (Ley 91 de 1989), en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social estos sí deben ceñirse a la norma general, intelección que refuerza con lo esbozado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004.

Finalmente, concluyó que la parte actora también debe realizar aportes con destino al sistema de salud sobre las mesadas de julio y diciembre, pues ingresó al servicio docente con anterioridad a la promulgación de la Ley 812

de 2003 y obtuvo su reconocimiento pensional con base en los mandatos de la Ley 91 de 1989.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial que constituye el PDF N° 14, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988, igualmente impetra se reduzca el monto de los descuentos con destino al sistema de salud, en atención a la normativa especial que cobija a los docentes.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte nulidisciente al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

(I)

AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”
/Destaca el Tribunal/.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976² disponía a la sazón:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros

² “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

“ARTICULO 1o. Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

PARAGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

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

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo

del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“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.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994³, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

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

³ MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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

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

Por su parte, el H. Consejo de Estado⁴ se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

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

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

la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

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

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017⁵ esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar

⁵ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

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

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma⁶, no obstante, este mandato legal

⁶ “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

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

"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". /Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en

aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

CASO CONCRETO

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora MARIA NEUBELLY BEDOYA supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 1'742.762 para 2008, mientras el salario mínimo para esa anualidad era de \$ 461.500) (PDF N°1, pág. 46-47), por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

(II)
DESCUENTOS CON DESTINO
AL SISTEMA DE SALUD

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

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

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la H. Corte Constitucional⁷ expresó:

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

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

⁷ Sentencia T-835 de 2014.

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

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

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

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

expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

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

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

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

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

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”
/Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

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

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

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el H. Consejo de Estado⁸, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la

⁸ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

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

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 9, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	<i>de salud y pensiones.</i>

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

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

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

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

con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el H. Consejo de Estado¹⁰ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

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

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

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

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio

¹⁰ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido. Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS.

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Como agencias en derecho en esta instancia se fija 1 s.m.m.l.v., de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **MARIA NEUBELLY BEDOYA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Como agencias en derecho en esta instancia se fija 1

s.m.m.l.v., de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 027 de 2022.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

(En vacaciones)



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-008-2019-00346-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, tres (03) de JUNIO de dos mil veintidós (2022)

S. 083

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN¹ y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **MARIA GLORIA OSORIO RÍOS** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 9511-6 de 5 de noviembre de 2017.

II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

¹ Ausente por vacaciones.

III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor de la parte accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa lo siguiente:

➤ Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.

➤ Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.

- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para

incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el escrito que se halla en el documento PDF N°4, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador y proponiendo las excepciones denominadas ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO’, porque el descuento con destino al sistema de salud del 12% y el aumento del valor de la pensión con base en el IPC se hacen conforme a la normativa vigente. Además, teniendo en cuenta que los descuentos sobre las mesadas pensionales responden a principios como el de la sostenibilidad del sistema pensional; ‘PRESCRIPCIÓN, de conformidad con el Decreto 1848/69; y la ‘GENÉRICA’.

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** (PDF N°5) formuló como excepciones las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; ‘INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS DESCUENTOS EN SALUD REGIMEN DOCENTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO’, pues los descuentos establecidos en la Ley 91 de 1989 tienen por objeto garantizar los servicios de salud de los docentes, e incluyen las mesadas adicionales; ‘BUENA FE’ atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 8ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora (PDF N°13).

Como sustento de la decisión, acudió a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 que regula el reajuste periódico de las pensiones, en desarrollo del mandato superior establecido en el canon 53 Constitucional; 279 de la misma norma, que preceptúa las excepciones para la aplicación del régimen general de pensiones.

Menciona que al tenor de lo analizado por la Corte Constitucional en Sentencia C-387 de 1994, el derecho al aumento en el valor de las pensiones en determinado monto no es un derecho adquirido, sino una mera expectativa, pues el legislador goza de un margen amplio de decisión sobre el método a emplear para el ajuste de las pensiones, siempre que se garantice el poder adquisitivo de su valor.

Abordando los pormenores del caso, estableció que con la expedición de la Ley 100 de 1993, quedaron sin efectos las disposiciones contrarias, como el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 y con respecto de la violación del principio de favorabilidad, concluyó que solo aplica en caso de vacíos normativos o tratamientos distintos en casos iguales, lo cual no aplica en el caso.

En cuanto al segundo de los problemas jurídicos, referido al porcentaje de los descuentos con destino al sistema de salud, estimó que si bien con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se conservó el régimen especial en pensiones de los docentes (Ley 91 de 1989), en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social estos sí deben ceñirse a la norma general, intelección que refuerza con lo esbozado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004.

Finalmente, concluyó que la parte actora también debe realizar aportes con destino al sistema de salud sobre las mesadas de julio y diciembre, pues ingresó al servicio docente con anterioridad a la promulgación de la Ley 812 de 2003 y obtuvo su reconocimiento pensional con base en los mandatos de la Ley 91 de 1989.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial que constituye el PDF N° 15, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias

T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988, igualmente impetra se reduzca el monto de los descuentos con destino al sistema de salud, en atención a la normativa especial que cobija a los docentes.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- ***¿Le asiste derecho a la parte nulidiscente al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?***
- ***¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?***
- ***¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?***

(I)

AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” /Destaca el Tribunal/.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976² disponía a la sazón:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así

² “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

“ARTICULO 1o. Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

PARAGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

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

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“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.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994³, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un

³ MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

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

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

Por su parte, el H. Consejo de Estado⁴ se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

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

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

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas,

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

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

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017⁵ esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal

⁵ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

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

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

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso

mandato del artículo 279 de esa norma⁶, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 párrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

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

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

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de

⁶ “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

CASO CONCRETO

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora MARIA GLORIA OSORIO RÍOS supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 881.203 para 1998, mientras el salario mínimo para esa anualidad era de \$ 203.826) (PDF N°1, pág. 42-43), por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente

al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

(II)
DESCUENTOS CON DESTINO
AL SISTEMA DE SALUD

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

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

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la H. Corte Constitucional⁷ expresó:

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

⁷ Sentencia T-835 de 2014.

C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

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

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

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

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

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

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

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

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

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

manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” /Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

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

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

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el H. Consejo de Estado⁸, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

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

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	5%

⁸ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

<i>Ley 812 de 2003, 9, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

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

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

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

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

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

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

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el H. Consejo de Estado¹⁰ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

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

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

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de

¹⁰ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

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

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido. Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS.

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **MARIA GLORIA OSORIO RÍOS** dentro del contencioso de **NULIDAD Y**

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° _ de 2022.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado
(En vacaciones)



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17001-33-33-008-2020-00179-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, tres (03) de JUNIO de dos mil veintidós (2022)

S. 084

La Sala 4ª de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN¹ y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **SARA INORA CASTAÑO MONTOYA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Se declare la nulidad del acto ficto originado con la petición presentada el 10 de julio de 2019, con la cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional - prima de mitad de año, por ser pensionado del FNPSM, y por no haber alcanzado el reconocimiento de la pensión gracia.

¹ Ausente por vacaciones.

- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

CAUSA PETENDI

- La demandante fue vinculada como docente oficial con posterioridad al 1° de enero de 1981, por lo que, en condición de pensionada del FNPSM, no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia.
- Por cumplir con los requisitos de ley, a la demandante le fue reconocida una pensión de jubilación.
- La actora es beneficiaria de la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 por no ser acreedora de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1993. No obstante, desde el reconocimiento de la pensión de jubilación no le ha sido pagada la prima de mitad de año.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocan como vulnerados:

- Artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
- Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 H. Consejo de Estado.

Como concepto de la violación se expresa, en suma:

- ✓ La prima de mitad de año fue creada por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación.
- ✓ El reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, fue establecido por la ley con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, para aquellos documentos docentes del Magisterio que fueron vinculados con posterioridad del año de 1981, sin que realizara derogatoria alguna.

CONTESTACIÓN DEL LIBELO DEMANDADOR

La NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM- no contestó la demanda, según constancia secretarial visible en el archivo digital N° 11.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 8ª Administrativa de Manizales, dictó sentencia negando las pretensiones de la parte demandante en los términos que pasan a compendiarse (PDF N° 16).

Luego de efectuar el recuento normativo, concluyó que el propósito del Acto Legislativo 01 de 2005 fue, entre otras cosas, eliminar el derecho de todos los pensionados a recibir mesada adicional a las 13 percibidas anualmente, limitándola a los ciudadanos que causaren su pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011 y cuya mesada pensional no superara los 3 salarios mínimos legales mensuales de la época. A continuación, hizo mención a los pronunciamientos realizados por la Sala de Consulta de Servicio Civil del H. Consejo de Estado, y concluyó que el Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió el derecho de la mesada de mitad de año, tanto para el régimen general como para los regímenes especiales.

Finalmente, al abordar el caso concreto, explicó que la demandante es beneficiaria de una pensión de jubilación, en cuantía superior a 3 salarios mínimos, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de mitad de año.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial obrante en el archivo digital N°16 del expediente digitalizado, la parte demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

Explicó que le fue reconocida una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985; y que, toda vez que los docentes carecen de un régimen especial de pensiones, se les debe aplicar la Ley 33 de 1985 para los vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2009, y la Ley 100 de 1993 para los vinculados con posterioridad a la misma.

Precisó que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia; y que tal beneficio dista de la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Prosiguió refiriéndose a las Sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995 emanadas de la H. Corte Constitucional, y concluyó que si bien la Ley 238 de 1995 hizo extensiva la mesada adicional del sistema general en pensiones a los grupos de docentes de los regímenes exceptuados, ello no significó que su hubiera modificado su régimen especial, y por ello, considera, debe darse estricta aplicación a lo allí dispuesto, máxime cuando se encuentra plenamente vigente.

Finalmente, refirió que el demandante acudió a la jurisdicción con la firme convicción de que existe una vulneración a sus garantías constitucionales y legales, por lo que, en caso de ser vencida en juicio, una eventual condena en

costas resultaría injusta, acudiendo además a la reforma introducida al artículo 188 del C/CA por la Ley 2080 de 2021.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Pretende la parte actora, por modo principal, la nulidad del acto administrativo con el cual la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM negó el reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año, y en consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los planteamientos esbozados en el recurso de apelación, el problema jurídico a desatar se contrae a siguiente cuestionamiento:

¿Cumple la demandante con los presupuestos legales para acceder al reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año?

**(I)
MARCO JURÍDICO DE LA
MESADA ADICIONAL**

La Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado, que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“

(...)

Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. **Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional**". /Resalta la Sala/

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año -pagadera en el mes de junio-, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, (~~---~~), tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~(---~~)—PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”

Seguidamente, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto “los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”.

Posteriormente, la Ley 238 de 1995, adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993 e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”.

(...) “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”.

(...)

“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo”.

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

(...)

“Parágrafo 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales

mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

(...)

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007 concluyó:

"(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción

general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

(...) De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo (...)"

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales**, y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales, y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, en el parágrafo transitorio 6°, introdujo

una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005;
- Cuando la cuantía de la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y
- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011.

EL CASO CONCRETO

En este orden, se encuentra acreditado que la demandante SARA INORA CASTAÑO MONTTOYA adquirió el derecho a la pensión de jubilación el 13 de agosto de 2017, es decir, con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y que la cuantía de la mesada pensional reconocida (\$ 2'787.926), supera el límite máximo de de 3 SMMLV, que para entonces era de 2'213.151 (el salario mínimo para 2017 era de \$ 737.717).

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la parte demandante, en razón a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, a lo que se añade que el monto de la pensión reconocida supera el tope establecido por la reforma constitucional, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

La parte actora también reprochó la condena en costas dispuesta en primera instancia, aludiendo básicamente que esta preceptiva no se halla ajustada a derecho, en tanto al acudir ante esta jurisdicción especializada, lo hizo en procura de su defensa de sus derechos, por lo que su propósito con la demanda, lejos de congestionar el aparato judicial, fue obtener la protección de sus prerrogativas.

Sin embargo, sobre el particular no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno, toda vez que el fallo apelado no dispuso condena en costas en primera instancia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Se condenará en costas a la apelante, de conformidad con el canon 365 numeral 3 del .G.P. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **SARA INORA CASTAÑO MONTOYA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 027 de 2022.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

(En vacaciones)



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

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

Manizales, dos (02) de junio de dos mil veintidós (2022)



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrada Sustanciadora: PATRICIA VARELA CIFUENTES

A.I. 240

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACION	17001 33 33 002 2021 00082 02
MEDIO DE CONTROL	PROTECCION DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE	ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998 y de los artículos 320 y siguientes del CGP, **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por el señor accionante el 08 de marzo de 2022 (Dcto. 35 de la carpeta 01CuadernoPrimeraInstancia del expediente electrónico) en contra de la Sentencia No. 004 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 07 de marzo de 2022, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 03 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 08 de marzo de 2022.

Una vez ejecutoriada la admisión del recurso de apelación, siempre y cuando no se eleve solicitud de decreto o práctica de pruebas, concédase el término de CINCO (05) días hábiles a las partes y al Ministerio Público para presentar los alegatos de conclusión y concepto, respectivamente. Lo anterior, por virtud de la interpretación sistemática de los artículos 37 de la Ley 472 de 1998 y 327 del Código General del Proceso, y aplicación analógica del artículo 33 de la primera de dichas leyes.

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

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

Código de verificación:

35d34a9075a3b08263f8e95fe3668c63c7b51e9add51a6a2cd8dd5e653670cf3

Documento generado en 06/06/2022 09:38:20 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL: **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES**
 COLECTIVOS

ACCIONANTES: **WILSON ABEL LEGUIZAMÓN PINZÓN – PAULA**
 MILENA LEGUIZAMÓN VICTORIA

ACCIONADOS: **MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE**
 FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA
 EDUCATIVA -FFIE-
 DEPARTAMENTO DE CALDAS

RADICADO: **2021 - 00165**

SENTENCIA: **No. 103**

Se dispone la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

PRETENSIONES:

“PRIMERO. Solicitar al Ministerio de Educación Nacional, al Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa “FFIE”, Departamento de Caldas se ordene y se hagan las acciones necesarias de acuerdo a sus competencias y delegaciones, para que se realicen las dos obras que tienen proyectadas en el municipio de Villamaría Caldas, como son las construcción de las dos sedes una en la Institución Educativa Gerardo Arias Ramírez sede John F Kennedy en el barrio La Capilla y la otra en la I.E Jaime Duque Grisales cerca al Parque, pues ya han pasado cinco (5) años en el proceso, sin que se realice estas obras pese a que se han dado instrucciones desde el año 2016 y la misma ley del 2015 (Plan de Desarrollo Nacional) en el marco de la Jornada Única para los estudiantes, pues lo único que se ve es dilación por parte de los funcionarios públicos de alto nivel, sin que hayan decisiones concretas, cuando los más afectados son los niños en su educación, donde se supone tienen una protección especial constitucional.

Al no hacer las obras, retardarlas, no hacer mantenimiento y dejar deteriorar los bienes públicos, afectan derechos principios constitucionales y derechos colectivos como los que se han enunciado, pero pareciera que no hay una claridad en la responsabilidad sobre el cronograma que para que estas obras se realicen un tiempo determinado y razonable, aun cuando el dinero existe como lo manifiesta la Fiducia. Pues en estas dos instituciones se afectan más de 3.000 niños estudiantes y el estado es el llamado a responder y garantizar sus

principios y derechos colectivos constitucionales cuando se ven amenazados, donde no puede ser que pasen los años y no pase nada, mientras que las instituciones públicas se ven deterioradas y afectadas. (Pareciera que ni los dineros de la gratuidad funcionara)

SEGUNDO. *Se haga una inspección judicial o ocular para que vean el estado de las instituciones educativas, donde se harán las construcciones y que se supone próximamente ingresaran nuestros hijos-nietos a las aulas-etc, pues no es justo que los más afectados sean los niños y desde el gobierno central no haya un doliente ya que el departamento ha dicho que ha cumplido y solo se conozca incumplimiento de contratos, nuevos diseños, hasta posible reubicación y oficio va y oficio viene después de cinco años, pero no se concreta lo que es razonable. (Solo esperamos que no se conviertan en un “elefante blanco” como sucede con otras obras en el país y nadie responde).*

TERCERO. *Se tutelen o amparen los derechos colectivos en favor de la comunidad en general y estudiantil tales como a la moralidad administrativa, el goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público, a la construcción y que se garanticen la educación integral de los niños y adolescentes y dando prevalencia al interés general y calidad de vida de los habitantes, y todos los derechos reconocidos en las leyes y en tratados internacionales celebrados y ratificados por Colombia en defensa de los derechos humanos.*

(...) -sic-”

Como sustento de lo pedido se dice que en el municipio de Villamaría, Caldas, se tenía o se tiene proyectada la construcción de dos obras en instituciones educativas (IE) para desarrollar la Jornada Única implementada por el Gobierno Nacional desde el año 2015 en su plan de Desarrollo, siendo éstas, la IE Gerardo Arias Ramírez sede John F Kennedy (carrera 9 No 2-37 Villamaría) y la IE Jaime Duque Grisales (Cra 3 No 5-06 Villamaría, con una millonaria inversión que supuestamente ya estaba lista y adjudicada, como parte de lo establecido en el art.57 de la ley 1753/15 y decretos reglamentarios (Decretos 501 del 30 de marzo 2016y 2105 del 2017).

Ante el incumplimiento del adjudicatario de la obra MOTA ENGIL se dio por terminado el contrato, y se reasignaron las obras así: IE Gerardo Arias Ramírez Sede Jhon F Kennedy al CONSORCIO AULAS NACIONALES (17 meses) y la IE JAIME DUQUE GRISALES a la Unión Temporal CIARC Educa (07 meses).

Luego de retrasos en el inicio de las obras por causa de la pandemia, se han presentado inconvenientes en la ejecución, pues en la IE Gerardo Arias Ramírez se requirieron obras complementarias que debían financiarse por el departamento y el municipio, en tanto en la IE Jaime Duque Grisales, el nuevo contratista incumplió.

En síntesis, a pesar del tiempo transcurrido y de los recursos invertidos, las obras no han culminado sin que ninguna de las accionadas asuma responsabilidad en el asunto.

Se invoca la protección a los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la realización de 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.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

DEPARTAMENTO DE CALDAS: (PDF29)

Acepta como ciertos los hechos relacionados con las obras en las instituciones educativas objeto de este medio de control, pero precisa que la intervención del ente territorial en los proyectos es apenas incidental, de control, como veedor, puesto que la responsabilidad principal recae en el FONDO DE FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA -FFIE-, el cual ha sido requerido por la Gobernación de Caldas para dar continuidad a las obras y llevarlas a feliz término; agrega que al mencionado fondo le corresponde adelantar los procesos de selección, escoger al contratista y la interventoría, el inicio de las obras y la ejecución de los contratos.

Respecto de la IE Gerardo Arias Ramírez sede Jhon F. Kennedy, explica: El consorcio inicial MOTA ENGIL incumplió el contrato y se dio por terminado anticipadamente por el FFIE; los nuevos contratos para terminar las obras y realizar la interventoría se adjudicaron al Consorcio Aulas Nacionales y Payc SAS, respectivamente.

Para la postulación del proyecto la administración municipal asignó un predio que, según los estudios de suelos realizados requería obras complementarias para la cimentación por un valor aproximado a los \$ 4.400 millones, los cuales debían ser financiados en su totalidad por las entidades territoriales en partes iguales.

Con el cambio de administración, la alcaldía de Villamaría solicitó realizar la posibilidad de cambiar la huella de implantación del proyecto con el fin de optimizar recursos, es así como el municipio asume la realización de un nuevo estudio de suelos que permita determinar la viabilidad. En desarrollo del contrato de Obra y de Interventoría 1380-1277-2020, suscrito el 22 de mayo de 2020 con el Consorcio Aulas Nacionales y PAYC SAS, respectivamente, se realizó mesa técnica con la Administración Municipal de Villamaría -Caldas, para evaluar los resultados de los estudios de suelos contratados por esta entidad Municipal a la firma Telos Ingeniería SAS, y compararlos con los estudios entregados por el Consorcio MOTA ENGIL. Adicionalmente, se solicitó el concepto técnico a la Secretaría de Infraestructura Departamental. Como resultado de ello, en las conclusiones se encuentra viable el cambio de la huella de implantación de la estructura, trasladando los diseños a la ubicación actual de la sede educativa Jhon F. Kennedy, contemplando la demolición de la misma, adicionar al nuevo diseño la construcción de las aulas con las que cuenta actualmente la sede educativa Jhon F. Kennedy, toda vez que se realizará la demolición de la misma, afectando el número de espacios educativos con los que cuenta el plantel.

Posterior a esto se realizó la revisión para la asignación presupuestal de recursos disponibles del saldo total en el PA FFIE, para priorización en Inversiones en Infraestructura Educativa de la Entidades Territoriales Certificadas- Caldas y el municipio de Villamaría. Se realizó la estructuración del proyecto con una matrícula de 1440 alumnos, se ejecutó modificación contractual y se procedió a la solicitud de la documentación preliminar y aprobación de profesionales para FASE 1 de acuerdo con los lineamientos del PA-FFIE.

Se ejecutó la modificación contractual y una vez se contó con la totalidad de los requerimientos y la programación de diseños aprobada por la interventoría,

se procedió con suscripción del acta de inicio del contrato de obra y del contrato de la interventoría con fecha de inicio del 23 de junio del 2021 y se vienen ejecutando los diseños arquitectónicos por parte del Consorcio Aulas Nacionales y la aprobación de los mismo por parte de la interventoría.

Sobre la IE Jaime Duque Grisales, explica: El 26 de abril de 2017 se suscribió el Acuerdo de Obra y Acta de Servicio No. 400070, con el Consorcio Mota Engil y el consorcio CCI respectivamente.

Debido al incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Consorcio Mota Engil en la ejecución del proyecto, el Acuerdo de obra fue terminado anticipadamente por incumplimiento, el cual fue comunicado al Consorcio Mota Engil el 02 de agosto de 2019. El avance registrado a la terminación fue del 0%.

El proyecto fue reasignado a la UT CIARC Educar y Arca Arquitectura e Ingeniería, en el marco de la invitación abierta N° 008 y 009 de 2019, y en consecuencia se suscriben los contratos de obra e interventoría respectivamente, el 27 de diciembre de 2019 y 13 de febrero de 2020, con el número 1380-1043-2019, los cuales iniciaron el 15 de julio de 2020. Acorde con las condiciones contractuales, la Unión Temporal CIARC Educar ejecutó la etapa de diagnóstico de la fase 2 para el inicio de las actividades de campo, que procedieron el 20 de octubre de 2020. El plazo de ejecución contractual finalizó el 27 de febrero de 2021.

El constructor no cumplió el objeto contractual en consecuencia se adelanta la aplicación de la Cláusula penal por parte de la UG FFIE. El avance registrado a la terminación fue del 10,11%.

A raíz de lo anterior, y teniendo en cuenta que la UT CIARC EDUCAR no cumplió con el objeto contractual de la terminación de proyecto dentro del plazo de ejecución del contrato, se procede con la reasignación del proyecto al contratista elegible dentro de la Invitación abierta 008 y 009 de 2019, el cual corresponde a la firma Contein S.A.S como contratista de obra y el Consorcio Interobras 2019 como contratista de la interventoría, cuyos contratos se suscriben el 11 y 17 de junio de 2021 respectivamente, con el número 1380-1409-2021, los cuales iniciaron el 21 de julio de 2021, toda vez que es necesario darle continuidad al proyecto para su entrega en debida forma al uso de los beneficiarios, los niños y niñas de la comunidad de Villamaría.

Actualmente el contrato se encuentra en ejecución, con un tiempo de duración de 6 meses, por lo que se prevé su terminación para el 21 de enero de 2022.

Propuso las siguientes excepciones:

Ausencia de derecho colectivo vulnerado: en la actualidad los procesos contractuales se están llevando a cabo de manera eficiente y ante incumplimientos anteriores se ejercieron las facultades legales de terminar contratos e imponer sanciones, lo que descarta violación a derechos colectivos.

Falta de legitimación en la causa por pasiva: el obligado principal para realizar las obras es el FFIE y por ende es el llamado a responder por lo acontecido en el desarrollo contractual y el retraso de las obras.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL: (PDF37-38)

Explica ampliamente la naturaleza jurídica del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa FFIE y las condiciones de financiación de la infraestructura educativa para la implementación de la jornada única escolar.

Relata que luego de adelantar un proceso precontractual, seleccionó al consorcio MOTA ENGIL para ejecutar obras de infraestructura educativa, entre otras, regiones, en el eje cafetero, en la modalidad de suscripción de acuerdos de obra a precio global fijo sin fórmula de reajuste.

En los proyectos participaban las entidades territoriales certificadas con aportes de contrapartida previa suscripción de convenios interadministrativos con el Ministerio de Educación, y condiciones de aportes que reglamentó el Ministerio.

Sobre las instituciones educativas objeto de este medio de control, explicó:

Institución Educativa Gerardo Arias Ramírez Sede Jhon F Kennedy: Como consecuencia del incumplimiento del contratista inicial, se reasignó el contrato de obra al Consorcio Aulas Escolares y la interventoría a PAYC S.A.S.

Institución Educativa Jaime Duque Grisales: Por el incumplimiento del contratista inicial se reasignó la obra a la unión temporal CIAR EDUCAR y la interventoría a ARCA ARQUITECTURA E INGENIERÍA SA., sin embargo, el constructor incumplió y se aplicó la cláusula penal y se reasignó la obra a CONTEIN S.A.S. y la interventoría al Consorcio Interobras 2019, encontrándose en ejecución a la fecha de la respuesta a este medio de control.

LA AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Se celebró el día 21 de septiembre de 2021 y se declaró fallida ante la no presentación de fórmulas de acuerdo (PDF48)

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

MINISTERIO DE EDUCACIÓN (PDF69): Reitera expresamente la oposición frente a este medio de control toda vez que los proyectos reclamados se encuentran en ejecución.

Relata nuevamente pormenores de los procesos de contratación iniciales y de reasignación de los contratos para afirmar que ello es prueba que el Ministerio sí ha cumplido con sus atribuciones constitucionales y legales en cuanto a infraestructura educativa se refiere, lo que descarta la violación a la moralidad administrativa.

-Ni los accionantes ni el Departamento de Caldas intervinieron, según constancia secretarial en el documento 73 del expediente digital.

-MINISTERIO PÚBLICO: (PDF71) El sr Procurador 28 Judicial II solicitó al Tribunal acceder parcialmente a las pretensiones de la acción popular. Luego de referir ampliamente a los antecedentes del asunto y a la naturaleza y condiciones de procedencia del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, y el alcance del derecho a la educación realiza el análisis jurídico probatorio.

También menciona las funciones legales del FFIE y relata en detalle los procesos adelantados para la construcción de las obras que reclaman los actores populares, para concluir que en este caso existe vulneración a los derechos colectivos invocados, lo cual se concreta en la demora, ineficiencia e incumplimiento de los plazos de ejecución de las obras, tal como se probó en el expediente.

Considera que lo anterior es atribuible al Ministerio de Educación por la falta de vigilancia y control que le corresponde en la ejecución de los proyectos de infraestructura educativa, pues a su cargo está el cumplimiento del Plan Nacional de la materia y la salvaguarda de los recursos del FFIE.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico: *En la ejecución de los proyectos de infraestructura en las instituciones educativas Gerardo Arias Ramírez Sede Jhon F Kennedy y Jaime Duque Grisales del municipio de Villamaría, las accionadas han incurrido en acciones u omisiones que den lugar a la amenaza o vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público?*

Para resolver lo anterior, la Sala abordará: i) la procedencia de la acción popular cuando la presunta vulneración a los derechos colectivos, surge de la celebración y ejecución de contratos estatales; ii) el contenido de los derechos cuya protección se solicita por los actores populares; iii) los hechos probados y iv) la solución al caso concreto.

Desarrollo:

- i) **La procedencia de la acción popular cuando la presunta vulneración a los derechos colectivos, surge de la celebración y ejecución de contratos estatales:**

Motiva la presentación de este medio de control, presuntas obras inconclusas por motivo del incumplimiento en la ejecución de contratos de obra en dos instituciones educativas del municipio de Villamaría.

Para determinar la cuestión que se plantea en este acápite, es preciso citar el contenido del artículo 144 de la ley 1437 de 2011:

“PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda”. -sft-

De acuerdo con el apartado que se resalta de la norma, la acción popular procede frente a toda actividad de las entidades públicas, al margen del origen de tal actividad, pues lo que importa es determinar si en la acción desplegada o en la omisión incurrida se configura o no amenaza o violación de derechos colectivos, que constituyen la razón de ser del presente medio de control; sólo que, cuando ello surge en virtud de un acto administrativo o de la actividad contractual, las facultades del juez de la acción popular para restablecer el derecho colectivo conculcado, deben limitarse a la protección de éste sin entrar en los terrenos de la legalidad de tales actuaciones.

Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2011 al estudiar la exequibilidad del artículo 144 transcrito, afirmó:

“(…) En tales condiciones se tiene que la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º) o la acción de cumplimiento (art. 9 de la ley 393 de 1997)- un carácter subsidiario; a contrario sensu, tiene un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias (art. 6 Ley 472 de 1998) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados”. (Subraya la Sala).

Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad [62] y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias [63] pertinentes para la protección de derechos subjetivos. Planteamiento distinto perdería de vista la esencia de las acciones populares como medio de defensa de los derechos colectivos antes que instrumento para definir controversias particulares.

Así las cosas, la existencia de otros medios de defensa judicial (como son las acciones tradicionales ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo) en modo alguno tornan improcedente su interposición. Ciertamente, en los antecedentes históricos del artículo 88 superior se puso de relieve que:

‘Con la instauración a nivel constitucional de las acciones populares se habrá dado un paso fundamental en el desarrollo de un derecho solidario que responda a fenómenos nuevos de la sociedad, como es el daño ambiental, los perjuicios de los consumidores, los peligros a que se ven sometidas las comunidades en su integridad física y patrimonial, los daños que se le causan a las mismas por el ejercicio abusivo de la libertad económica, sin consideración a conductas leales y justas.

El texto recomendado reconoce la conveniencia de que la ley regule el ejercicio de las acciones populares, a la vez que les atribuye una autonomía que no excluye el recurso a acciones individuales de estirpe tradicional. Todo ello con el fin de legitimar a cualquier persona para actuar en defensa de la sociedad, protegiendo así tanto intereses que la doctrina engloba hoy bajo el significativo rótulo de 'difusos' como también los propios del actor" [65](Subraya y negrea la Sala).

En efecto, el trámite de la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º)- un carácter subsidiario; a contrario sensu, pueden tener un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias, cuando se trata de prevenir la vulneración de derechos colectivos (Ley 472 de 1998, artículo 6) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados, como se ha venido señalando".

Entonces, el hecho que el legislador haya establecido en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 que el juez de la acción popular no puede decidir sobre la anulación de los actos administrativos y contratos estatales, en nada afecta el carácter principal o autónomo y no subsidiario de la acción. Se trata de una medida legítima del órgano legislativo que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración al establecer que en este tipo de acciones no es procedente anular contratos o actos de la administración, en tanto que para ello están las acciones contencioso administrativas correspondientes, o medios de control, como los denomina la Ley 1437 de 2011 a partir de su artículo 135.

(...)

Estas razones soportan ampliamente la limitación expresa de las facultades del juez en las acciones populares introducida por la ley 1437 de 2011, de manera que sin privar a los ciudadanos de este importante instrumento, se evite el desconocimiento del derecho al debido proceso (C. Po. art. 29), el cual está protegido con la expresión demandada, segmento que si bien prohíbe la anulación del acto o contrato de la administración, da al juez popular la facultad de adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos [68].

De otra parte, advierte la Corte que de la lectura del artículo 14 de la ley 472 de 1998, la acción popular procede contra la autoridad pública "cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el interés colectivo".

De las normas anteriores se infiere que la acción popular no fue diseñada por el legislador como mecanismo a través del cual el juez competente pueda decretar la anulación de un acto administrativo o un contrato, por esta razón, la limitación expresa de adoptar estas decisiones, no contraviene el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.).

(...)

El juez popular no cumple funciones jurisdiccionales como las que ejerce el juez administrativo cuando decide un conflicto entre el Estado y un particular en la que deba decidir si un acto administrativo o un contrato está afectado de alguna causal de

nulidad, sino que aquí tiene el papel de garante de un derecho colectivo. Del mismo modo, el juez de la acción popular, antes que dedicarse a determinar quién debía proferir un acto o cómo debía celebrarse un contrato, debe adoptar las medidas materiales [69] que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto o contrato, cuya forma no consiste precisamente en disponer su anulación. (...)”.

De acuerdo con el anterior marco normativo y jurisprudencial, y de cara a las pretensiones de los accionantes, habrá de revisarse las pruebas obrantes en este proceso para determinar su prosperidad o no.

ii) El contenido de los derechos cuya protección se solicita por los actores populares:

En este acápite se hará referencia a las sentencias de unificación del Consejo de Estado que han definido estos conceptos.

En sentencia del 1° de febrero de 2022, la Sala de lo Contencioso Administrativo Sala Décima Especial De Decisión, Radicación 73001-33-31-006-2008-00027-01, dispuso dictar criterios de unificación respecto del contenido del derecho colectivo al patrimonio público, así:

“Se unifica la jurisprudencia respecto al concepto de patrimonio público y se reitera el alcance del derecho colectivo a su defensa, en los siguientes términos:

El patrimonio público es el conjunto de los bienes y recursos, cualquiera que sea su naturaleza, que son propiedad del Estado y que le sirven para el cumplimiento de sus cometidos, conforme a la legislación positiva. En ellos se incluyen, además del territorio, los bienes de uso público y los fiscales, los inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de apreciación pecuniaria cuyo titular es toda la población, los valores tangibles e intangibles o no fácilmente identificables, tales como el patrimonio cultural de la Nación, el patrimonio arqueológico, los bienes que conforman la identidad nacional y el medio ambiente.

La garantía colectiva a la defensa del patrimonio público propugna por la protección del patrimonio estatal, en orden a resguardar la totalidad de bienes, derechos y obligaciones públicas y procura porque su administración sea eficiente, proba y transparente, de acuerdo a la legislación vigente y con el cuidado y diligencia propios de un buen servidor, de modo que se evite cualquier detrimento”.

Como sustento de la decisión, explicó el Alto Tribunal, entre otras consideraciones, que *“La defensa del patrimonio público, conforme lo ha determinado el Consejo de Estado, tiene una doble naturaleza. La primera es la dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho, y la segunda, una objetiva o de principio, que se convierte en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo a lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política, de forma eficiente y transparente y observando la legalidad presupuestal vigente. En consecuencia, para que se configure la vulneración a la garantía colectiva a la defensa del patrimonio público se requiere de la confluencia de los elementos: i) subjetivo, referido al análisis de la gestión de ese patrimonio a cargo del funcionario, de modo que si ésta se hace de forma irresponsable, deshonesto o negligente, se transgrede el interés colectivo protegido y, ii) objetivo, que se relaciona con el deber de las entidades estatales de gestionar el patrimonio público, de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política”*. -rft.

De otro lado, sobre el contenido del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples oportunidades habiendo precisado en sentencia de unificación de la Sala Plena¹ lo que a continuación se destaca:

“En efecto, sobre el papel del juez al analizar el concepto de moralidad administrativa, es importante que la determinación de su vulneración, o no, no dependa de la concepción subjetiva de quien deba decidir, sino que debe estar relacionada con la intención o propósito que influye el acto frente a la finalidad de la ley. En esa dirección y para la comprensión del motivo del actuar del funcionario, sirven como parámetros la desviación de poder; el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa; la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal; la conducta antijurídica o dolosa, en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función. Se trata entonces de una concepción finalista de la función administrativa, siempre reglada y de la que siempre se espera esté al servicio del interés general y para el cumplimiento de los fines del Estado.

Tales temas son:

2.1. *La moralidad administrativa está ligada al ejercicio de la función administrativa, la cual debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública, ésta, determinada por la satisfacción del interés general. Ese interés general puede tener por derrotero lo que la Constitución Política enseña como fines esenciales del Estado, es decir, cuando quien cumple una función administrativa no tiene por finalidad servir a la comunidad o promover la prosperidad general o asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo, sino que su actuar está dirigido por intereses privados y particulares y guiado por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas o deshonestas, se puede señalar tal comportamiento como transgresor del derecho colectivo a la moralidad pública. Y es colectivo, porque en un Estado Social de Derecho administración y administrados, es decir, la comunidad*

en general tiene derecho a que los servidores que cumplen la función administrativa realmente lo hagan guiados por el principio de moralidad, que se repite, es conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia. Así las cosas, el bien jurídico tutelado por la acción popular es la moralidad administrativa o, lo que es lo mismo, la lealtad del funcionario con los fines de la función administrativa mediante el actuar recto y honesto en el desarrollo de sus actuaciones.

2.2. *Constituyen elementos esenciales para la configuración de la moralidad administrativa, desde el punto de vista de derecho colectivo amparable a través de la acción popular:*

2.2.1. *Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho.*

(i) El primero corresponde a la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público o del particular que ejerce una función pública a la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública.

Esta conexión “moralidad - legalidad” no ha tenido divergencia jurisprudencial al interior del Consejo de Estado. Pero también ha sido uniforme la jurisprudencia en señalar que no toda ilegalidad constituye vulneración a la moralidad administrativa; que el incumplimiento per se no implica la violación al derecho colectivo: en palabras de la misma Corporación “no se puede colectivizar toda transgresión a la ley”. Esto quiere decir, que si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación del derecho colectivo, éste no es el único, pues debe concurrir un elemento subjetivo para que se configure tal transgresión. Por ello, ha sido enfática la jurisprudencia en cuestionar y rechazar aquellas acciones populares erigidas únicamente sobre una argumentación pura de ilegalidad, en las que so pretexto de proteger un derecho colectivo ponen a consideración del juez constitucional un litigio particular, cuyo debate y decisión debiera hacerse mediante el ejercicio de otro instrumento judicial, como los ahora denominados medios de control contenciosos, entre ellos el de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho, o la acción de cumplimiento si lo que se pretende es el acatamiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo. Son esos escenarios los propios para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

(ii) Pero también forman parte del ordenamiento jurídico Colombiano aquellos principios generales del derecho consagrados en la Constitución y la ley, como los concretos de una materia. En este contexto y para efectos del derecho colectivo, la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de una función administrativa debe transgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa.

(...)

2.2.2. *Elemento subjetivo*

No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública.

Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular.

2.2.3. Imputación y carga probatoria

Ya se vio cómo para disponer la protección del derecho colectivo pretendido por el juez popular deben tener presencia tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo y su debida correlación. Para ello se requiere de una carga argumentativa por el actor popular en la que se efectúe una imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa.

En este sentido corresponde al actor popular hacer esa imputación y cumplir con la carga probatoria que le corresponde, no sólo por así disponerlo el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, sobre contenido de la demanda, o el artículo 167 del Código General del Proceso, sino porque tratándose del derecho colectivo en estudio, donde debe ineludiblemente darse la concurrencia de los dos elementos anteriormente señalados, su imputación y prueba, junto con el impulso oficioso del juez, limita eficazmente que la acción popular sea utilizada inadecuadamente como medio judicial para resolver un juicio de simple legalidad y otorga todos los elementos necesarios para que el juez ponga en la balanza los supuestos jurídicos, fácticos y probatorios que lo lleven al convencimiento de que la actuación cuestionada estuvo bien justificada y no fue transgresora del derecho colectivo o que, por el contrario, se quebrantó el ordenamiento jurídico y de contera se vulneró la moralidad administrativa.

La imputación que se haga en la demanda y la actividad probatoria del actor popular cobra especial importancia, porque le proporciona al juez un marco concreto para fijar el litigio y desarrollar el proceso con el fin último de hacer efectivo el principio constitucional con el que debe cumplirse la función pública.

En efecto, el cumplimiento de este presupuesto permite que el juez popular tenga la seguridad de que está castigando realmente las conductas desviadas o deshonestas de los servidores en el ejercicio de sus funciones, al tiempo que está protegiendo o restableciendo el derecho que tienen los administrados a que la función pública se desarrolle conforme lo ha querido el constituyente. Por ello, la concurrencia de estos presupuestos garantiza que al momento de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa el juez cuente con todos los elementos fácticos, debidamente probados, sobre

los cuales calificará si la conducta del servidor es reprochable moralmente o no, según las alegaciones de las partes.

Lo anterior significa la concreción de la institución jurídica del debido proceso. De no ser así se estaría juzgando a la administración por violación a la moralidad administrativa sin las formas propias del juicio de acción popular, en el que para su prosperidad se requiere la concurrencia de los elementos subjetivo y objetivo y el tercer presupuesto, no menos importante, consistente en la acusación y prueba tanto del primero como del segundo”.

Se desprende de lo anterior que no hay duda que la actuación administrativa debe estar al servicio del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado, evitando (i) el favorecimiento de intereses particulares, (ii) la desviación de poder y (iii) la inobservancia de la ley.

Empero, ello exige un análisis en cada caso particular, para establecer si se configura: i) el elemento objetivo, que se verifica teniendo en cuenta si, con la actuación cuestionada, la autoridad administrativa incurrió en la inobservancia o transgresión de la ley y, ii) el elemento subjetivo, consistente en la materialización de conductas amañadas, corruptas y alejadas de la correcta función pública. De tal manera que habrá de aplicarse estos criterios a los hechos que resulten probados, a fin de determinar si los mismos constituyen acciones u omisiones que violen los derechos cuya protección se invoca.

iii) Los hechos relevantes probados:

-La suscripción de un convenio interadministrativo entre el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas el día 27 de septiembre de 2016 y que se identificó con el número 001309.

Este convenio se fundamentó en los artículos 67, 209, 288 y 311 de la Constitución Nacional; 1° de la ley 344 de 1996; 27 de la ley 1454 de 2011; 29 de la ley 1551 de 2012 y el documento CONPES 3831 de 2015.

Como objeto del mismo se pactó “EL DESARROLLO DE LAS GESTIONES NECESARIAS QUE POSIBILITEN EL CUMPLIMIENTO DE LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA VIABILIZADOS Y PRIORIZADOS PARA EL DEPARTAMENTO DE CALDAS, QUE CONTRIBUYAN A LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROGRAMA JORNADA ÚNICA Y QUE SERÁN EJECUTADOS POR EL FFIE A TRAVÉS DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO AUTORIZADO POR LA LEY 1753 DEL 9 DE JUNIO DE 2015”. (doc.03)

Hechos probados respecto a la IE Jaime Duque Grisales:

La celebración del contrato marco de obra No. 1380-39-2016 entre el consorcio FFIE-ALIANZA BBVA actuando como vocero y administrador del patrimonio autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa FFIE y el Consorcio MOTA ENGIL, el día 12 de julio de 2016.

Como objeto del contrato se pactó *“la elaboración de los diseños y estudios técnicos así como la ejecución de las obras mediante las cuales se desarrollan los proyectos de infraestructura educativa requeridos por el FFIE, en desarrollo del PNIE. (...)”*. La ejecución se acordó mediante suscripción de acuerdos de obra a precio global fijo sin fórmula de reajuste y por un valor máximo de \$465.000'000.000, con un plazo de 36 meses. (doc.5.1, archivo 38).

En desarrollo del mismo, se firmó el 26 de abril de 2017 el Acuerdo de Obra No. 400070 para la realización de las labores de preconstrucción, construcción y post-construcción de la IE Jaime Duque Grisales por valor de \$1.619'990.873 y un plazo de 12 meses (doc.5.8, archivo 38).

La interventoría se adjudicó al CONSORCIO CCI por valor de \$117'638.841 y un plazo de 12 meses (doc.5.9, archivo 38).

Este contrato marco se terminó de manera anticipada por mutuo acuerdo entre las partes el día 09 de febrero de 2018 porque la comunidad educativa de las IE Jaime Duque Grisales no aprobó el esquema básico presentado por el contratista de obra, por ende, se debió formular uno nuevo que fue aprobado por dicha comunidad y por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas; sin embargo, el municipio de Villamaría solicitó el desarrollo de la obra en un área diferente a la inicialmente proyectada, lo cual modificaba sustancialmente la huella de implantación del proyecto y en consecuencia se debían iniciar nuevamente todas las actividades de la fase I para determinar si se podía llevar a cabo en la nueva área (doc.5.11, archivo 38).

El día 1° de julio de 2016 se había suscrito otro contrato marco de obra No. 1380-41-2016 entre el consorcio FFIE-ALIANZA BBVA actuando como vocero y administrador del patrimonio autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa FFIE y el Consorcio MOTA ENGIL.

Como objeto del contrato se pactó *“la elaboración de los diseños y estudios técnicos así como la ejecución de las obras mediante las cuales se desarrollan los proyectos de infraestructura educativa requeridos por el FFIE, en desarrollo del PNIE. (...)”*. La ejecución se acordó mediante suscripción de acuerdos de obra a precio global fijo sin fórmula de reajuste y por un valor máximo de \$440.000'000.000, con un plazo de 36 meses. (doc.5.12, archivo 38).

En desarrollo de este contrato, se suscribió el Acuerdo de Obra No. 402040 el día 13 de marzo de 2018 por valor de \$1.819'760.393, para la realización de las labores de pre-construcción, construcción y post-construcción para la ampliación y mejoramiento de la IE Jaime Duque Grisales –sede principal- del municipio de Villamaría, Caldas. La obra incluía la construcción de aulas, comedor, cocina y baterías sanitarias, a desarrollarse en tres (3) fases en un término de doce (12) meses. (doc.5.13, archivo 38)

La interventoría se asignó al consorcio CCI según acta de servicios No. 402040 por valor de \$132'037.981 (doc.5.14, archivo 38).

Esta interventoría con oficio del 29 de abril de 2019 dirigido al consorcio FFIE-ALIANZA BBVA (PA FFIE) informó el incumplimiento del contratista MOTA ENGIL al acuerdo de obra para la ampliación y mejoramiento de la IE Jaime Duque Grisales en la fase I con solo un avance del 17.00% a la terminación del plazo contractual; y recomendó iniciar el proceso por incumplimiento, el cual calificó como *grave*. (doc.5.15, archivo 38).

Luego, el día 2 de agosto de 2019 el representante del consorcio FFIE-ALIANZA BBVA (PA FFIE) remitió oficio al consorcio MOTA ENGIL y a la compañía aseguradora Seguros Confianza SA comunicando la terminación anticipada del Acuerdo de Obra No. 402040 de la IE Jaime Duque Grisales en aplicación de la causal 1 de la cláusula vigésima del contrato.

Consta en dicho documento que a partir del informe de interventoría, el día 9 de julio de 2019 se comunicó al contratista y a la aseguradora el inicio del procedimiento para declarar la terminación anticipada del Acuerdo de Obra, cuyos descargos presentó el contratista MOTA ENGIL el día 16 de julio de 2019 frente a los cuales se pronunció a su vez, la interventoría.

En los descargos, el contratista se refirió a cada una de las actividades negando la existencia de retrasos en la entrega de los productos y la configuración de la causal de terminación anticipada invocada.

Luego del amplio análisis de los descargos, la entidad resolvió: i) tener por acreditada la causal 1 de la cláusula vigésima del Acuerdo de Obra No. 402040 del 13 de marzo de 2018; ii) dar por terminado anticipadamente el citado Acuerdo de Obra; iii) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria según la cláusula décima novena del Acuerdo de Obra, sin perjuicio de las acciones contractuales o judiciales para el resarcimiento de los perjuicios que excedan la tasación anticipada; iv) iniciar las acciones derivadas del contrato de seguros respecto de la compañía Confianza SA para declarar la ocurrencia del siniestro; v) iniciar la liquidación del Acuerdo de Obra; v) dejar sin efecto las prestaciones no causadas a favor del contratista y vi) suspender los pagos pendientes hasta que se liquide el Acuerdo de Obra. (doc.5.16, archivo 38).

Como consecuencia de lo anterior, el día 27 de diciembre de 2019 se celebró un nuevo contrato de obra No. 1380-1043-2019 entre el consorcio FFIE-ALIANZA BBVA actuando como vocero y administrador del patrimonio autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa FFIE y la unión temporal CIAR EDUCAR cuyo objeto fue *“la elaboración de los diseños y estudios técnicos, obtención de licencias de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencias de urbanismo junto con los permisos y aprobaciones necesarias, así como la ejecución de las obras en la Institución Educativa JAIME DUQUE GRISALES (...)”*. Se pactó la remuneración en la modalidad de valores unitarios fijos por valor de \$2.504'612.872 y un plazo de ejecución de 7 meses (doc.5.17, archivo 38).

La interventoría de este contrato se adjudicó a la sociedad ARCA- INGENIERÍA Y ARQUITECTURA SA, según contrato celebrado el día 13 de febrero de 2020 por valor de (\$280'893.470) y plazo de ejecución de 8 meses. (doc.5.18, archivo 38)

Luego, en desarrollo de esta segunda etapa de contratación de obras de la IE Jaime Duque Grisales, por oficio del 4 de mayo de 2021 dirigido a los representantes de la unión temporal CIAR EDUCAR y de Seguros del Estado SA por el representante legal del consorcio FFIE ALIANZA BBVA, les comunicó que se encontró acreditado el incumplimiento total y definitivo del contrato de obra No. 1380-1043-2019 dando lugar a la aplicación de la cláusula penal.

Consta en este documento que la interventoría en oficio del 20 de enero de 2021 presentó informe de grave incumplimiento del contrato, de lo cual se dio traslado al contratista quien rindió descargos el día 1 de marzo de 2021. A su turno la interventoría se pronunció sobre éstos ratificando las razones del incumplimiento con un avance de ejecución del 10.11%.

En consecuencia, la contratante decidió: i) declarar acreditado el incumplimiento total y definitivo del contrato de obra No. 1380-1043-2019 correspondiente a la IE Jaime Duque Grisales; ii) hacer efectivo el pago de la cláusula penal; iii) informar el siniestro de incumplimiento a la compañía Seguros del Estado SA. (doc.5.19, archivo 38).

Luego, el día 11 de junio de 2021 se celebró un nuevo contrato de obra 1380-1409-2021 entre el patrimonio autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa FFIE y CONTEIN S.A.S con el objeto de realizar *“la ejecución de diseños y estudios técnicos (cuando se requiera) obtención de licencias de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencias de urbanismo junto con los permisos y aprobaciones necesarias, así como la ejecución de las obras en la Institución Educativa IE JAIME DUQUE GRISALES (...)”*, por valor de \$2.320'671.027 y un plazo de ejecución de 6 meses (doc.5.20, archivo 38).

La interventoría se adjudicó al CONSROCIO INTEROBRAS 2019 por valor de \$216'311.000 y un plazo de 6 meses, según contrato celebrado el 17 de junio de 2021 (doc.5.21, archivo 38)

En informe rendido al Tribunal por el Director Jurídico del FFIE el día 30 de septiembre de 2021, explicó que *“actualmente el proyecto se encuentra en ejecución de obra desde el 21 de julio de 2021, con un avance del 9.27% representado en cimentación, placa de contrapiso y columnas primer piso”*.

Hechos probados con respecto a la IE Gerardo Arias Ramírez sede Jhon F Kennedy:

El día 5 de junio de 2017 se suscribió el Acuerdo de Obra No. 400071 entre el consorcio FFIE-ALIANZA BBVA actuando como vocero y administrador del patrimonio autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa FFIE y el consorcio MOTA ENGIL para llevar a cabo las labores de pre-construcción, construcción y post-construcción para la ampliación y mejoramiento de la IE Gerardo Arias Ramírez sede Jhon F Kennedy, por valor de \$8.845'157.295 y un plazo de 17.5 meses (doc.5.2, archivo 38)

En la misma fecha se firmó el acta de servicios No. 400071 entre el consorcio FFIE-ALIANZA BBVA actuando como vocero y administrador del patrimonio autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa FFIE y el CONSORCIO CCI para llevar a

cabo la interventoría de estas obras por valor de \$425'878.341 y un plazo de 17.5 meses. (doc.5.3, archivo 38)

Con oficio del 5 de julio de 2019 dirigido a la gerencia de FFIE-ALIANZA BBVA (PA-FFIE) y de UG-FFIE, el director general interventoría del CONSORCIO CCI da alcance al informe de incumplimiento del consorcio MOTA ENGIL al Acuerdo de Obra No. 400071, evidenciando un avance solo del 37.32% (doc.5.4, archivo 38)

El 11 de octubre de 2019 la representante de la Alianza Fiduciaria SA comunicó al consorcio MOTA ENGIL y a la Compañía de Seguros Confianza SA la terminación anticipada del Acuerdo de Obra No. 400071.

Consta en dicho documento que a raíz del informe de incumplimiento presentado por la interventoría, se dio traslado al contratista quien presentó oportunamente los descargos, a su vez analizados por la interventoría.

Luego de dar respuesta a cada una de las explicaciones del contratista, la entidad contratante decide: i) dar por terminado anticipadamente el Acuerdo de Obra No. 400071 por incumplimiento; ii) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; iii) iniciar las acciones derivadas del contrato de seguros en contra de Confianza SA; iv) iniciar la liquidación del Acuerdo de Obra; v) dejar sin efecto las prestaciones no causadas al contratista y v) suspender los pagos al contratista hasta que se liquide el Acuerdo de Obra (doc.5.5, archivo 38).

Posteriormente, el día 20 de mayo de 2020 se celebró el contrato No. 1380-1277-2020 entre el Patrimonio Autónomo del FFIE y el Consorcio AULAS NACIONALES para la *“elaboración de los diseños y estudios técnicos, obtención de licencias de construcción en cualquiera de sus modalidades y/o licencias de urbanismo junto con los permisos y aprobaciones necesarias, así como la ejecución de las obras en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA GERARDO ARIAS RAMÍREZ SEDE JHON F KENNEDY ubicada en el municipio de Villamaría (...), por un valor de \$13.099'746.937 y un plazo de ejecución de 17 meses (doc. 5.6, archivo 38)*

La interventoría de esta obra se adjudicó a PAYC S.A.S. por valor de \$1.015'126.743 y un plazo de 18 meses, según contrato suscrito el día 22 de mayo de 2020 (doc. 5.7, archivo 38).

En informe rendido al Tribunal por el Director Jurídico del FFIE el día 30 de septiembre de 2021, explicó que *“a la fecha el proyecto se encuentra en ejecución de estudios y diseños desde el 23 de junio de 2021 de conformidad al sitio de implantación dispuesto por la ETC en 2020 y definición del alcance en el primer 2021 –sic- a través del contrato de obra e interventoría 1380-1277-2020 suscrito con el Consorcio Aulas Nacionales y PAYC SAS, respectivamente. Presenta un avance del 50% representado en topografía, estudio de suelos, arquitectura y estructura. Se prevé la finalización del plazo contractual de la etapa de estudios y diseños el 23 de octubre de 2021, seguidamente se procederá con el trámite ante la oficina de planeación para expedición de licencia de construcción”*.

iv) Solución al caso concreto:

En primer lugar, es necesario poner en contexto la naturaleza y funciones del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa, pues es a través de los recursos de éste que se están financiando las obras que se reclaman en este medio de control.

La ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país” en el artículo 59 creó el Fondo en los siguientes términos:

“Créase el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media, sin personería jurídica, como una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional.

Con cargo a los recursos administrados por el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa Preescolar, básica y media, se asumirán los costos en que se incurra para el manejo y control de los recursos, los gastos de operación del fondo, y cualquier otro contrato que se requiera para la estructuración, desarrollo e implementación de esquemas necesarios para lograr la ejecución de los proyectos del Plan Nacional de Infraestructura Educativa.

El Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa será administrado por una Junta cuya estructura y funcionamiento será definida por el Gobierno nacional”.

La norma señaló la fuente de los recursos, y fue modificado por el artículo 184 de la ley 1955 de 2019¹ conservando la misma naturaleza jurídica pero ampliando su objeto *“la viabilización y financiación de proyectos para la construcción, mejoramiento, adecuación, ampliaciones y dotación de infraestructura educativa física y digital de carácter público en educación inicial, preescolar, educación básica y media, en zonas urbanas y rurales, incluyendo residencias escolares en zonas rurales dispersas, así como los contratos de interventoría asociados a tales proyectos”.*

La reglamentación del FFIE está contenida en los decretos 1075 de 2015 y 1433 de 2020, conforme a los cuales es administrado por una Junta que preside el (la) Ministro (a) de Educación Nacional y cuenta además con un gerente. De manera que, la responsabilidad en el manejo y administración recae en dichas instancias.

Ahora bien, el análisis de las pruebas allegadas le permite a la Sala evidenciar la forma como se han frustrado en dos ocasiones la realización y culminación de las obras correspondientes a las instituciones educativas Gerardo Arias Ramírez sede John F Kennedy y Jaime Duque Grisales del municipio de Villamaría, por motivo del incumplimiento de los contratistas, lo cual ha conllevado a la reasignación de los contratos tanto de obra como de interventoría. Y si bien este medio de control no es el llamado a evaluar la responsabilidad contractual de las partes y que ha dado lugar al repetido incumplimiento (vg, mala planeación de los contratos, deficiencias en el proceso precontractual que hayan llevado a escoger a contratistas no idóneos, falta de rigurosa interventoría), sí es claro que la ejecución de los mismos ha puesto en condición de vulneración el patrimonio público asignado a través del FFIE para las obras.

¹ POR EL CUAL SE EXPIDE EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018-2022 PACTO POR COLOMBIA, PACTO POR LA EQUIDAD.

Y resultado de ello, no sólo al año 2021 no se había logrado culminar las obras iniciadas en el año 2017 con plazos de 12 meses, sino además, las obras y su interventoría han sido reasignadas cada vez por un valor mayor y para ser ejecutadas en menor plazo.

Así las cosas, para la Sala se han configurado los elementos que estructuran la violación al derecho colectivo al patrimonio público: i) el subjetivo, porque se denota negligencia en la gestión de ese patrimonio traducida en el incumplimiento reiterado de los contratos tanto de obra como de interventoría que conllevó a la necesidad de reasignación de los mismos por mayores valores. Es evidente que se presentaron fallas en la contratación (planeación, control, ejecución -todas o alguna de ellas-) que derivó en sucesivos incumplimientos, pues no se ajustaron los procesos de contratación y/o de ejecución para evitar un nuevo fracaso de los contratos; y, ii) objetivo, porque el patrimonio público asignado a las obras, no se ha manejado con eficiencia, y de ahí, los sobrecostos.

En cuanto a la responsabilidad en el asunto, para la Sala, recae tanto en el Ministerio de Educación como en el departamento de Caldas toda vez que ambos destinaron recursos para las obras a la postre fallidas en dos ocasiones, además que el departamento tiene a su cargo la prestación del servicio educativo en los municipios no certificados, como es el de Villamaría.

Ante este panorama deberán proferirse las órdenes que cesen la vulneración propendiendo ante todo que no se frustre de nuevo la ejecución de los contratos, así:

El Ministerio de Educación a través del FFIE y el Departamento de Caldas por intermedio de la Secretaría de Educación, deberán realizar mesas técnicas de obra semanales en las cuales de manera conjunta se valide puntual y detalladamente los avances de los contratos vigentes o que deban celebrar para la culminación de las obras en las IE Gerardo Arias Ramírez sede John F Kennedy y Jaime Duque Grisales del municipio de Villamaría, a efectos de garantizar:

- El cumplimiento estricto de los cronogramas de obras por parte de los contratistas.
- Detectar y evaluar las situaciones técnicas y/o financieras que estén dando lugar o puedan dar lugar a retrasos en las obras.
- Tomar y ejecutar las decisiones puntuales que eviten posibles retrasos, dentro del marco de las obligaciones de las partes.
- Iniciar inmediatamente de detectado un incumplimiento, la aplicación de las medidas de apremio previstas en los contratos y previo el trámite allí previsto.

En estos comités deberán participar representantes de los contratistas y de la interventoría, y serán debidamente documentados.

Con esta medida se busca que las entidades accionadas ejerzan una supervigilancia a los contratos más allá de la interventoría, para no dilatar las decisiones que deban tomarse en aras que no se generen nuevos incumplimientos de los contratistas o más retrasos en las obras.

La orden de seguimiento y control puntual de los contratos, recae en el Ministerio de Educación porque como se vio, es la entidad pública a la cual está adscrita el FFIE, y en el departamento de Caldas porque de conformidad con el artículo 6 de la ley 715 de 2001 le corresponde, entre otras, *“Prestar asistencia técnica educativa, financiera y administrativa a los municipios, cuando a ello haya lugar, Participar con recursos propios en la financiación de los servicios educativos a cargo del Estado, en la cofinanciación de programas y proyectos educativos y en las inversiones de infraestructura, calidad y dotación”*, argumento que de contera, desestima la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el ente territorial.

Finalmente, en cuanto al derecho a la moralidad administrativa, no se probó en este medio de control actuación puntual corrupta, amañada o ilegal que configure violación al mismo, no obstante, se dispondrá compulsar copias de esta sentencia una vez ejecutoriada a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que adelanten las investigaciones pertinentes en este asunto, dentro de sus competencias.

COSTAS: No habrá lugar a condenar en costas toda vez que no se encuentran causadas en esta instancia, según lo establecido en la sentencia de unificación dentro del proceso radicado 2017-00036 del 06 de agosto de 2019 del Consejo de Estado.

Por lo expuesto, el **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por el Departamento de Caldas.

SEGUNDO: Declarar que el Ministerio de Educación y el Departamento de Caldas vulneraron el derecho colectivo al patrimonio público por motivo de la ejecución de las obras para la ampliación y mejoramiento de las IE Gerardo Arias Ramírez sede John F Kennedy y Jaime Duque Grisales del municipio de Villamaría, Caldas.

TERCERO: En consecuencia, se **ORDENA:**

El Ministerio de Educación a través del FFIE y el Departamento de Caldas por intermedio de la Secretaría de Educación, realizar mesas técnicas de obra semanales en las cuales de manera conjunta se valide puntual y detalladamente los avances de los contratos vigentes o que deban celebrar para la culminación de las obras en las IE Gerardo Arias Ramírez sede John F Kennedy y Jaime Duque Grisales del municipio de Villamaría, a efectos de garantizar:

- El cumplimiento estricto de los cronogramas de obras por parte de los contratistas.
- Detectar y evaluar las situaciones técnicas y/o financieras que estén dando lugar o puedan dar lugar a retrasos en las obras.

-Tomar y ejecutar las decisiones puntuales que eviten posibles retrasos, dentro del marco de las obligaciones de las partes.

-Iniciar inmediatamente de detectado un incumplimiento, la aplicación de las medidas de apremio previstas en los contratos y previo el trámite allí previsto.

En estos comités deberán participar representantes de los contratistas y de la interventoría, y serán debidamente documentados.

Las mesas técnicas de obras deberán llevarse a cabo hasta la culminación de los plazos contractuales.

Estas órdenes deberán ejecutarse de forma inmediata a partir de la expedición de la sentencia.

CUARTO: CONFORMAR un comité para la verificación del cumplimiento de esta providencia, el cual estará integrado por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a través de su magistrada ponente -quien lo presidirá-; por un representante del FFIE; por el Secretario de Educación del Departamento de Caldas; por el Alcalde Municipal de Villamaría; por los rectores de las IE Gerardo Arias Ramírez sede John F Kennedy y Jaime Duque Grisales del municipio de Villamaría y por los accionantes; de conformidad con lo establecido por el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, quienes se reunirán por convocatoria de quien lo preside o a petición de cualquiera de sus integrantes, harán seguimiento a lo ordenado e informarán sobre las acciones que se adopten y ejecuten.

QUINTO: COMPULSAR copias de esta sentencia una vez ejecutoriada a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que adelanten las investigaciones pertinentes en este asunto, dentro de sus competencias.

SEXTO: SE ORDENA la publicación de la parte resolutive de la presente sentencia en un diario de amplia circulación nacional a cargo del Ministerio de Educación y del departamento de Caldas. Hecho lo anterior deberá enviar constancia de la publicación con destino al expediente.

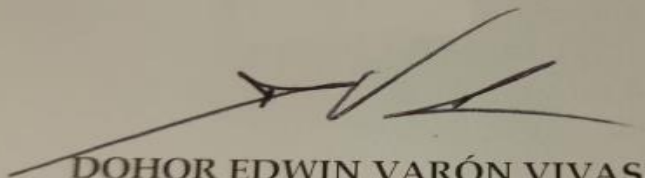
SÉPTIMO: Para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998, por la Secretaría del Tribunal, se enviará copia de la demanda, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

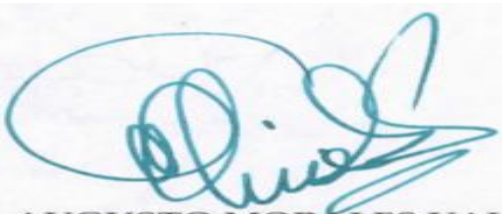
OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema SIGLO XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Patricia Valencia

Magistrada Ponente


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17001-33-39-008-2021-00240-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, tres (03) de JUNIO de dos mil veintidós (2022)

A.I. 212

Procede la Sala de Decisión a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por la señora Juez 8ª Administrativa de Manizales el 20 de enero de 2022, con el cual se negó la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados dentro del proceso de **NULIDAD SIMPLE** promovido por la señora **ANYELA SINDY ESCÁRRAGA VEGA Y OTROS** contra el **MUNICIPIO DE LA DORADA-CALDAS**, medio de control en el cual se solicitó la vinculación de la sociedad **DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.** y de la aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** en calidad de llamados en garantía.

ANTECEDENTES

Mediante el libelo demandador visible en 97 páginas, visible en el PDF N°2 del expediente digitalizado, solicitó la parte actora, entre otras pretensiones, declarar la nulidad de los Decretos 147 de agosto 20 de 2021, *“Por medio del cual se determina la estructura orgánica de la administración central del municipio de La Dorada - Caldas, las funciones generales de las dependencias y se dictan otras disposiciones”*, y 148 de agosto 20 de 2021 *“Por medio del cual se establece la planta global de empleos de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”*.

A título de pretensiones subsidiarias, solicitó declarar la nulidad absoluta del contrato N°10032101 celebrado entre el Municipio de La Dorada y la sociedad **DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.**, así como disponer la compulsa de copias a la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, para

que se investiguen las posibles conductas cometidas por quienes celebraron dicho contrato.

En el escrito de demanda, la parte demandante solicitó, además, a título de medida cautelar, decretar la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, así como declarar la nulidad absoluta del contrato N° 10032101 celebrado entre el Municipio de La Dorada y la sociedad DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.

Como sustento de sus pretensiones, se refirió a los artículos 238 de la Constitución Política, 229 y 230 del C/CA, para concluir que, al momento de evaluar la procedencia de la medida cautelar, basta con que la violación sea evidente con la simple lectura del acto administrativo que se demanda, a la luz de las disposiciones constitucionales y legales invocadas. Así, aseveró, para el 20 de agosto del año 2021 el señor **CÉSAR ARTURO ALZATE MONTES**, alcalde electo y en ejercicio de período constitucional del **MUNICIPIO DE LA DORADA**, había encargado sus funciones a través del Decreto N° 0144 de agosto 18 de 2021, al señor **FABIO DE JESÚS MONCADA MELO**, Secretario General y Administrativo, razón por la que considera que el señor **ALZATE MONTES** no era el competente en dicho momento para expedir los Decretos 147 y 148 de agosto 20 de 2021.

Igualmente señaló el nulidiscente, que tales decretos son el resultado de la ejecución del Contrato N° 10032101 celebrado entre el **MUNICIPIO DE LA DORADA-CALDAS** y la sociedad **DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.**, que tuvo por objeto una *“CONSULTORÍA PARA EL PROCESO FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL Y MODERNIZACIÓN ORGANIZACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL MUNICIPIO DE LA DORADA (...)”*; afirmando, de paso, que dicho contrato es ilícito, pues considera que fue desarrollado sin el cumplimiento del principio de planeación contenido en el artículo 209 superior, relativo a los límites del ejercicio funcional del servidor público y de los requisitos legales en materia de contratación estatal, sumado a que la empresa contratada no reunía los requerimientos de idoneidad y experiencia que el municipio exigía en su pliego de condiciones.

Con proveído datado el 9 de noviembre de 2021, la señora Jueza 8ª Administrativa de Manizales admitió la demanda contra el **MUNICIPIO DE LA DORADA**, ordenando las notificaciones de ley, y, en la misma fecha, ordenó correr traslado de la solicitud de medida cautelar.

*** Pronunciamiento de la accionada frente a la solicitud de la medida cautelar**

Con escrito visible en el PDF N°7, la municipalidad deprecó sea denegada la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, en tanto considera que: i) la solicitud no se realizó en debida forma, es decir, conforme a los artículos 230 y 231 del C/CA; ii) la parte actora no demostró que se esté causando un perjuicio irremediable; y iii) no se especifica la conducencia, pertinencia y utilidad necesarias para la prosperidad de la medida impetrada.

Expuso, así mismo, que los actos administrativos demandados fueron debidamente motivados y gozan de presunción de legalidad, por lo que corresponde al demandante probar, al menos sumariamente, tanto la violación de normas superiores como la acusación de los perjuicios causados. Para sustentar su posición, se refirió a sendos pronunciamientos jurisprudenciales emanados del H. Consejo de Estado, para concluir que el estudio de la solicitud de la medida preventiva implica un análisis sobre la necesidad, la pertinencia, la conducencia y la utilidad de la misma.

Respecto al encargo realizado por parte del señor alcalde de La Dorada, aclaró que esta actuación no implicó el cese de sus atribuciones legales, las cuales continuaron incólumes y pudieron ser reasumidas oportunamente. Finalmente, en punto a los reproches realizados por la parte actora frente al Contrato N° 10032101, indicó que éste estuvo ajustado a las ritualidades contractuales, de tal suerte que no ha sido cuestionado en sede administrativa o judicial, por lo que concluyó que mal hace el demandante en lanzar juicios de valor sobre la legalidad del proceso.

LA PROVIDENCIA APELADA

Con auto datado el 20 de enero de 2022, la operadora judicial de primera instancia negó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados, por considerar que, a la luz de lo previsto en el artículo 231 del C/CA, la suspensión de los efectos de un acto administrativo procede, bien sea por la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud y su confrontación con el acto demandado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Para arribar a tal decisión, explicó que el H. Consejo de Estado ha señalado en forma reiterada el carácter excepcional de la medida cautelar invocada, por implicar ésta el desconocimiento de la presunción de legalidad del acto de la Administración, con la consiguiente suspensión de sus efectos inmediatos y la postergación de su ejecución por la entidad, como mínimo, hasta cuando se profiera la sentencia que finalice el proceso. Explicó, igualmente, que en virtud de dicha excepcionalidad, el legislador se ocupó de señalar unos requisitos especiales para la procedencia de tal medida cautelar, al paso que la jurisprudencia ha precisado que la transgresión alegada debe aparecer manifiesta, *prima facie*, con el simple cotejo entre la decisión y la norma superior.

Al estudiar el caso concreto, la señora Jueza estimó que los argumentos esgrimidos por los accionantes no tienen soporte alguno en la prueba documental allegada, y que, *a contrario sensu*, según los documentos obrantes en el expediente, mediante Oficio DDA-0131-2021 de 20 de agosto de 2021 se comunicó al señor **FABIO DE JESÚS MONCADA MELO**, Secretario General y Administrativo del **Municipio de la Dorada**, la reasunción de las funciones del señor **CESAR ARTURO ÁLZATE MONTES** como Alcalde Municipal, en consideración a que habían sido superadas las razones que habían dado lugar a la expedición del Decreto 144 de 2021. En ese sentido, concluyó, le asiste razón a la entidad territorial accionada cuando afirma que el alcalde reasumió sus funciones en la fecha en que fueron expedidos los decretos demandados.

Ahora bien, respecto al argumento central de la medida solicitada, relativo a la presunta falta de idoneidad por parte de la empresa **DUQUE & ARANGO**

ASESORES S.A.S. para el desarrollo del objeto del contrato celebrado con el **MUNICIPIO DE LA DORADA**, la funcionaria judicial a-quo estimó que se trata de la expresión de inconformidades frente a la concesión del mismo, sin que exista precisión frente a los requisitos legales de los que éste carece y sin que se haya presentado prueba alguna al respecto, advirtiéndolo, además, que entre las actividades de la empresa inscritas en el certificado de existencia y representación legal, se entienden inmersas las que se hacen necesarias para que la administración pública pueda satisfacer sus cometidos constitucionales y legales, de conformidad con el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, la jueza concibió improcedente el decreto de la medida cautelar, por considerar que los cargos que la sustentan constituyen apreciaciones subjetivas de la parte actora, al paso que carecen de fundamento probatorio, por lo que no puede concluirse, *prima facie*, que resulte más gravoso para el interés público negar la medida que concederla, máxime cuando no resulta procedente el decreto de medidas provisionales en los casos en los que la materia ofrece dudas al juzgador, o en los que resulte imprescindible examinar de fondo el asunto.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Con escrito visible en el PDF N° 10, la parte actora impugnó en oportunidad legal la decisión adoptada por la señora Jueza 8ª Administrativa de Manizales, en los términos que a continuación se sintetizan.

Manifestó, *ab initio*, que el presupuesto básico de la medida cautelar es que el acto esté produciendo efectos jurídicos y que su finalidad sea evitar transitoriamente su aplicación a efectos de salvaguardar los intereses generales y el Estado de Derecho; como sustento de ello precisó que el artículo 231 del C/CA eliminó la condición de que la norma demandada vulnerara la norma superior de manera manifiesta, ostensible o palmaria, y en su lugar dispuso que tal medida está llamada a prosperar cuando la violación alegada “... *surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

Seguidamente, se refirió al pronunciamiento emanado del H. Consejo de Estado el 12 de febrero de 2016, para advertir que la exigencia de una infracción calificada o manifiesta fue deliberadamente eliminada de la Ley 1437 de 2011 para evitar que esta medida cautelar quede absolutamente restringida a casos excepcionales, de tal modo que desde este momento procesal el juez queda autorizado para que, a través del análisis del acto frente a las normas invocadas como transgredidas y del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, verifique si existe la violación normativa alegada.

Finalmente se refirió a cada uno de los documentos allegados con el libelo introductor, para reiterar que son claros en reflejar la ilicitud del Contrato N° 10032101 celebrado entre el **MUNICIPIO DE LA DORADA** y la sociedad **DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.**, pues, en su sentir, dan cuenta de que la sociedad no reunía las condiciones de idoneidad y experiencia requeridas por el objeto contractual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

La atención de esta Sala Unitaria se contrae en determinar si procede el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados dentro de este contencioso de **NULIDAD SIMPLE**, promovido por la señora **ANYELA SINDY ESCÁRRAGA VEGA Y OTROS** contra el **MUNICIPIO DE LA DORADA-CALDAS**, trámite en el cual fueron llamados en garantía la sociedad **DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.** y la aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

(I) PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En el marco de las medidas cautelares consagradas en el nuevo proceso contencioso administrativo, se encuentra la figura de la suspensión provisional

de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 238 y siguientes del C/CA; dicho canon constitucional dispone a la letra:

“ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

Por su parte, el artículo 229 del C/CA se refiere a la procedencia de las medidas cautelares, estableciendo que:

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

De la misma manera, el artículo 230, ídem, precisa el contenido y alcance de las medidas cautelares, señalando que éstas podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Así, el numeral 3 del canon citado, establece la posibilidad de que el Juez o Magistrado Ponente pueda suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

Ahora bien, en consonancia con lo anterior, el artículo 231 de la pluricitada Ley 1437 de 2011, dispone:

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”
/Resalta la Sala/.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en Sentencia de 28 de enero de 2019¹, precisó:

“(…)

III.3.7. En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que *“podrá decretar las que considere necesarias”*¹⁵. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo *regulado* en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 *ídem*, según el cual *para que la medida sea procedente el demandante debe presentar “documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla”*.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso y Administrativo. Sección Primera. C.P. Carlos Roberto Augusto Serrato Valdés, Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 11001-03-24-000-2014-00302-00.

III.3.8. Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

“[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. El **segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un **daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho** [...]”¹⁶ (Negrillas fuera del texto).

III.3.9. Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

“[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en

donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...] ¹⁷(Negrillas no son del texto).

III.3.10. Así pues, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

(...)” /Resalta el Tribunal/.

En virtud de lo expuesto, ha de entenderse que el juez de lo Contencioso Administrativo ha sido facultado para adoptar una serie de medidas encaminadas a prevenir y/o resolver de manera anticipada situaciones del conflicto, estando entre esta gama de posibilidades la suspensión provisional de los efectos jurídicos los actos administrativos. Como característica principal de tales medidas, se destaca su carácter temporal ya que su finalidad está dirigida a “evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho” ².

No obstante, el ordenamiento jurídico también ha definido unos criterios a observar por el operador judicial al momento de decidir sobre el decreto de una medida cautelar, pues no se trata de una decisión meramente discrecional

² Ibídem.

o sometida únicamente a su arbitrio. En este sentido, el órgano de cierre de la jurisdicción ha establecido que:

“(…)

“En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan *Fumus bonis iuris* (apariencia de buen derecho) y *periculum in mora* (necesidad de urgencia de la medida cautelar)

[...]”.

III.4.6. Los principios y requisitos enunciados se concretan, a juicio de este Despacho, en las previsiones especiales del inciso primero del artículo 231 del CPACA para esta modalidad de cautela, sin perjuicio del análisis que para el caso en concreto deba realizar el Juez en relación con la necesidad de la urgencia de la medida cautelar.

III.4.7. Acerca de la forma en la que el Juez debe abordar este *análisis inicial*, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

“[...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una

confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2° del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final.” /Subrayas de la Sala/

Pues bien; de lo expuesto resulta claro para este Juez Plural que le asiste razón al *A quo* al considerar que para definir la procedencia de la medida cautelar solicitada se debe analizar, también, si la parte actora presentó documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitiesen concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, qué resultaría más gravoso para el interés público, si negar la medida o concederla.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, la parte actora solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los Decretos 147 de agosto 20 de 2021 *“Por medio del cual se determina la estructura orgánica de la administración central del municipio de La Dorada - Caldas, las funciones generales de las dependencias y se dictan otras disposiciones”* y 148 de la misma fecha, *“Por medio del cual se establece la planta global de empleos de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”*, por considerar que fueron expedidos sin competencia para ello; así como del Contrato N° 10032101 que

suscribió con el **MUNICIPIO DE LA DORADA** con la sociedad **DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.**, pues consideran que la sociedad no reunía las condiciones de idoneidad y experiencia requeridas para desarrollar el objeto el objeto contractual y que tuvo como producto el documento ‘ASESORÍA TÉCNICA PARA EL PROCESO DE REDISEÑO ORGANIZACIONAL DE LA ALCALDIA DE LA DORADA-CALDAS. ANÁLISIS DE CARGAS DE TRABAJO’ sobre el cual se sustentan tales actos administrativos.

Así las cosas, uno de los cuestionamientos que se realiza sobre tales actos administrativos, radica en que, a juicio de los demandantes, la sociedad **DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.** no reunía las condiciones de idoneidad y experiencia requeridas para desarrollar el objeto del Contrato N° 10032101 que suscribió con el **MUNICIPIO DE LA DORADA** y que tuvo como producto el documento ‘ASESORÍA TÉCNICA PARA EL PROCESO DE REDISEÑO ORGANIZACIONAL DE LA ALCALDIA DE LA DORADA-CALDAS. ANÁLISIS DE CARGAS DE TRABAJO’ sobre el cual tuvieron base los actos administrativos demandados, por ello, consideran que tuvo lugar la violación de los requisitos legales esenciales del contrato, lo que deriva en la ilicitud tanto del contrato como de los actos administrativos en discusión.

En este orden de ideas, cabe destacar, respecto del cargo de falta de competencia del señor **CESAR ARTURO ÁLZATE MONTES** como Alcalde Municipal, que la operadora judicial de primera confrontó la legalidad de los decretos demandados con las normas superiores invocadas; y justamente, tal estudio le permitió concluir que, *prima facie*, no se observa ilegalidad en los actos demandados ni se allegaron pruebas que así lo demuestren, pues basta con mencionar que el Oficio DDA-0131-2021, con el cual se comunica al señor **FABIO DE JESÚS MONCADA MELO**, Secretario General y Administrativo del **MUNICIPIO**, la reasunción de las funciones del señor **CESAR ARTURO ÁLZATE MONTES** como Alcalde Municipal, permite colegir que los decretos demandados fueron suscritos una vez cesó el encargo realizado.

Finalmente, frente a los cargos formulados respecto del contrato N° 10032101 que suscribió con el **MUNICIPIO DE LA DORADA** con la sociedad **DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.**, coincide esta Sala de Decisión en que los fundamentos fácticos esbozados en la demanda corresponden a apreciaciones subjetivas de la parte

actora que no cuentan con soporte probatorio alguno, por lo que en ese sentido, tampoco existe fundamento para que, *prima facie*, se identifique elemento alguno que avale la procedencia de la suspensión provisional.

Así las cosas, frente al requisito que la jurisprudencia y la doctrina han denominado *Fumus bonis iuris* (apariencia de buen derecho), no se observan en el presente asunto razones que evidencien una violación inminente de la confrontación de los actos demandados con las normas superiores invocadas o con las pruebas allegadas, como acertadamente lo decidió la señora Jueza de primera instancia. Y, en punto al criterio *periculum in mora*, relativo a la necesidad de urgencia de la medida cautelar, no existen elementos fácticos, probatorios, ni jurídicos que den cuenta de la necesidad urgente de que se decrete la medida cautelar, pues la parte actora no alegó perjuicios actuales o futuros que ameriten la adopción de medidas tempranas, como consecuencia de los efectos jurídicos de los actos administrativos en discusión.

En consecuencia, habrá de confirmarse el proveído impugnado, recordando, como lo hizo el H. Consejo de Estado con decisión de 28 de enero de 2019, que *“En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio”*.

Es por ello que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**,

RESUELVE

CONFÍRMASE el proveído emanado del Juzgado 8ª Administrativo de Manizales el 20 de enero de 2022, que negó la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados, dentro del proceso de **NULIDAD SIMPLE** promovido por la señora **ANYELA SINDY ESCÁRRAGA VEGA Y OTROS** contra el **MUNICIPIO DE LA DORADA-CALDAS**, medio de control en el cual se solicitó la vinculación de la sociedad **DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.** y de la aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** en calidad de llamados en garantía.

EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al despacho de origen, previas las anotaciones pertinentes en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

(En vacaciones)



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control de Nulidad Electoral fue devuelto del H. Consejo de Estado el 09 de mayo de 2022, con providencia que resolvió apelación de auto. Por otra parte, y en atención a que la sentencia de primera instancia fue notificada por estado electrónico y mensaje de datos del 10 de mayo de 2022, el término de ejecutoria transcurrió del 16 al 20 de mayo de 2022; la parte demandante presentó recurso de apelación el 12 de mayo de 2022 (documento No. 33) el cual resulta OPORTUNO.

Primero (01) de junio de 2022. Expediente digital.



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrada Ponente: PATRICIA VARELA CIFUENTES

MEDIO	DE	Nulidad Electoral
CONTROL:		
RADICADO:	17-001-23-33-000-2022-00005-00	
DEMANDANTE:	Carlos Ossa Barrera	
DEMANDADO:	Municipio de la Dorada Caldas – Señor Miguel Ángel Ospina Saldaña	
AUTO NO.	241	

Manizales, 06 de junio de dos mil veintidós (2022)

ESTÉSE a lo dispuesto por la Sección Quinta del H. Consejo de Estado en providencia del veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022) (documento No. 42 de la Carpeta 32ApelacionAutoConsejoEstado) con la cual se REVOCÓ PARCIALMENTE el auto del 18 de marzo de 2022, proferido por esta corporación negando la práctica de pruebas solicitadas por la parte demandante.

Cabe anotar que, en su lugar, se dispuso: Por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas, oficiase a la Cámara de Comercio de Manizales, para que expida el certificado de existencia y representación legal de la sociedad DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.

No obstante, en virtud a lo señalado en el artículo 330 del CGP, este despacho estima que la competencia para la práctica de dicha prueba radica en el H. Consejo de Estado, en atención a que, si bien el auto que desató el recurso de apelación de auto se emitió el 28 de abril de 2022, el proceso tan solo fue devuelto a esta corporación el 09 de mayo de 2022 (documento de ubicación 31), fecha en la cual ya había sido emitida y registrada para notificación la Sentencia de primera instancia No. 78 (documento No. 29) dentro del presente medio de control, decisión que fue apelada por la parte demandante (documento No. 33).

En ese orden de ideas, por su oportunidad y procedencia, conforme a lo establecido en los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **SE CONCEDE** en el efecto **SUSPENSIVO** el recurso de apelación interpuesto por la Parte Demandante (Archivo PDF 033) contra la Sentencia No. 78 proferida por esta Corporación el (09) de mayo de 2022 (Archivo PDF 031).

Una vez en firme el presente auto, se remitirá de forma inmediata el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se efectúe la práctica de la prueba ordenada por la Sección Quinta y se desate el respectivo recurso, previas las anotaciones correspondientes en el sistema informático Justicia Siglo XXI.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

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

Código de verificación:

3862eb130caddb4471019c20558ac85febe537dd91dd090a94c41334fca4f2fb

Documento generado en 06/06/2022 09:38:48 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

17-001-23-33-000-2022-00031-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA UNITARIA

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, seis (6) de junio de dos mil veintidós (2022)

A.I. 213

Decide la Sala Unitaria la solicitud de medida cautelar formulada por la parte demandante, dentro del proceso **CONTRACTUAL** que promueven los profesionales **ALEJANDRO RESTREPO CARVAJAL** (Procurador 28 Judicial II Administrativo), **CATALINA GÓMEZ DUQUE** (Procuradora 181 Judicial I Administrativa) y **ANDRÉS FELIPE HENAO HERRERA** (Procurador Judicial 70 Judicial I Administrativo) contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES** y la sociedad **INFOTIC**, al que fue vinculado el **CONSORCIO SERVICIOS DE TRÁNSITO DE MANIZALES -STM**.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Impetran los señores procuradores judiciales demandantes, se declare la nulidad absoluta del Convenio Interadministrativo N° 070517385 de 17 de mayo de 2007, suscrito por el **MUNICIPIO DE MANIZALES** e **INFOMANIZALES** (hoy **INFOTIC**), cuyo objeto consiste en que *“INFOMANIZALES se obliga a favor del MUNICIPIO DE MANIZALES a prestar mediante la modalidad de concesión y, por lo tanto, bajo su cuenta y riesgo, aportando la infraestructura tecnológica necesaria, el servicio para la modernización y optimización de la gestión de los servicios administrativos de la Secretaria de Tránsito y Transporte de Manizales a través de una solución integral de tecnología, información, comunicaciones y operación de TIC's’*.

Corolario de la anterior declaración, piden que sean tasados y restituidos los dineros pagados a **INFOTIC** en virtud del instrumento negocial, incluidos los intereses, indexación o corrección monetaria a que haya lugar, y por ende, se

condene a INFOTIC devolver los recursos públicos recibidos. Además, implora que se ordene al MUNICIPIO DE MANIZALES adelantar un proceso de selección objetiva dentro de un término perentorio cuyo objeto sea la prestación de los servicios que son materia del convenio demandado.

LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

En uno de los apartados del escrito de la demanda (PDF N° 3, págs. 31-33), los demandantes solicitan se decrete medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución del convenio interadministrativo demandado en nulidad, con la consecuente orden al MUNICIPIO DE MANIZALES de adoptar todas las medidas tendientes a garantizar la prestación del servicio, y que, además, se disponga cesar la distribución de los recursos producto de los servicios del convenio interadministrativo demandado, para evitar lo que los accionantes consideran una mayor afectación al patrimonio público.

Como sustento de la petición de cautela, expone la parte activa de la acción, que el MUNICIPIO DE MANIZALES eludió el procedimiento de selección objetiva del contratista previsto en el artículo 24 numeral 1 de la Ley 80 de 1993, infringiendo con ello las normas superiores y desconociendo la naturaleza del contrato de concesión, además de utilizar la figura del convenio interadministrativo para soslayar el mecanismo de la licitación, lo que también implica desatender los principios de selección objetiva del contratista, planeación y transparencia.

Así mismo, manifiesta que el convenio fue celebrado contra expresa prohibición legal (art. 44 num. 2 Ley 80/93) y con abuso o desviación de poder, adicionalmente, que la incapacidad de la entidad demandada para ejecutar el objeto pactado implicó su tercerización, aumentando con ello el costo de intermediación de INFOTIC.

Por último, menciona que la medida se justifica en tanto la vigencia del convenio se extiende hasta 2022, por lo que, de no decretarse, podría darse una sentencia con efectos nugatorios.

PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA

Con el escrito que constituye el documento digital N° 18, **INFOTIC S.A.** solicitó sea denegada la medida cautelar impetrada, por no cumplir los requisitos de ley.

Con base en la Sentencia C-379 de 2004, dice que no existe la apariencia de buen derecho exigida para este tipo de medidas, ya que **INFOTIC S.A.** en su condición de sociedad de economía mixta, ostentaba plena capacidad para suscribir el convenio interadministrativo, por ello sostiene que no se vulneró el deber de selección objetiva del contratista como se afirma en la demanda. De igual manera, expresa, el Código Nacional de Tránsito (art. 135, 159 párrafo 1° y 160) permite la suscripción de convenios o contratos con terceras personas para la administración de los recursos provenientes del recaudo de multas o la delegación de algunas funciones en materia de tránsito.

Sobre la duración del convenio demandado, precisa que fue suscrito en 2007 y se ha ejecutado por 14 años sin ningún traumatismo, por lo que para esa entidad no existe algún riesgo inminente que justifique la medida, más aún cuando durante todo este tiempo, el objeto del mismo se ha cumplido a cabalidad sin generar ningún daño. En este orden, cuestiona la utilidad de una medida solicitada frente a un convenio cuyo plazo de expiración es el mes de mayo de 2022 y lleva ejecutándose 14 años. Agrega que el convenio ha sido revisado de manera profusa por los organismos de control, inclusive la Procuraduría General de la Nación absolvió de responsabilidad disciplinaria a quienes lo suscribieron.

Se refiere seguidamente al recaudo de los dineros producto del convenio; arguye que desde el año 2002 esta función está a cargo del BANCO POPULAR por un acuerdo suscrito con el MUNICIPIO DE MANIZALES, pues la captación de dineros públicos solo está permitida a las entidades financieras de acuerdo con los artículos 335 y 150 de la Constitución Política. También acota que el recaudo y los resultados operacionales para el MUNICIPIO DE MANIZALES han mejorado con la suscripción del convenio, por cuanto es el concesionario

quien bajo su cuenta y riesgo asume toda la inversión en infraestructura, mientras que el ente territorial percibe el beneficio económico sin tener que destinar de su presupuesto para realizar inversiones.

Seguidamente indica que de llegar a accederse a la medida cautelar se producirían efectos adversos, como la suspensión de la prestación de los servicios dados en concesión, su mala prestación e ineficiencia, porque el MUNICIPIO DE MANIZALES no cuenta con la planta de personal suficiente para prestar los servicios de tránsito, ni con la instrucción para manejar una plataforma tecnológica especializada; así como que también se alteraría el esquema negocial bajo el cual fue proyectado el negocio, generando un desequilibrio contractual no imputable al contratista, es decir, a cargo del MUNICIPIO DE MANIZALES.

Concluye que la parte actora no aporta elementos probatorios frente a las aseveraciones que sirven de sustento a la medida solicitada, y que, en un juicio de ponderación de intereses, decretar la medida resultaría más gravoso para la ciudadanía en general, y en particular, para los usuarios de los servicios de tránsito.

El MUNICIPIO DE MANIZALES y la vinculada CONSORCIO SERVICIOS DE TRÁNSITO DE MANIZALES -STM no se pronunciaron sobre la petición de medida cautelar.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA UNITARIA**

La atención del Despacho se contrae a determinar si se cumplen los presupuestos normativos para suspender provisionalmente la ejecución del Convenio Interadministrativo N° 070517385 de 17 de mayo de 2007, suscrito por el MUNICIPIO DE MANIZALES e INFOMANIZALES (hoy INFOTIC), así como la distribución de recursos que emanan de dicho instrumento negocial.

(I)

MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 1437 DE 2011

El artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 establece en su tenor literal:

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

De igual modo, el esquema disposicional 230 ibídem alude en cuanto al contenido y alcance de las medidas cautelares, que ellas “podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

“1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer".

En lo que atañe a los requisitos para que puedan decretarse medidas cautelares, tratándose como en este caso, de pretensiones distintas a la encaminada a la nulidad de un acto administrativo, se admite que son procedentes cuando cumplen con las siguientes exigencias (art. 231 ibídem):

"1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios" /Resaltados del Tribunal/.

CASO CONCRETO

Con base en el marco normativo expuesto, la Sala Unitaria encuentra plenamente satisfechos los supuestos normativos plasmados en los numerales 1 y 2 de la norma en cita.

En cuanto al primero, la demanda contractual persigue la nulidad absoluta del Convenio Interadministrativo N° 070517385 de 17 de mayo de 2007, suscrito por el MUNICIPIO DE MANIZALES con INFOMANIZALES (hoy INFOTIC S.A.), aludiendo que presuntamente, las entidades en mención utilizaron esta categoría de instrumento jurídico para soslayar el deber de selección objetiva del contratista y los principios de transparencia y publicidad que deben guiar las actuaciones contractuales del Estado. Esta postura se basa en que pese a las estipulaciones convencionales inicialmente suscritas por el MUNICIPIO DE MANIZALES e INFOTIC S.A., fue realmente el CONSORCIO SERVICIOS DE TRÁNSITO DE MANIZALES -STM, particular ajeno al convenio, quien terminó ejecutando en la práctica el objeto acordado y percibiendo el grueso de las utilidades que este produce.

En este sentido, observa el despacho que la parte actora plantea una tesis jurídicamente válida, que es lo exigido por el texto legal en mención, más allá de que sus planteamientos estén o no llamados a prosperar, asunto completamente ajeno a esta fase del proceso y que atañe al estudio de mérito de la controversia. En el caso concreto, la hermenéutica planteada por los agentes del Ministerio Público reside en los mandatos previstos en los artículos 24 y 44 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, además de diversos principios de la contratación estatal, lo que imprime razonabilidad a sus postulados, en los términos del requisito legal enlistado.

Entretanto, el segundo de los requisitos alude a que se demuestre así sea de forma sumaria la titularidad de los derechos en litigio, aspecto que la Sala Unitaria también considera convalidado en el sub lite, pues más que una prerrogativa de orden particular y económico, la demanda se fundamenta en la tutela del interés general, materializado en la defensa del patrimonio público, a raíz de los cuestionamientos legales ya indicados a la manera como aparentemente, se utilizó la figura del convenio interadministrativo para desatender el deber de selección objetiva.

Sobre este mismo punto, esta Sala Unitaria ya tuvo ocasión de pronunciarse al momento de desatar el recurso de reposición formulado por INFOTIC S.A contra el auto admisorio de la demanda, aludiendo no solo a las facultades

del Ministerio Público para acudir en demanda de la nulidad absoluta de los contratos estatales, sino a los caros principios y razones de orden constitucional que subyacen a esta potestad, marcados por la defensa del orden jurídico, el patrimonio público y la defensa de los derechos y garantías fundamentales (art. 277 C.P.). Por ende, esta pauta legal se encuentra plenamente satisfecha.

Superado el examen de los primeros 2 requisitos, no ocurre lo propio con las pautas previstas en los numerales 3 y 4 del artículo 231 del C/CA, que aluden de modo principal al denominado criterio de proporcionalidad a partir de la ponderación de intereses. El Consejo de Estado, en auto de 30 de julio de 2020 con ponencia del Magistrado Roberto Augusto Serrato Valdés (Exp. Radicación número: 11001-03-24-000-2019-00442-00) hizo acopio de los pronunciamientos de esta corporación en punto a este específico requisito:

*“(...) La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el **fumus boni iuris** y **periculum in mora**. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El **segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho** (...)”¹ (Negrillas fuera del texto).*

Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

¹ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

“(…) Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad (…)² (Negrillas no son del texto).

² Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: “(…) Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad’ // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del CPACA. da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.’”

Así pues, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses (...) /Resaltados del Tribunal/.

Ante este panorama, corresponde al Tribunal determinar si la medida solicitada, esto es, la suspensión de la ejecución del convenio interadministrativo firmado entre el MUNICIPIO DE MANIZALES e INFOTIC S.A., así como la distribución de pagos producto de dicho acuerdo, se aviene a los cánones de razonabilidad y proporcionalidad expresados en los numerales 3 y 4 del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011. De manera concreta, la cuestión puede plantearse bajo los siguientes postulados:

- (i) Si de acuerdo al texto legal, la parte demandante presentó los elementos de juicio que permitan concluir en esta fase procesal, que sería más gravoso para el interés público negar la medida que decretarla.
- (ii) Que, de no accederse a la suspensión deprecada, se cause un perjuicio irremediable, o que los efectos de una eventual sentencia favorable a las pretensiones de la parte actora se harían nugatorios.

Como pilares de la petición de medida cautelar, los señores procuradores judiciales demandantes expresan en síntesis que el convenio interadministrativo cuya nulidad pretenden fue suscrito con desviación de poder a raíz de la presunta elusión del procedimiento de licitación pública, que la medida se halla justificada para evitar perjuicios mayores al patrimonio público por los costos de intermediación, y que de no accederse a ella, los efectos de una eventual sentencia de anulación serían meramente ilusorios.

Retomando los argumentos con los que se sostiene la necesidad de la medida, para el Tribunal esta no supera el tamiz de proporcionalidad definido en el artículo 231 numeral 3 del C/CA.

En efecto, el primer argumento invocado por los agentes del Ministerio Público referido a la violación de normas superiores a partir del supuesto desconocimiento de los procedimientos contractuales para garantizar la selección objetiva del contratista (PDF N° 1, pág. 33), se refiere a un juicio de infracción legal, que como ya se anticipó, habrá de adelantarse al estudiar el fondo del asunto, y ninguna pertinencia tiene, se aclara, tratándose de la procedencia de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del convenio interadministrativo demandado. En otros términos, partiendo del juicio de ponderación de intereses previsto en el artículo 231 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011, el hecho de que la suscripción del convenio haya presuntamente desconocido normas de índole contractual no funge como elemento válido de la medida de cautela impetrada, como sí ocurre tratándose de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, según lo establecido en los primeros párrafos de este apartado.

Por ende, para establecer si es más gravoso para el interés público negar o conceder la medida solicitada, más que la presunta infracción de normas o a la desviación de poder, ha de acudirse a los demás planteamientos de la parte demandante, quien sostiene, que la medida resulta necesaria dada la ‘(...) *falta de idoneidad de la entidad contratista, la tercerización por la necesidad de subcontratar la totalidad del objeto contractual, generando con ello un incremento injustificado por el costo de intermediación de INFOMANIZALES (ahora INFOTIC)*’ (ídem), afirmación que en esta etapa del proceso se encuentra desprovista de cualquier tipo de acreditación, al menos sumaria como lo precisa la norma.

En efecto, dentro del acervo documental aportado con la demanda, no obra ningún elemento de soporte que conlleve a afirmar, en este estado del trámite procesal y con el grado de suficiencia que la ley precisa, que lo que la parte actora denomina como “tercerización” haya generado un incremento en el costo de intermediación, pues por el momento, el único elemento válido

con el que cuenta el Tribunal es el texto del convenio interadministrativo que contiene los porcentajes de distribución de los recursos entre el MUNICIPIO DE MANIZALES e INFOTIC S.A. (30% para el MUNICIPIO DE MANIZALES y 70% para INFOTIC S.A., según la cláusula V, ver PDF N° 1, pág. 184), a partir de los cuales no puede establecerse un patrón de comparación que señale de manera inequívoca que los costos asociados al convenio han aumentado producto de la forma como se está ejecutando. De igual manera, y volviendo al texto del artículo 231 numeral 3 del C/CA, la parte actora tampoco ha aportado documentos, informes o pruebas que indiquen la presunta incapacidad que endilga a INFOTIC S.A. para desarrollar el objeto convenido, y ello no puede deducirse por la sola existencia de una alianza estratégica entre INFOTIC S.A. y el CONSORCIO SERVICIOS DE TRÁNSITO DE MANIZALES - STM.

En la misma línea de argumentación, tampoco hay lugar a concluir en este incipiente estado procesal, que la forma como se está ejecutando el instrumento convencional esté causando un perjuicio al patrimonio público, susceptible de ser conjurado a través de la medida cautelar. La discusión sobre los efectos económicos del Convenio Interadministrativo N° 070517385 de 17 de mayo de 2007 debe estar antecedida del debate probatorio suficiente que permita establecer si el cuestionamiento que a este respecto formulan los demandantes tiene vocación de prosperidad, conclusión que al igual que la anterior, no es posible adoptar con base en los elementos aportados en este momento.

Finalmente, para el Tribunal es pertinente referirse al último de los argumentos que se plantean como base de la petición de cautela, como lo es el de garantizar que una eventual sentencia produzca efectos materiales y no se restrinja a un documento jurídico con nulos efectos en la realidad. En el caso del convenio interadministrativo suscrito entre el MUNICIPIO DE MANIZALES e INFOTIC S.A., la Sala Unitaria no encuentra que existan razones para concluir que de no accederse a la medida cautelar, los efectos de un eventual fallo que acoja la pretensión de nulidad del convenio serían nugatorios.

Y ello es así, atendiendo a que precisamente, una de las pretensiones de la parte actora tiene que ver con que de llegar a declararse nulo el convenio pluricitado, se ordene a INFOTIC S.A. la restitución o pago de los dineros recibidos en virtud del instrumento negocial, con su respectiva indexación o corrección monetaria, y en línea con dicha súplica, para este juez plural existen los mecanismos judiciales que permitirían, en el hipotético caso de una sentencia de anulación, ordenar el pago de la condena que llegare a imponerse, y, específicamente, de los recursos públicos que llegue a determinarse, son pasibles de restitución al patrimonio de la entidad territorial, sin que para ello sea menester dar al traste con la actual ejecución del convenio mediante una orden de suspensión.

Por el contrario, en el escenario de discusión de la medida cautelar, resulta válido lo planteado por INFOTIC S.A. en su escrito de oposición, cuando manifiesta que de llegar a suspenderse la ejecución del acuerdo, resultaría más gravoso para el interés público, y de manera concreta para los usuarios de los servicios de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Manizales (hoy Secretaría de Movilidad), pues ello implicaría que de manera abrupta se detenga la ejecución del convenio, y que sea el MUNICIPIO DE MANIZALES quien reasuma inmediatamente la prestación de los servicios asociados al tránsito y transporte municipal (expedición de placas, tarjetas de propiedad, pago de comparendos, etc.) sin que esté probado que existen las condiciones técnicas, económicas, de idoneidad y de personal para que ello se diera sin causar traumatismos a los usuarios del servicio.

En otros términos, serían más los efectos perniciosos o adversos que causaría la suspensión de la ejecución del convenio administrativo y la distribución de los recursos en la forma pactada para los beneficiarios del servicio, que los efectos positivos que tendría frente a la salvaguarda del patrimonio público, a lo que ha de sumarse que, como también lo estima la demandada, la utilidad de la medida también se ve en entredicho tratándose de un convenio cuyo plazo de duración expiraba en mayo de 2022 y se ha desarrollado por 14 años (según la cláusula VII, la duración del convenio se pactó por 15 años, PDF N° 1, pág. 186), así como los potenciales efectos que una suspensión

planteada podría tener sobre la ecuación contractual en la forma como fue estructurada.

En virtud de lo anterior, el Tribunal no accederá a la medida deprecada, bajo el entendido que no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 231 numerales 3 y 4 de la Ley 1437 de 2011.

Por lo expuesto,

RESUELVE

DENIÉGASE la solicitud de suspensión de la ejecución del Convenio Interadministrativo N°070517385 de 17 de mayo de 2007, suscrito por el MUNICIPIO DE MANIZALES e INFOMANIZALES (hoy INFOTIC), solicitado dentro del proceso **CONTRACTUAL** que contra dichas entidades promueven los doctores **ALEJANDRO RESTREPO CARVAJAL** (Procurador 28 Judicial II Administrativo), **CATALINA GÓMEZ DUQUE** (Procuradora 181 Judicial I Administrativa) y **ANDRÉS FELIPE HENAO HERRERA** (Procurador Judicial 70 Judicial I Administrativo), y al que fue vinculado el **CONCORCIO SERVICIOS DE TRÁNSITO DE MANIZALES -STM**.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

17-001-23-33-000-2022-00031-00
Controversia contractual
A.I. 213

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO No.	17-001-23-33-000-2017-00383-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	JUAN CARLOS MONTOYA MEDINA
ACCIONADO	MUNICIPIO DE SUPÍA - CALDAS

De conformidad con el artículo 180, inciso inicial y numeral 1, de la Ley 1437/11, **CONVOCASE A AUDIENCIA INICIAL** para el día **MARTES DOCE (12) DE JULIO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA**, en el proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **JUAN CARLOS MONTOYA MEDINA** contra **MUNICIPIO DE SUPÍA – CALDAS**.

La audiencia se realizará a través de la plataforma DIGITAL, para lo cual se enviará la respectiva invitación al correo electrónico de las partes, los apoderados, y al Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video.

SE EXHORTA, en atención a la posibilidad de conciliación consagrada en el artículo 180 del CPACA, para que realicen los trámites al interior de la entidad a efectos de convocar al Comité de Conciliación con la finalidad de establecer una posible fórmula de arreglo.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que en caso que requieran allegar sustituciones o renunciaciones de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos a más tardar el día anterior a la celebración de la audiencia, únicamente al correo sgtadminclad@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

Se recomienda a las partes y a los demás intervinientes que antes de ingresar a la plataforma Digital verifiquen la conexión a internet, así como el correcto funcionamiento de la cámara y el micrófono del dispositivo a través del cual ingresarán a la audiencia. De igual forma se recomienda que la conexión se haga a través de un computador y 15 minutos antes de la hora fijada para llevar a cabo la audiencia.

Se les solicita a las partes que en caso de tener alguna dificultad lo comuniquen con antelación al Despacho a fin de tomar las decisiones que sean oportunas.

Link de acceso a la audiencia <https://call.lifesizecloud.com/14774285>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico No. 099 del 07 de junio de 2022.

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **06c7c53b5610502127f193ecb1821ae80623d56121dd74214254aa4f2ddd32c7**
Documento generado en 06/06/2022 09:25:38 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN	17-001-23-33-000-2021-00202-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MIGUEL ÁNGEL OSORIO MÁRQUEZ
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES, CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE MANIZALES

De conformidad con el artículo 180, inciso inicial y numeral 1, de la Ley 1437/11, **CONVOCASE A AUDIENCIA INICIAL** para el día **MIÉRCOLES TRECE (13) DE JULIO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA**, en el proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **MIGUEL ÁNGEL OSORIO MÁRQUEZ** contra **MUNICIPIO DE MANIZALES, CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE MANIZALES**.

La audiencia se realizará a través de la plataforma DIGITAL, para lo cual se enviará la respectiva invitación al correo electrónico de las partes, los apoderados, y al Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video.

SE EXHORTA, en atención a la posibilidad de conciliación consagrada en el artículo 180 del CPACA, para que realicen los trámites al interior de la entidad a efectos de convocar al Comité de Conciliación con la finalidad de establecer una posible fórmula de arreglo.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que en caso que requieran allegar sustituciones o renunciaciones de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos **a más tardar el día anterior a la celebración de la audiencia, únicamente al correo**

sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

Se recomienda a las partes y a los demás intervinientes que antes de ingresar a la plataforma Digital verifiquen la conexión a internet, así como el correcto funcionamiento de la cámara y el micrófono del dispositivo a través del cual ingresarán a la audiencia. De igual forma se recomienda que la conexión se haga a través de un computador y 15 minutos antes de la hora fijada para llevar a cabo la audiencia.

Se les solicita a las partes que en caso de tener alguna dificultad lo comuniquen con antelación al Despacho a fin de tomar las decisiones que sean oportunas.

Link de acceso a la audiencia <https://call.lifesizecloud.com/14774707>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico No. 099 del 07 de junio de 2022.

Firmado Por:

**Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingenieria
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **d5dcd9eee3c8927328271a41708ca5512d72491201befceace3098fb347fa484**
Documento generado en 06/06/2022 09:27:57 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN	17-001-23-33-000-2021-00268-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARÍA NELLY LOAIZA DE GRISALES
DEMANDADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Conforme a la constancia secretarial que antecede en la que se informa que la Nación – Ministerio de Educación no ha dado respuesta a los requerimientos hechos por parte de la Corporación solicitando el envío de unas pruebas documentales procede el Despacho a verificar dicha situación.

Revisado el expediente y los requerimientos efectuados, encuentra el Despacho que efectivamente, de las pruebas solicitadas, la Nación – Ministerio de Educación no ha llegado las pruebas solicitadas y decretadas mediante auto del 07 de marzo de 2022; de igual forma y de acuerdo a lo informado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora se dio traslado del oficio mediante el cual se requieren unas pruebas a la secretaria de Educación del Departamento de Caldas por ser dicha entidad la que posee los documentos requeridos.

En este orden de ideas, por la Secretaría de la Corporación ofíciase nuevamente a la la Nación – Ministerio de Educación para que, en el término de 10 días, contados a partir de la recepción del oficio correspondiente, allegue con destino a este proceso:

*Copia de los actos administrativos de nombramiento y posesión de la señora MARIA NELLY LOAIZA DE GRISALES; así como, la expedición del certificado laboral que informe de manera suficiente, inequívoca y sin inconsistencias lo siguiente:

- La plaza (o categoría) territorial, nacional o nacionalizado docente;
- La fuente de financiación de todos los tiempos acreditados para el reconocimiento de la pensión gracia: a) recursos del situado fiscal, b) recursos propios de las entidades territoriales, y c) otros (especificar);
- Identificación del régimen salarial nacional departamental o territorial de todos los tiempos acreditados;
- Factores salariales percibidos durante el tiempo de servicio acreditado para el reconocimiento de la pensión gracia;
- Identificación del escalafón docente durante el tiempo de servicios acreditado para el reconocimiento de la pensión gracia;
- Institución educativa donde prestó sus servicios la señora MARIA NELLY LOAIZA DE GRISALES, orden territorial, nacional o nacionalizada de la misma;
- Tipo de educación prestada por el docente (primaria, secundaria, normalista, entre otras);
- Forma de vinculación en carrera, provisional o interinidad del docente; y
- Origen y evolución de la plaza docente antes y después de la nacionalización de la educación.
- Igualmente se certifique a que orden (nacional o nacionalizado) corresponden las siguientes instituciones en que prestó sus servicios el demandante:
 - Centro Educativo el Edén, Aguadas, Caldas.
 - Centro Educativo La Mermita, Aguadas, Caldas.
 - Plantel Educativo PISAMAL
 - Seccional Rural de Arenillal

De igual forma, por la Secretaría de la Corporación ofíciase a la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas para que, en el término de 10 días, contados a partir de la recepción del oficio correspondiente, allegue con destino a este proceso:

*Certifiquen qué tiempos fueron incluidos en el cálculo actuarial del FNPSM para la pensión del docente que funge en este proceso como demandante, y a quién le corresponde la financiación de la pensión de los tiempos de la docente, anteriores a 1989 así como el régimen salarial y prestacional del que gozaba la docente, con el propósito de identificar si se trata de un docente nacional o nacionalizado.

*Igualmente se certifique a que orden (nacional o nacionalizado) corresponden las siguientes instituciones en que prestó sus servicios la demandante:

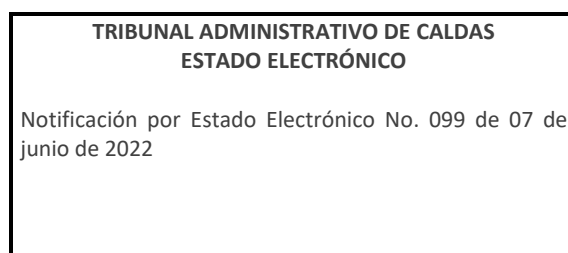
Centro Educativo el Edén, Aguadas, Caldas.

- Centro Educativo La Mermita, Aguadas, Caldas.
- Plantel Educativo PISAMAL
- Seccional Rural de Arenillal

Finalmente, por la Secretaría de la Corporación ofíciase a la Procuraduría para que investigue una posible falta disciplinaria por parte de los funcionarios de la Nación – Ministerio de Educación por no dar cumplimiento a una orden judicial pese a los numerosos requerimientos que se les enviaron para que se sirvieran allegar las pruebas documentales decretadas mediante auto del 07 de marzo de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **4e0b516527fd328e8ef73675270e3771337736c57d5f75bbf9f65c249f3362b6**
Documento generado en 06/06/2022 10:49:05 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2022-00068-00
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE	ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES Y CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS.

Vista la constancia secretarial que antecede, procede el despacho a fijar fecha y hora para realizar la audiencia de Pacto de Cumplimiento.

En consecuencia, **FÍJESE el día MIÉRCOLES VEINTIDÓS (22) DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS NUEVE (9:00AM) DE LA MAÑANA**, como día y hora para realizar la audiencia establecida en el artículo 27 de la ley 472 de 1998, dentro del proceso de la referencia.

La audiencia se realizará a través de la plataforma Virtual, para lo cual se anexa al presente auto el link de acceso a la diligencia a fin de que los apoderados, y el Ministerio Público, se conecten desde un equipo con micrófono y cámara de video.

Se RECONOCE personería jurídica a la abogada **Clemencia Escobar Gómez**, mayor de edad, vecina de Manizales, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.823.227 de Manizales y portadora de la Tarjeta Profesional No. 193.422 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en representación del Departamento de Caldas en los términos y para los fines del poder a ella conferido, memorial obrante en el PDF número 37 del expediente digital.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deberán allegar con antelación los documentos que identifiquen al representante legal de las entidades con las cédulas escaneadas o las delegaciones que se realicen, al

igual que los teléfonos donde puedan ser ubicados; de igual forma en caso que requieran allegar sustituciones o renunciaciones de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos **a más tardar el día anterior a la celebración de la audiencia, únicamente al correo sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.**

Se recomienda a las partes y a los demás intervinientes que antes de ingresar a la plataforma donde se realizara la audiencia verifiquen la conexión a internet, así como el correcto funcionamiento de la cámara y el micrófono del dispositivo a través del cual ingresarán a la audiencia. De igual forma se recomienda que la conexión se haga a través de un computador y 15 minutos antes de la hora fijada para llevar a cabo la audiencia.

Se les solicita a las partes que en caso de tener alguna dificultad lo comuniquen con antelación al Despacho a fin de tomar las decisiones que sean oportunas.

Link de acceso a la audiencia <https://call.lifesizecloud.com/14774099>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico No. 099 el 07 de junio de 2022.

Firmado Por:

Carlos Manuel Zapata Jaimes

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **dc6c3fdd0ce6aaff47fcfd27a4f5afe08d530598ccf04a450ad82a833e7df048**
Documento generado en 06/06/2022 09:32:40 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2022-00108-00
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE	ALBA LUCÍA IDÁRRAGA ÁLVAREZ
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES, AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P Y CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS.

Procede el Despacho Primero del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la admisión de la demanda de la referencia.

Por reunir los requisitos formales previstos en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, se admite la demanda presentada por **ALBA LUCÍA IDÁRRAGA ÁLVAREZ**. En consecuencia, se dispone:

- 1. NOTIFÍQUESE** el presente auto al Representante Legal de **CORPOCALDAS** al correo electrónico notificacionesjuridicas@corpocaldas.gov.co informado en la demanda, o al que repose en la base de datos en la Secretaría de la Corporación como buzón dispuesto para notificaciones, conforme al art 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021.
- 2. NOTIFÍQUESE** el presente auto al **MUNICIPIO DE MANIZALES** al correo electrónico notificaciones@manizales.gov.co informado en la demanda, o al que repose en la base de datos en la Secretaría de la Corporación como buzón dispuesto para notificaciones, conforme al art 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021.
- 3. NOTIFÍQUESE** el presente auto a **AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.** al correo electrónico que repose en la base de datos en la Secretaría de la Corporación como buzón dispuesto para notificaciones, conforme al art 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021.

4. **NOTIFÍQUESE** al **PROCURADOR JUDICIAL ADMINISTRATIVO** y al señor **DEFENSOR DEL PUEBLO** por correo electrónico esta providencia.
5. **NOTIFÍQUESE** esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por correo electrónico, conforme lo dispone el artículo 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021.
6. **CÓRRASE traslado** a los demandados por el término de diez (10) días contados a partir de los dos (2) días siguiente al recibo del mensaje enviado al buzón electrónico, conforme lo dispone el artículo 199 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021, plazo dentro del cual podrán contestar la demanda, solicitar la práctica de pruebas y proponer excepciones, conforme lo disponen los artículos 22 y 23 de la Ley 472 de 1998.
7. Por la Secretaría de la Corporación, **a través de publicación en la página de la rama judicial INFÓRMESE** sobre la existencia del presente trámite a los miembros de la comunidad, para los fines del artículo 24 de la Ley 472 de 1998 (artículo 21, ib.).
8. **ADVIÉRTASE** a las partes y a los demás intervinientes, que dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término del traslado a las entidades demandadas, se citará a audiencia de pacto de cumplimiento y que la decisión se tomará dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de dicho término, en caso de no llegar a ningún acuerdo en dicha audiencia (artículos 22 y 27 de la Ley 472 de 1998) y de que no haya pruebas para practicar.
9. **NOTIFÍQUESE** el presente proveído al demandante por estado electrónico.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico No. 099 del 07 de junio de 2022.

Firmado Por:

**Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingenieria
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **ebe4b112cdb36cf78888c2f06633a4845c7094857ce1175f13d1364b957bff95**
Documento generado en 06/06/2022 10:44:19 AM

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Encargado Despacho 5

A.I.: 162

Asunto: Declara falta de jurisdicción
Medio de Control: Protección de los derechos e intereses colectivos
Radicación: 17001-23-33-000-2022-00110-00
Demandante: Personería Municipal de Palestina, Caldas.
Demandados: Nueva EPS

Manizales, seis (6) de junio de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Se encuentra a Despacho para resolver sobre la admisión de la demanda que en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos promovió el señor Personero Municipal de Palestina, Caldas.

ANTECEDENTES

En ejercicio de este medio de control promovido el 18 de mayo de 2022, el señor Personero Municipal de Palestina, Caldas radicó demanda contra la NUEVA EPS, medio de control cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales. El mencionado Despacho a través de providencia del 23 de mayo de 2022 declaró la falta de competencia al considerar que la Nueva EPS es una autoridad del orden nacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, el proceso fue repartido al Despacho Cinco del Tribunal Administrativo del Caldas, del cual el suscrito Magistrado se encuentra encargado según Oficio n° CE-Presidencia-OFI-INT-2022-1151 del 11 de mayo de 2022 suscrito por el Presidente del H. Consejo de Estado.

En la demanda se solicitó lo siguiente:

1.- Declarar que la Nueva EPS SA ha vulnerado el derecho colectivo a la prestación eficiente y oportuna del servicio de salud en la jurisdicción del Municipio de Palestina, Caldas, por parte de la Nueva EPS SA régimen subsidiado.

2.- Ordenar a la Nueva EPS SA la instalación de un dispensario de medicamentos en el corregimiento de Arauca jurisdicción de Palestina, Caldas.

3.- Ordenar a la Nueva EPS SA garantizar de manera general el transporte de los usuarios residentes del Municipio de Palestina, Caldas, que hacen parte del régimen subsidiado en salud, a las especialidades y servicios ordenados en IPS ubicadas fuera de la jurisdicción del municipio.

El asunto de la referencia fue repartido para su conocimiento a este Despacho según constancia del 1 de junio de 2022, y allegado el 3 del mismo mes y año para resolver sobre su admisión.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La Ley 472 de 1998, que desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política, en relación con la jurisdicción para el conocimiento de las acciones populares, dispuso:

*ARTICULO 15. JURISDICCION. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones u omisiones de las **entidades públicas** y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia.*

En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

Por su parte, el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011¹, al referirse a los asuntos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, expresó:

ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

(...)

¹ En adelante CPACA

PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%. (Negrillas del Despacho)

De acuerdo con lo anterior, en el presente asunto se debe determinar si la Nueva EPS tiene la calidad de entidad pública y si en dicha sociedad el Estado tiene una participación igual o superior al 50%.

Sobre la naturaleza jurídica de Nueva EPS

Para el caso que convoca la atención de este Despacho, se observa que las pretensiones de la demanda únicamente se encuentran dirigidas contra la Nueva EPS, *“sociedad anónima constituida mediante la escritura pública No. 753 del 22 de marzo de 2007, que surge como Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo a través de la Resolución No. 371 del 3 de abril de 2008 y del Régimen Subsidiado a través de la Resolución No. 02664 del 17 de diciembre de 2015 de la Superintendencia Nacional de Salud.”*².

La constitución como sociedad anónima se verifica igualmente en el certificado de existencia y representación legal visible en la página web de la entidad³. En ese sitio además se menciona que los accionistas son las cajas de compensación familiar Cafam, Colsubsidio, Compensar, Comfenalco Valle de la gente, Comfenalco Antioquia, Comfandi, y la compañía de seguros Positiva S.A, empresa industrial y comercial del Estado (EICE) del orden nacional⁴, la cual el 31 de diciembre de 2020 vendió su participación accionaria a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público *“manteniendo NUEVA EPS S.A. la proporción accionaria (49.999%, 13.077%, 13.077%, 13.077%, 9.651%, 1.045%, 0.073%) y la sujeción al régimen privado”*⁵.

De acuerdo con lo anterior, la participación del Ministerio de Hacienda en la Nueva EPS es inferior al 50%, lo que permite afirmar que dicha sociedad anónima no puede ser considerada como una entidad pública en los términos de los artículos 15 de la Ley 472 de 1998 y 104 del CPACA.

² <https://www.nuevaeps.com.co/quienes-somos>

³ <https://www.nuevaeps.com.co/sites/default/files/inline-files/Certificado%20c%C3%A1mara%20de%20comercio%20mes%20de%20junio.pdf>

⁴ <https://www.nuevaeps.com.co/nuestros-accionistas-socios>

⁵ <https://www.nuevaeps.com.co/sites/default/files/inline-files/PAR%C3%81METROS%20MANIFESTACION%20INTER%C3%89S-%20INVITACI%C3%93N%20P%C3%9ABLICA%20No.002-2021.pdf>

Al respecto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura⁶, en pronunciamiento del 4 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado Camilo Montoya Reyes, expresó lo siguiente al referirse a la naturaleza jurídica de Nueva EPS:

Por otra parte, es una sociedad anónima, sometida al régimen de las empresas de salud, constituida mediante la escritura pública No. 753 de 22 de marzo de 2007. Si bien es cierto, surgió como una empresa 100% privada, por cuanto, sus socios originarios fueron solamente las cajas de compensación familiar, también lo es, que con el ingreso de POSITIVA Seguros S.A. como socio, quien adquirió el 50% menos una acción del capital social de la Nueva EPS, la sociedad fue infundida con recursos del Estado que se dedicaron a la prestación del servicio de salud por expresa autorización de la Ley 1151 de 2007.

A su vez, las cajas de compensación familiar Colsubsidio, Cafam, Compensar, Comfenalco Antioquia, Comfenalco Valle y Comfadi – entidades privadas – tienen el 50% más una acción. Sociedad que recibió la autorización de funcionamiento mediante la Resolución No. 371 de 3 de abril de 2008 expedida por la Superintendencia de Salud.

(...)

Lo anterior conlleva a concluir que, al ser la participación de la Entidad Estatal inferior al 50%, el régimen de contratación será el regulado en la legislación mercantil y civil vigente.

(...)

El caso en estudio refiere una demanda declarativa de responsabilidad civil contractual interpuesta por un particular contra una empresa promotora de salud, en su modalidad de sociedad de economía mixta, por tanto el régimen aplicable es el del derecho privado.

Precisado lo anterior, se tiene que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los términos del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

De conformidad con lo expuesto, estima el suscrito Magistrado que esta Jurisdicción no es competente para conocer del presente asunto, por tratarse de una acción popular originada en la actuación de una EPS con participación pública inferior al 50%.

⁶ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA Bogotá D. C. 04 de abril de 2019 Aprobado según Acta de Sala No. 19 de la fecha. Magistrado Ponente: Doctor Camilo Montoya Reyes Radicado N° 110010102000201702643 00.

Por lo anterior, se dará aplicación a lo previsto por el artículo 168 del CPACA, que dispone que *“En caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el Juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión.”*. En consecuencia, se remitirá el expediente a los Juzgados Civiles del Circuito de Manizales, por estimar que se trata de un asunto de su competencia.

Desde este momento el Tribunal traba el conflicto negativo de competencias⁷ para que sea dirimido por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el evento en que el Juzgado Civil del Circuito asignado por reparto resuelva que la Jurisdicción Ordinaria no es competente para conocer el asunto.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DECLÁRASE la falta de jurisdicción para conocer de la demanda promovida por el señor Personero Municipal de Palestina, Caldas, contra Nueva Empresa Promotora de Salud S.A.

En consecuencia,

Segundo. Por la Secretaría de esta Corporación, **REMÍTASE** el expediente a la Oficina Judicial de esta ciudad, para que efectúe el correspondiente reparto entre los Juzgados Civiles del Circuito de Manizales, como un asunto de su competencia, previas las anotaciones respectivas en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

Tercero. En el evento que el Juzgado Civil del Circuito de Manizales a quien le sea repartido el asunto resuelva que la Jurisdicción Ordinaria Civil no es la competente para conocer del mismo, **PROVÓCASE** desde este momento, el conflicto negativo de competencias, para que sea dirimido por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Cuarto. NOTIFÍQUESE el presente auto a la parte demandante por estado electrónico, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

⁷ De conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículos 256 de la Constitución Política y numeral 2 del artículo 112 de la Ley 270 de 1996.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

Encargado Despacho 5

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 99

FECHA: 07/06/2022



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS

CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, dos (02) de junio de dos mil veintidós (2022).

RADICADO	17-001-33-33-002-2016-00289-02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES	OSCAR MAURICIO TAPASCO LÓPEZ, JUAN DAVID TAPASCO LÓPEZ, DIEGO ALEJANDRO TAPASCO LÓPEZ Y GLORIA MATILDE LÓPEZ RAMÍREZ
DEMANDADOS	MUNICIPIO DE MANIZALES; AGUAS DE MANIZALES S.A E.S.P; GILDARDO OCAMPO MONTES Y LUIS GUILLERMO CÁRDENAS SANDOVAL (INTEGRANTES DEL CONSORCIO AGUAS DE MANIZALES 123); LEONARDO HERRERA BARRERO; DORA CARMENZA GIRALDO ORJUELA Y SEGUROS DEL ESTADO
LLAMADO EN GARANTÍA	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y los señores Leonardo Herrera Barrero y Dora Carmenza Giraldo Orjuela contra el fallo que accedió parcialmente a pretensiones, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el día 27 de mayo de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Se declare solidaria y administrativamente responsables al municipio de Manizales, la sociedad Aguas de Manizales, a los integrantes del Consorcio Aguas Manizales – 123 (Gildardo Ocampo Montes y Luis Guillermo Cárdenas Sandoval), a Leonardo Herrera Barrero, Dora Carmenza Giraldo Orjuela y Seguros del Estado S.A de una falla del servicio y una concausalidad que ocasionaron serias lesiones al señor Oscar Mauricio Tapasco López el día 17 de junio de 2014.
2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, las demandadas paguen los siguientes perjuicios:

Perjuicios materiales: al señor Oscar Mauricio Tapasco López una suma equivalente a \$2.730.517, que representan los gastos que tuvo que asumir por el servicio de grúa para la motocicleta de placas DPG 39D, parqueadero, comparendo, suministros médicos requeridos en virtud de sus lesiones y las reparaciones y repuestos del vehículo motocicleta marca Kawasaki KLX 150 de placas DPG 39D que fueron asumidos por la víctima.

Perjuicios morales:

- Para el señor Oscar Mauricio Tapasco López una suma equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme al precio que para tal fije el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística en la fecha del fallo por concepto de perjuicios morales subjetivos y teniendo como referencia la sentencia del 28 de agosto de 2018 emitida por el Consejo de Estado que unificó el criterio jurisprudencial para la tasación de esta clase de perjuicios.

- Para Juan David Tapasco López, en calidad de hermano de la víctima, una suma equivalente a 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes conforme al precio que para tal fije el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística en la fecha del fallo por concepto de perjuicios morales subjetivos y teniendo como referencia la sentencia del 28 de agosto de 2018 emitida por el Consejo de Estado que unificó el criterio jurisprudencial para la tasación de esta clase de perjuicios.

- Para Gloria Matilde López Ramírez, en calidad de madre de la víctima, la suma de 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme al precio que para tal fije el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística en la fecha del fallo por concepto de perjuicios morales subjetivos y teniendo como referencia la sentencia del 28 de agosto de 2018 emitida por el Consejo de Estado que unificó el criterio jurisprudencial para la tasación de esta clase de perjuicios.

- Para Diego Alejandro Tapasco López, en calidad de hermano, una suma equivalente a 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme al precio que para tal fije el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística en la fecha del fallo por concepto de perjuicios morales subjetivos y teniendo como referencia la sentencia del 28 de agosto de 2018 emitida por el Consejo de Estado que unificó el criterio jurisprudencial para la tasación de esta clase de perjuicios.

Daño a la salud: los demandados deberán pagar al señor Oscar Mauricio Tapasco López en calidad de víctima la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme al precio que para tal fije el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística en la fecha del fallo por concepto de perjuicios morales subjetivos y teniendo como referencia la sentencia del 28 de agosto de 2018 emitida por el Consejo de Estado que unificó el criterio jurisprudencial para la tasación de esta clase de perjuicios, ya que el daño padecido afectó su vida cotidiana pues al ser un deportista consumado no puede realizar tales actividades por las lesiones y secuelas de carácter permanente que sufrió tras el siniestro ocurrido.

3. Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

HECHOS

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

- El señor Oscar Mauricio Tapasco López es hijo de Gloria Matilde López Ramírez y hermano de los señores Diego Alejandro y Juan David Tapasco López.

- El señor Oscar Mauricio Tapasco López resultó lesionado en accidente de tránsito ocurrido el día 17 de junio de 2014 en el sector de la carrera 26 con calle 56, detrás del Colegio Inem Baldomero Sanín Cano, cuando la motocicleta que conducía colisionó con el vehículo automóvil de placas NAG 584, marca Renault, línea Clio, modelo 2003, que era conducido por el señor Leonardo Herrera Barrero, pero propiedad de la señora Dora Carmenza Giraldo Orjuela.

- Señala que el percance se presentó por circunstancias atribuibles al conductor del automóvil y a las características físicas de la vía pública que estaba siendo sometida a una intervención de obra pública sin las medidas de seguridad requeridas y suficientes para el tránsito por el sector; cuyo mantenimiento, conservación, remoción de escombros y material de obra eran responsabilidad de la empresa Aguas de Manizales y del contratistas que estaba realizando la intervención que para este sector y época era el consorcio Aguas de Manizales -123, según contrato nro. 2013-0219.

- El municipio de Manizales a través del secretario de Tránsito mediante oficio nro. UGT.0782-14 del 20 de mayo de 2014 le impuso al Consorcio Aguas de Manizales -123 las condiciones del plan de manejo de tránsito para el sector donde ocurrió el siniestro, las cuales fueron incumplidas al dejar en la vía donde se presentó el percance de tránsito

escombros y residuos que contribuyeron de manera eficiente a la producción del accidente.

- El Consorcio Aguas de Manizales -123 no tenía para la fecha en que ocurrieron los hechos una adecuada señalización de la vía intervenida ni un adecuado manejo de los residuos que garantizaran la circulación del tránsito en condiciones de seguridad, en las condiciones exigidas por el municipio de Manizales.

- La causa del accidente está atribuida al señor Leonardo Herrera Barrero, quien incurrió en la conducta de “transitar sin precaución”, según lo consignado en el informe policial de accidente de tránsito.

- Según la información que reposa en la Fiscalía Séptima Local de Manizales, bajo el código único de investigación nro. 170016000060201501211, los hechos mencionados se encuentran bajo indagación y aparece como querellado el señor Leonardo Herrera Barrero, por el delito de lesiones personales.

- Que luego del accidente el señor Tapasco López fue trasladado a la Clínica Servicios Médicos La Camelia por lesiones en su miembro inferior izquierdo; y debido a las mismas, el día 2 de julio de 2014 se le realizó una intervención quirúrgica que consistía en una *“Reducción abierta más osteosíntesis de fractura de maléolo tibial ligamentorrafia aguda en el tobillo”*.

- El informe pericial de clínica forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses del 30 de septiembre de 2014 en el acápite de conclusiones determinó: *“Mecanismo de lesión: abrasivo, contundente. Incapacidad médico legal definitiva setenta y cinco (75) días. Secuelas medico legales: 1. Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter por definir. 2. Perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter por definir. Para determinar el carácter de las secuelas médico legales, se requiere una nueva valoración en cuatro meses”*.

- El informe de medicina legal del 20 de marzo de 2015 determinó en el acápite de conclusiones *“Mecanismo de lesión: abrasivo, contundente. Incapacidad medico legal definitiva de setenta y cinco (75) días. Secuelas médico legales: 1: deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; perturbación funcional de miembro inferior izquierdo de carácter permanente; perturbación funcional permanente del órgano de la locomoción”*.

- La víctima era un deportista consumado, apasionado por la práctica del fútbol, quien no pudo volver a realizar las actividades que de manera cotidiana desarrollaba dada la limitación funcional que tienen sus miembros inferiores, específicamente en el tobillo izquierdo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SEGUROS DEL ESTADO: respecto a los hechos adujo que unos no le constaban; que otros eran verdaderos según la prueba documental; que algunos eran parcialmente ciertos; y que otros no lo eran.

Seguidamente, se opuso a la prosperidad de todas y cada uno de las pretensiones, al asegurar que existían elementos que liberaban de responsabilidad a la aseguradora.

Propuso las excepciones de:

- **Ausencia de responsabilidad por haberse configurado la culpa exclusiva de la víctima:** en atención a los hechos de la demanda y las pruebas aportadas, el accidente y las consecuencias del mismo deben ser imputables al demandante pues el mismo ocurrió, según el informe de tránsito, por conducir sin precaución, y no como pretende hacerlo ver la parte accionante, por el estado de la vía.

- **Culpa de un tercero como eximente de responsabilidad:** según las pruebas el accidente se produjo por el hecho de un tercero, conductor del vehículo particular, quien nada tiene que ver con la compañía de seguros, lo que hace que esta se exonere de responsabilidad.

- **Ausencia de responsabilidad del Consorcio Aguas Manizales -123, de Aguas de Manizales S.A E.S.P y de Seguros del Estado S.A ruptura del nexo causal:** adujo que aunque en la demanda se endilga toda la responsabilidad al consorcio que ejecutaba las obras en el sector donde ocurrió el accidente, lo afirmado por la parte actora respecto a la vía y a sus condiciones queda sin fundamento con lo mencionado en el informe policial de accidente de tránsito en el cual se establece como causa del mismo el transitar sin precaución por parte de ambos vehículos involucrados.

- **Ausencia de elementos de la responsabilidad en cabeza del consorcio Aguas Manizales - 123, Aguas de Manizales S.A E.S.P y Seguros del Estado S.A:** con base en las pruebas aportadas al proceso y las que se van a practicar quedará acreditado que no existió

responsabilidad de ninguna de las demandadas en el accidente sufrido por el accionante, pues aunque existió un daño, el mismo no se generó por las conducta de estas.

- **Sujeción de las partes al contrato de seguro y a las normas legales que lo regulan:** la responsabilidad que le pueda caber a Seguros del Estado está claramente delimitada por el contrato de seguro celebrado, vínculo que según el artículo 1602 del CC es ley para las partes; y más porque la obligación del asegurador no es idéntica a la que pudiesen tener los codemandados frente a los demandantes, se trata de una diferente ya que emana del contrato de seguro.

- **Límite de amparo asegurado bajo la póliza objeto del llamamiento en garantía. Suma asegurada:** en caso de que se establezca algún tipo de obligación en cabeza de la compañía es importante aclarar que la aseguradora solo responde hasta concurrencia de la suma asegurada.

- **Seguros del Estado no está obligada a pagar ningún tipo de indemnización correspondiente a los gastos de la motocicleta de placas DPG 39D ya que la misma no era de propiedad del señor Oscar Mauricio Tapasco López:** indicó que está confesado por la parte demandante que la moto no era propiedad del señor Tapasco López; por lo tanto, no puede pretender una indemnización por daño emergente sobre un bien que no es suyo.

- **Ausencia de cobertura de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento RCE contratos nro. 42-40-101014296 en cuanto a los daños extra patrimoniales solicitados en la demanda:** en caso de demostrarse dentro del proceso que la empresa Aguas de Manizales actuó con culpa grave o dolo, se tendría que dar aplicación a las exclusiones establecidas en el contrato de seguro.

- **Aplicación del deducible pactado en la póliza:** en la póliza se pactó un deducible del 15% del valor de la pérdida, mínimo 1 SMLMV, por lo que, en el hipotético caso de una condena, a dicha suma de dinero deberá descontársele el deducible pactado.

- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

LEONARDO HERRERA BARRERO Y DORA CARMENZA GIRALDO ORJUELA: en relación con los hechos afirmaron de algunos que no lo son; de otros que no les constan; de otros que son verdaderos y de otros que no lo son.

En relación con las pretensiones se opusieron a su prosperidad, y solicitaron que se absuelva a los demandados de toda responsabilidad.

Propusieron las excepciones de:

- **Hecho de un tercero:** resaltó que el accidente se produjo por la imprudencia de las codemandadas, traducida en el hecho de efectuar una obra pública sin las medidas de seguridad requeridas y suficientes para el tráfico del sector, cuyo mantenimiento, conservación y remoción de escombros y material de obra eran responsabilidad de Aguas de Manizales y del contratista.

- **Inexistencia de los daños alegados por los demandantes:** todas las afirmaciones que se hagan en la demanda deben tener el soporte correspondiente; por lo tanto, en este caso debe probarse el daño, su cuantía, la culpa, el responsable y el nexo causal.

- **Inexistencia de prueba de la responsabilidad de los demandados:** en la demanda los accionantes se limitan a relatar de manera somera el evento que da lugar a la reclamación, pero no acreditan en debida forma el vínculo de responsabilidad entre la conducta desplegada por el demandado con el perjuicio sufrido por los actores.

- **Innominada:** pidió se declare probada cualquier otra excepción que resulte probada.

MUNICIPIO DE MANIZALES: comenzó por oponerse a la prosperidad de las súplicas de la demanda. Y sobre los hechos adujo que algunos deberían probarse; de otros que se acogía a las pruebas aportadas; de otros que eran ciertos; y de otros que no eran verdaderos.

Propuso las excepciones de:

- **Culpa exclusiva de la víctima:** aseguró que fue el demandante quien causó el choque al transitar sin precaución; y es exclusiva porque solo en él recae la imprudencia pues de haber observado las señales hubiera tenido tiempo de frenar cómodamente.

- **Culpa de un tercero – Leonardo Herrera Barrero-:** según la prueba documental adjuntada, la hipótesis del accidente que se registró por parte de la autoridad de tránsito fue “transitar sin precaución”.

- **Culpa de un tercero – Aguas de Manizales-:** la obra pública que se adelantaba en el lugar de los hechos no era una reposición de pavimento o un arreglo de la vía sino una obra de

acueducto/alcantarillado, cuya responsabilidad era de Aguas de Manizales por acción u omisión de los contratistas de la obra.

- **Concurrencia de culpas:** se plantea al darle credibilidad a los informes de tránsito y a la manifestación de que en la vía se encontraba arena y polvo pero que había buena señalización, por lo que se deduce la imprudencia del demandante y el conductor del otro vehículo.

AGUAS DE MANIZALES: solicitó se nieguen pretensiones ya que la empresa no ha dado lugar a los perjuicios alegados por la parte accionante.

Se pronunció sobre los hechos, e hizo énfasis en que la parte actora tiene la carga de la prueba; pero que era necesario aclarar que el accidente acaecido el 17 de junio de 2014, y los presuntos perjuicios causados a los actores, no fueron causa de la acción u omisión de Aguas de Manizales, sino al conductor del vehículo particular.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por relación contractual y obligaciones exclusivas del contratista:** explicó que Aguas de Manizales suscribió un contrato con el Consorcio Aguas de Manizales 123 para la construcción del interceptor sur 16- tramo Cámbulos conexiones comunas 9 y 10, y según el clausulado debían hacerse cargo del tema de la señalización y seguridad en la vía para que no se presentara ningún riesgo para la comunidad, colocar señales preventivas y de seguridad y limpiar el sitio de escombros; y añadió además que se otorgó una póliza de responsabilidad civil extracontractual para indemnizar los perjuicios patrimoniales que causara el asegurado a la salud o bienes de terceros, la cual a la fecha de la ocurrencia del siniestro estaba vigente.

- **El contrato es ley para las partes y el principio de autonomía de la voluntad:** el contrato suscrito por Aguas de Manizales y el Consorcio Aguas de Manizales 123 se rige por el derecho privado y está amparado dentro del principio de autonomía de la voluntad, y en tal sentido el oferente conocía los términos de referencia y las condiciones de la invitación, oferta que fue aceptada por el consorcio, por lo tanto, conocía las obligaciones del contrato, el cual no adolece de vicios ni nulidades.

- **Hecho exclusivo de la víctima:** como se evidencia del registro fotográfico y el informe realizado por el representante legal del Consorcio Aguas de Manizales 123, las obras que

se estaban ejecutando en el sector no eran sobre la vía sino en un lote contiguo; sin embargo, estaban plenamente señalizadas de acuerdo al plan de manejo de tránsito, lo que significa que el señor Tapasco López hizo caso omiso de estas, conduciendo sin precaución, sin las medidas de seguridad del caso y de manera imprudente, lo cual tiene respaldo en el informe de tránsito, aunado a que según los testigos tanto la moto como el vehículo iban a alta velocidad.

- **Hecho de un tercero:** en el informe policial se evidencia que tanto la moto como el automóvil al momento del percance se encontraban transitando por un mismo tramo de la vía pese a que los dos carriles estaban habilitados, ya que las obras no se estaban ejecutando en la vía, sumado a la alta velocidad, lo que permite inferir que se configura el hecho de un tercero, quien con su actuar imprudente causó el accidente.

- **Inexistencia de nexo causal:** el accidente que se presentó el día 17 de junio de 2014 no fue causa de Aguas de Manizales, ya que se encuentra probado que la obra estaba siendo ejecutada por un tercero, que la vía estaba debidamente señalizada y que las posibles causas del percance se atribuyeron al transitar sin precaución, es decir, sin cuidado y respeto de las señales de la vía, y con exceso de velocidad.

- **Falta de legitimación en causa por activa:** según los hechos de la demanda, el certificado de tradición de la moto y el croquis del accidente, para el momento del percance la moto era propiedad de la señora Gloria Matilde López Ramírez, quien sería la persona legitimada para efectuar reclamación de los perjuicios materiales.

Consorcio Aguas de Manizales -123 (Gildardo Ocampo Montes y Luis Guillermo Cárdenas Sandoval): contestaron la demanda en similares términos, y en principio se opusieron a la prosperidad de las pretensiones al no encontrar fundamentos para acceder a ellas.

En relación con los hechos indicaron que algunos eran ciertos de acuerdo con las pruebas aportadas; que otros no les constan y por lo tanto debían probarse.

Propusieron las excepciones de:

- **Cumplimiento por parte del Consorcio 123 y, por lo tanto, de sus integrantes, de las obligaciones derivadas del contrato de obra:** adujeron que Aguas de Manizales realiza diferentes contrataciones para cumplir su objeto social, y en tal sentido llevó a cabo proceso de selección en el cual resultó adjudicatario el Consorcio Aguas de Manizales 123

para desarrollar la obra de construcción del interceptor sur 16 tramo Cámbulos conexiones comunas 9 y 10, lo que denota que el consorcio estaría siguiendo expresa instrucción de la entidad contratante, dado que ella sigue siendo la titular de la actividad.

Destacó que el contrato se ejecutó a entera satisfacción del contratante, quien siempre supervisó la actividad y avaló el cumplimiento de las obligaciones dentro de las cuales se encontraba la señalización de los lugares contiguos a la obra; sumado a que también se contaba con la aprobación de la autoridad de tránsito en el plan de manejo vial que se llevó a cabo para el desarrollo de las labores, que además fue validado al momento del accidente y que la autoridad declaró de manera posterior haber sido cumplido.

- **Inexistencia de los elementos de la responsabilidad, ausencia de causalidad, hecho de la víctima y hecho de un tercero:** aseguró que en este caso se está en presencia de un daño que se ocasionó como consecuencia de un accidente de tránsito, pero ese daño no es atribuible a la administración o al consorcio pues no intervinieron en los hechos que finalmente dieron lugar al percance, toda vez que de los documentos aportados al proceso se advierte que la causa adecuada de la producción del daño deviene de la misma víctima y del conductor del vehículo de placas NAG 584, ya que el informe de tránsito consignó el accidente con el código 157, que significa que ocurrió por otras causas no contempladas dentro de las que se encuentran codificadas, describiéndola como transitar sin precaución, sin contemplar otra razón del percance, ni siquiera una referida al estado de la vía, lo cual se corrobora con el informe que acerca del accidente presentó la profesional de salud ocupacional con un testigo presencial del choque.

Destacaron, además, que el señor Tapasco es un recurrente infractor, lo que denota su poca precaución al conducir, incluso en fecha posterior al 17 de junio de 2014 tuvo otro accidente en el cual se lesionó el mismo miembro inferior, por lo que resulta cuestionable dentro del proceso cuál de las dos lesiones es la que produjo las consecuencias que aduce en la demanda.

Aunado a esto, manifestó que si alguien más concurrió al accidente fue el señor Herrera Barrero, quien es identificado dentro del informe del guarda con el mismo código, transitar sin precaución, lo cual se confirma con la manifestación realizada en el informe de la profesional en salud ocupacional.

- **Ausencia de fundamento de imputación:** la ejecución y el desarrollo del contrato por parte del consorcio fue llevado a cabo en condiciones normales, no se presentó incumplimiento

de ningún tipo, la vía estaba siendo intervenida y el sitio contiguo donde se presentó el accidente estaba perfectamente señalizada. Y destacaron que, en relación con la creación de un riesgo excepcional, en este caso el daño sufrido por la víctima no se genera por la realización de una actividad riesgosa que estaba siendo desplegada por el Estado sino por dos particulares, lo que desdibuja completamente este título de imputación.

- **Cobro excesivo de perjuicios materiales, morales y daño a la salud:** propone esta excepción como subsidiaria, en caso de llegar a considerarse alguna responsabilidad por parte de los integrantes del consorcio.

Señaló que en las pretensiones de la demanda se habla de reconocer perjuicios materiales y entre ellos se incluye un comparendo por la multa impuesta en razón a la responsabilidad en la causación del accidente, lo cual es a todas luces descabellado pues pretende se le reconozca como perjuicio material una consecuencia que no deviene directamente del accidente ocurrido. Y de otro lado, advirtió en relación con los perjuicios morales, que no se evidencia que la aflicción y la congoja estén presentes en este caso, con lo cual la estimación de estos se torna exagerada, más cuando está probado que el demandante siguió su vida sin ningún tipo de alteración.

En cuanto a la reparación del daño a la salud, hizo hincapié en que el monto reclamado es exagerado, pues como se indicó el actor continuó su vida en condiciones normales.

- **Genérica de declaración oficiosa:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

LLAMADA EN GARANTÍA

Seguros Generales Suramericana: en relación con los hechos de la demanda indicó de su gran mayoría que no le constaban, y se opuso a la prosperidad de las pretensiones ya que a su juicio no es posible endilgar responsabilidad a Aguas de Manizales por una falla en el servicio.

Propuso en relación con la demanda las excepciones de:

- **Inexistencia de responsabilidad en la producción del daño a cargo de Aguas de Manizales:** aseveró que del planteamiento de la demanda no se observa la reunión de los presupuestos dispuestos para atribuir responsabilidad a la empresa de servicios públicos, sin que sea

suficiente para la parte demandante mencionar las supuestas fallas en las que incurrió, ya que estas deben ser probadas.

- **Rompimiento del nexo causal/ hecho exclusivo de la víctima:** sostuvo que en caso de probarse que el hecho efectivamente ocurrió, se evidencia la configuración de un hecho o culpa exclusiva de la víctima por cuanto al momento del evento no tomó las precauciones debidas, esto es, conducir con la velocidad adecuada y acatar las señales informativas y reglamentarias que advertían que se adelantaban obras en dicho sector, lo que denota que el hecho se produjo por culpa exclusiva de la víctima.

- **Rompimiento del nexo causal - hecho exclusivo de un tercero:** manifestó que con la posibilidad de haberse presentado una concurrencia de causas generadoras del daño alegado por haber participación exclusiva o no de la víctima, pero también de un tercero propone esta excepción, ya que se advierte un actuar imprudente del señor Herrera Barrero, conductor del vehículo, por manejar con exceso de velocidad y no respetar las señales informativas ni de tránsito que se encontraban en la vía.

- **Rompimiento del nexo causal - causa extraña, fuerza mayor o caso fortuito:** si el actuar de Aguas de Manizales no ha sido culposos el despacho debe considerar que no existe una causalidad jurídica como para imputarle el daño a la entidad demandada, sino por el contrario, se debe a un evento exterior completamente ajeno a la voluntad de esta.

- **Inexistencia de perjuicios materiales:** dentro del expediente no reposan elementos probatorios que den cuenta de los perjuicios materiales y su magnitud.

- **Excesiva cuantificación de los perjuicios morales:** las sumas que reclama la parte actora no guardan consonancia con la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

- **Inexistencia y excesiva cuantificación del denominado daño a la salud:** en el presente caso no hay prueba alguna del porcentaje de pérdida de capacidad laboral que supuestamente le generó al accionante las lesiones sufridas en el aludido accidente de tránsito, lo que no permitirá el cálculo de indemnización de dicho perjuicio.

- **Reducción del monto indemnizable (excepción subsidiaria):** en caso de considerarse que hubo alguna participación de Aguas de Manizales en la producción del daño, al tenor del artículo 140 del CPACA, deberá determinarse que efectivamente existió un alto grado de influencia de parte de la propia víctima en la producción del daño, lo cual tendría repercusión en la reducción del monto indemnizable.

- **Necesidad de establecer el grado de participación de cada codemandado en la producción del daño:** en caso de encontrarse reunidos los elementos propios de la responsabilidad se debe determinar en la sentencia el grado de participación de cada uno de los demandados, conforme el artículo 140 del CPACA.

Sobre el llamamiento en garantía indicó que es cierto que entre Aguas de Manizales y la compañía se celebró un contrato de seguro de responsabilidad civil, nro. 20262, el cual no solo tiene una cobertura de acuerdo a las condiciones pactadas en el contrato, sino que además se pruebe la responsabilidad del asegurado, situación no acreditada.

Propuso las excepciones de:

- **Cobertura a cargo de Seguros Generales Suramericana supeditada a las condiciones del contrato de seguro:** el contrato de seguro está supeditado a las condiciones plasmadas en la póliza y anexos vigentes.

- **Cualquier otra exclusión que resulte probada dentro del plenario:** en caso de consolidarse fácticamente cualquier otra exclusión de las contempladas en el condicionado que hace parte de la póliza, deberá declararse probada.

- **Límite de cobertura y deducible pactado:** de condenarse a la asegurada debe considerarse que la obligación de esta se limita al monto de la suma asegurada definida en la caratula de la póliza para cada uno de los amparos y sus respectivos deducibles.

- **Disponibilidad en cobertura del valor asegurado:** en el evento de una condena debe tenerse en cuenta el límite asegurado, de tal manera que, si para el momento de hacerse exigible el pago de la indemnización la entidad ya ha pagado una suma equivalente al límite por vigencia pactada, no habrá cobertura para el presente asunto.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia dictada el 27 de mayo de 2020, accedió parcialmente a pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos determinar si a las entidades demandadas les asistía responsabilidad en el accidente de tránsito sufrido por el señor Tapasco López el día 17 de junio de 2014, en el sector de la carrera 26 con calle 56 detrás del Colegio Inem Baldomero Sanín Cano y como consecuencia de ello se encontraban en la obligación de indemnizar los perjuicios

reclamados por los demandantes. Si el sitio del accidente sufrido por el señor Tapasco López el día 17 de junio de 2014 coincide con el lugar donde se adelantaban obras que realizaba Aguas de Manizales, por intermedio del Consorcio Aguas de Manizales 123. Si el municipio de Manizales tenía la obligación de supervisión frente a las obras que realizaba Aguas de Manizales, por intermedio del Consorcio Aguas de Manizales 123; en caso afirmativo, si el ente territorial omitió esa obligación. Si el Consorcio Aguas de Manizales 123 tomó las medidas de seguridad requeridas y suficientes para el tránsito vehicular por el sector carrera 26 con calle 56, donde se realizaban unas obras de remodelación de la vía. Si Aguas de Manizales cumplió con el deber de vigilar la ejecución de las obras. Si se presentó causal de exclusión de responsabilidad. Si los perjuicios se causaron y en qué cuantía. Y si la llamada en garantía debía concurrir al pago de la condena.

En primer momento relacionó el material probatorio, y seguidamente los presupuestos de la responsabilidad del Estado, para aterrizar al caso concreto y determinar que el mismo debía ser analizado bajo el título de falla del servicio.

Procedió a revisar el elemento daño, el cual encontró acreditado y relacionado con la deformidad física y la perturbación funcional de tipo permanente del señor Tapasco López, según informe rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

En cuanto a la falla del servicio, explicó que estaba acreditada la ocurrencia del accidente de tránsito entre un automóvil y una motocicleta en un lugar donde se llevaban a cabo unas obras civiles a cargo del Consorcio Aguas de Manizales 123, en virtud del contrato nro. 2013-0219 suscrito con Aguas de Manizales para la construcción de interceptor sur-16 tramo Cámbulos conexiones comunas 9 y 10.

En atención a la teoría del caso de la parte demandante, se adentró a revisar cuáles señales de tránsito debían ser ubicadas en calles y carreteras afectadas por una obra pública, e indicó que la secretaría de Tránsito aprobó el plan de manejo nro. PMT.091-14 que imponía al consorcio Aguas de Manizales 123, entre otras obligaciones, el acatamiento del capítulo IV Manual de Señalización Vial, garantizando la señalización permanente en todo momento en la ejecución contractual. Y que la Resolución nro. 0559 del 21 de abril de 2014, que otorgó la licencia de intervención y ocupación del espacio público, ordenó la colocación de señales de fácil visualización y percepción que advirtieran peligro.

Que el informe de accidente de tránsito daba cuenta que en el sitio donde se presentó el suceso existía señalización con colombinas y avisos, y en el acta del comité de obra en horas

de la mañana se hizo énfasis en el hecho de la instalación de cintas y conos en el área de aliviadero del Inem; además se constató que se cumplía con la instalación de señalización preventiva e informativa requerida en el plan de manejo de tránsito. Y las declaraciones rendidas por la supervisora de Aguas de Manizales para los contratos de obra e interventoría, y de Gildardo Ocampo Montes, permiten concluir que durante la ejecución del contrato siempre estuvo instalada la señalización correspondiente.

Frente a la existencia de obstáculos en la vía, manifestó que en el comité de obra realizado el 17 de junio de 2014 se pactó como compromiso la apertura total de la vía en el sector, y para la reunión siguiente, 18 de junio, se constató el cumplimiento de la actividad, al estar probado que la apertura se dio el día 17. Aunado a que las pruebas permitían verificar que las obras no se estaban llevando a cabo en la vía sino en la zona contigua, área que estaba debidamente delimitada, que permitía además que los vehículos se desplazaran haciendo uso de los dos carriles.

Que, por lo expuesto, no se acreditaba la falla en el servicio predicada por la parte actora respecto a Aguas de Manizales, el Consorcio Aguas de Manizales 123 y el municipio de Manizales, en vista de que quedó demostrado el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales derivadas de las obras ejecutadas en la vía que conduce del Colegio San Luis a la Universidad de Caldas, lo cual se podía deducir porque el consorcio observó todos sus deberes de señalización y seguridad para los actores viales previstos en el Manual de Señalización Vial y el plan de manejo de tránsito; Aguas de Manizales exigió el cumplimiento de las normas de seguridad vial y observó las obligaciones de supervisión, como se desprende de las actas de comité de obra; y el municipio de Manizales controló la autorización dada por el plan de manejo de tránsito con las visitas efectuadas, según lo informó el contratista Gildardo Ocampo Montes.

De acuerdo a lo anterior, la *a quo* estimó que la causa de la colisión ocurrida el día 17 de junio de 2014 no fue originada en la falla del servicio del Consorcio Aguas de Manizales 123, Aguas de Manizales ni el municipio de Manizales. Tampoco halló responsable a Seguros del Estado S.A., que fue quien prestó la garantía a las partes del contrato.

Se adentró entonces a estudiar la responsabilidad de Leonardo Herrera Barrero y Dora Carmenza Giraldo Orjuela, y de conformidad con el material probatorio, consideró que la causa eficiente del accidente presentado fue el actuar poco precavido de ambos conductores, al no comportarse con la cautela suficiente en el área donde se llevaba a cabo

la obra, según se argumenta en el informe nro. 46807 y en el informe ejecutivo por lesiones personales.

En relación con la señora Dora Carmenza Giraldo Orjuela, como dueña del automóvil, adujo que, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad recae en quien conduce el vehículo, por lo tanto, absolvió a esta persona.

En cuanto al nexo causal, precisó que el actuar sin precaución del señor Leonardo Herrera Barrero fue concausa de la colisión ocurrida el día 17 de junio de 2014 con la motocicleta que conducía el señor Oscar Mauricio Tapasco López, y que le originó la deformidad y la perturbación funcional permanente; pero que también quedó acreditado que el señor Tapasco López conducía la moto sin la cautela necesaria, por lo que cualquier perjuicio reconocido ordenó que lo fuera en el 50% de lo peticionado, toda vez que sus actos también influyeron en la producción del daño.

En cuanto a los perjuicios materiales, tras revisar las pruebas que daban cuenta de los mismos, resolvió que solo era procedente reconocer la suma de \$25.865.

Sobre los perjuicios inmateriales, luego de reseñar la providencia del Consejo de Estado que unificó los valores a reconocer por estos conceptos, explicó que el perjuicio moral y de daño a la salud dependían de la calificación de la lesión, lo cual no había sido probado en el proceso, por lo que la determinación del monto indemnizatorio solo podría establecerse a través de un incidente de liquidación que se llevaría a cabo una vez quedara en firme la sentencia; valoración que realizaría la Junta Regional de Calificación de Invalidez únicamente en relación con la lesión padecida a raíz del accidente de tránsito acaecido el 17 de junio de 2014, ya que cualquier otra posterior no podía ser tenida en cuenta; sumado a que el valor reconocido debía ser reducido en un 50%, por la concurrencia de culpas que se halló probada.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: NEGAR la tacha formulada al testimonio de Nicolás José Giraldo Bedoya, por lo expuesto en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones denominadas "falta de legitimación en la causa por relación contractual y obligaciones exclusivas del contratista" y "el contrato es ley para las partes y el principio de autonomía de la voluntad", formuladas por Aguas de Manizales S.A. E.S.P., por lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la defensa de Leonardo Herrera Barrero y-Dora Carmenza-Giraldo Orjuela, de conformidad con las consideraciones de este fallo.

CUARTO: DECLARAR probadas las excepciones de "ausencia de responsabilidad del Consorcio Aguas Manizales — 123, de Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y de Seguros del Estado S.A. Ruptura del nexo causal" formulada por Seguros del Estado S.A.; "concurrency de culpas" formulada por el Municipio de Manizales; "hecho exclusivo de la víctima" y "hecho de un tercero" formuladas por Aguas de Manizales S.A. E.S.P., según la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR civilmente responsable al señor Leonardo Herrera Barrera, identificado con la cédula de ciudadanía n.º. 10.281.561, por el daño ocasionado a los demandantes, derivado del accidente de tránsito ocurrido el 17 de junio de 2014, según las consideraciones de este fallo.

SEXTO: CONDENAR al señor Leonardo Herrera Barrera, identificado con la cédula de ciudadanía n.º. 10.281.561, a pagar al señor Oscar Mauricio Tapasco López la suma de VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$25.865), por concepto de perjuicios materiales.

SÉPTIMO: CONDENAR al señor Leonardo Herrera Barrera, identificado con la cédula de ciudadanía n.º. 10.281.561, en abstracto para que en trámite incidental se tase los perjuicios morales ocasionados a Oscar Mauricio Tapasco López, Gloria Matilde López Ramírez, Juan David Tapasco López y Diego Alejandro Tapasco López, de conformidad con las pautas dispuestas en la parte considerativa de la sentencia.

OCTAVO: CONDENAR al señor Leonardo Herrera Barrera, identificado con la cédula de ciudadanía n.º. 10.281.561, en abstracto para que en trámite incidental se tase el daño a la salud ocasionado a Oscar Mauricio Tapasco López, de conformidad con las pautas dispuestas en la parte considerativa de la sentencia.

NOVENO: cualquier valor que sea reconocido a los demandantes debe ser reducido en un 50%, de conformidad con las pautas dispuestas en la parte considerativa de la sentencia.

DÉCIMO: SIN COSTAS, por lo brevemente expuesto.

UNDÉCIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda

RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante: interpuso recurso de apelación según memorial que reposa en el archivo #07 del expediente de primera instancia.

Adujo que el recurso se divide en dos acápites; el primero, referente a la responsabilidad administrativa del municipio de Manizales, Aguas de Manizales y el Consorcio; y la segunda, atinente a la concurrencia de culpas y la solidaridad que existe entre el conductor del vehículo y la propietaria del automotor.

Indicó que el daño efectivamente quedó acreditado en el proceso con las pruebas obrantes en el cartulario.

En cuanto a la imputación, precisó que no comparte el análisis realizado en la sentencia en el sentido de exonerar de responsabilidad a las entidades demandadas y al consorcio, ya que el informe policial del accidente de tránsito donde resultó herido el demandante indicó que la causa de este está atribuida al conductor del vehículo, al transitar sin precaución; y que se materializó porque la vía se encontraba en construcción y habían obreros los cuales estaban trabajando en la remodelación de un tramo, sin prever que la misma se encontraba con arena y polvo convirtiéndose en un peligro para los que circulaban por el lugar por su fácil deslizamiento.

Sostuvo que a su juicio este informe demuestra sin lugar a dudas que el señor Herrera Barrero transitaba sin precaución por la vía; que en el sector donde ocurrió el accidente se desarrollaba una obra pública; y que la vía ofrecía condiciones peligrosas para los usuarios; conclusiones que fueron pasadas por alto en la sentencia, especialmente porque a su juicio su acudió a un título de imputación que no correspondía para resolver el asunto, en la medida que la jurisprudencia ha señalado que en estos casos se trata de una actividad peligrosa, por lo que solo debe acreditarse el daño y la relación de causalidad al demostrar la obra pública y los factores que acrecentaban el peligro, como son la existencia de polvo, arena y obstáculos en la vía, evidenciándose que la estrategia de defensa de las entidades demandadas y el contratista se centró en demostrar la ausencia de culpa y no una causal directa para exonerarse de responsabilidad.

Que el testimonio del ingeniero Nicolás José Giraldo Bedoya da cuenta que efectivamente la vía no reunía las condiciones de seguridad óptimas para el tránsito seguro de los usuarios, lo que denota que efectivamente los responsables de la obra incumplieron su deber objetivo de garantizar la circulación segura por el sector que estaba siendo intervenido, lo que se complementa con lo establecido en el manual para el manejo de tránsito que estableció la obligación de no tener escombros en la vía, pero quedó

acreditado que el montículo de tierra invadía parte de la calzada, lo que ocasionó, además de las otras causas, un riesgo adicional para el señor Tapasco López.

Destacó que no se valoraron las fotografías, el informe de accidente de tránsito y el plano topográfico que realizó la Policía Judicial con funciones de tránsito, los cuales se convierten en insumos probatorios para determinar la responsabilidad de las entidades demandadas.

Citó jurisprudencia sobre el título de imputación al que debe acudir en este caso.

Y en cuanto a la responsabilidad civil de Leonardo Herrera Barrero y Dora Carmenza Giraldo Orjuela adujo que existe una solidaridad entre propietario y conductor del vehículo basada en el desarrollo normativo y jurisprudencial en estos casos, tal como lo determina el Código Civil, en especial el artículo 2341, que establece la cláusula general de responsabilidad extracontractual entre particulares; normas que permiten llamar a responder patrimonial y solidariamente a lo demandados frente a los perjuicios causados con la comisión del hecho punible, en su calidad del causante del siniestro bajo la órbita jurídica del guardián de la actividad, razón por la cual los efectos de la sentencia se tienen que extender también a la propietaria del vehículo, Dora Carmenza Giraldo Orjuela.

Frente a la concurrencia de culpas, resaltó que esta circunstancia tenía que ser probada en su integridad por la parte que la alega, y en este caso por vía de las excepciones planteadas, pero que la labor probatoria desplegada en este caso es insuficiente para doblegar las presunciones de responsabilidad que acompañan el ejercicio de la actividad peligrosa de la conducción en cabeza del hoy demandado, razón por la cual solicitó que no se ratifique la postura adoptada por la falladora instancia ya que la carga de la prueba estaba en cabeza de la parte demandada y esta se limitó únicamente a demostrar la diligencia o ausencia de responsabilidad y no las causales de exoneración de responsabilidad propiamente dichas, como para este caso es la culpa determinante de la víctima.

Finalizó indicando que en este caso se dan los presupuestos para que se establezca la responsabilidad solidaria de todos los demandados, se reconozca íntegramente la existencia del daño y la consecuente indemnización de perjuicios. Por lo que pidió revocar la sentencia en el apartado correspondiente a exonerar de responsabilidad a algunos demandados y lo relacionado con el reconocimiento de perjuicios con una reducción por una presunta concurrencia de culpas.

Leonardo Herrera Barrero y Dora Carmenza Giraldo Orjuela: presentaron recurso de apelación según memorial que reposan en los archivos #9,10 y 11 del expediente de primera instancia.

Destacaron que el material probatorio no fue analizado de manera correcta, pues de él se desprende claramente que la causa que originó el accidente es atribuible a Aguas de Manizales y el Consorcio Aguas de Manizales 123, al efectuar una obra sin adoptar las medidas de seguridad requeridas y suficientes para la circulación de los vehículos por el sector, especialmente porque se requería la presencia de controladores de tránsito las 24 horas del día.

Concluyó que en este caso queda acreditada la excepción de hecho de un tercero planteada por estos demandados en la contestación del libelo petitorio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: insistió en los argumentos plasmados en el recurso de apelación, especialmente al título de imputación bajo el cual considera debe resolverse el caso, régimen objetivo, y a que en este caso las pruebas son claras en establecer que las causas del accidente están relacionadas con la intervención de la vía, las condiciones de peligro que ofrecía por encontrarse con arena y polvo, y que el señor Herrera Barrero transitaba sin precaución.

Concluyó afirmando que en este caso se dan los presupuestos para que se establezca la responsabilidad solidaria de todos los demandados, se reconozca íntegramente la existencia del daño y la consecuente indemnización de perjuicios, por lo que solicitó se revoque la sentencia en el apartado correspondiente a exonerar de responsabilidad a algunos demandados y lo relacionado con el reconocimiento de perjuicios con una reducción por una presunta concurrencia de culpas.

Aguas de Manizales: se ratificó en las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, las cuales procedió a explicar nuevamente; y añadió que el material probatorio demuestra que la empresa no tiene responsabilidad en el accidente ocurrido el 17 de junio de 2014 ni en los perjuicios reclamados, ya que las causas del choque fueron la falta de cuidado, la impericia, el irrespeto de las señales en la vía y el exceso de velocidad de ambos conductores.

Consortio Aguas de Manizales 123: insistió en que la causa del percance que se presentó el 17 de junio de 2014 fue la imprudencia de los conductores de los vehículos involucrados, sin que sea imputable al consorcio quien cumplió a cabalidad con las obligaciones derivadas del contrato de obra, entre ellas, la relativa a la señalización, tal como lo demuestran las pruebas que reposan en el expediente.

Seguros del Estado: resaltó que el juez realizó un análisis pormenorizado de la normatividad y las pruebas recaudas, por lo que su decisión se encuentra debidamente fundamentada y en tal sentido debe ser confirmada en lo que tiene que ver con Aguas de Manizales, el Consorcio Aguas de Manizales 123, el municipio de Manizales y la aseguradora.

Leonardo Herrera Barrero y Dora Carmenza Giraldo Orjuela: adujeron que el juez no analizó en debida forma el caudal probatorio pues de él se desprende que la causa que originó el accidente fue la imprudencia atribuible a las entidades demandadas, Aguas de Manizales y Consorcio Aguas de Manizales, al efectuar una intervención en una obra sin las medidas de seguridad requeridas y suficientes para el tráfico de vehículos.

Suramericana: pidió confirmar la sentencia de primera instancia en lo que se refiere a la negativa de pretensiones de la demanda, especialmente en lo concerniente a Aguas de Manizales como quiera que no se encuentran reunidos los elementos fácticos y jurídicos que permitan variar la decisión ya que el fallo estuvo ajustado a derecho, y porque los argumentos plasmados en los recursos de apelación no encuentran respaldo probatorio.

MINISTERIO PÚBLICO.

No presentó concepto de fondo.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Cuestión previa

En primer momento procede la Sala a decidir sobre la manifestación de impedimento de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes para conocer del presente asunto por considerarse

en curso de la causal de impedimento del numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso.

En este sentido se tiene que la Magistrada Patricia Varela Cifuentes considera que al haber tenido conocimiento previo del asunto bajo estudio se encuentra incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso.

En este orden de ideas se tiene que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala en su artículo 130 que serán causales de recusación e impedimento para los consejeros, magistrados y jueces administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, es decir el artículo 141 del Código General del Proceso por ser esta la norma vigente.

El estatuto procedimental civil reza en el numeral 9 del artículo 141, invocado por el Magistrado Hernández Gómez:

Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes:

2. Haber conocido el proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.

(...)”

En orden a lo anterior, considera este Despacho que los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien, en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas, puede sentirse condicionado en su fuero interno.

En el caso de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes, considera la Sala, que su manifestación de impedimento se ajustan al contenido del numeral 2 transcrito, lo cual constituye impedimento para conocer del proceso, puesto que fue la Juez que profirió la sentencia de primera instancia, lo que compromete sin lugar a dudas su fuero interno, por lo que a juicio de los suscritos y sin que sea menester efectuar consideraciones adicionales, es suficiente para aceptar el óbice manifestado por la referida Magistrada.

Problemas jurídicos

De acuerdo a los argumentos planteados en el recurso de apelación, considera la Sala que problemas jurídicos principales girarán en torno a determinar:

1. ¿Cuál es el título de imputación bajo el cual debe realizarse el estudio de la responsabilidad que se endilga a las entidades demandadas?

2. ¿El daño padecido por el señor Tapasco López es imputable a Aguas de Manizales S.A E.S.P, el municipio de Manizales y/o el Consorcio Aguas de Manizales 123?

De llegarse a la conclusión que a ninguna de las anteriores entidades accionadas les es imputable el daño padecido por los demandantes se deberá analizar:

3. ¿Se presentó una concurrencia de culpas entre el señor Oscar Mauricio Tapasco López y el señor Leonardo Herrera Barrero?

4. ¿Existe una responsabilidad solidaria entre la señora Dora Carmenza Giraldo Orjuela, dueña del vehículo que se vio involucrado en el choque con la moto que conducía el señor Tapasco López, y el señor Leonardo Herrera Barrero, conductor del automóvil?

En caso que se encuentre acreditada responsabilidad de Aguas de Manizales se deberá analizar:

5. ¿Tiene derecho Aguas de Manizales S.A E.S.P. a que Seguros Generales Suramericana con soporte en la póliza nro. 20262 reembolse el pago que esta deba hacer como resultado de la sentencia?

Lo probado

- Los Registros Civiles de Oscar Mauricio, Diego Alejandro y Juan David Tapasco López dan cuenta que son hijos de Gloria Matilde López Ramírez.

- Entre Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y el Consorcio Aguas de Manizales 123 se celebró el contrato civil de obra nro. 20130219 el 2 de diciembre de 2013, del cual se desprende lo siguiente:

(...) CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga a favor de AGUAS DE MANIZALES a realizar las (s) siguientes obra (s): CONSTRUCCIÓN INTERCEPTOR SUR 16 TRAMO CAMBULOS CONEXIONES COMUNAS 9 Y 10, siguiendo los lineamientos establecidos en el diseño y en los planos, así como en las Especificaciones Técnicas para la Construcción de Acueductos y Alcantarillados implementadas por AGUAS DE

MANIZALES, que EL CONTRATISTA declara conocer, los términos de referencia de la invitación 123 de 2013 y la propuesta presentada por el CONTRATISTA que hacen parte del presente contrato. (...)

CLÁUSULA TERCERA: DURACIÓN: El plazo de ejecución del presente contrato es DESDE LA FECHA DE FIRMA DEL ACTA DE INICIO HASTA EL 20 DE JUNIO DE 2014. (...)

CLÁUSULA SÉPTIMA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES: 1. DEL CONTRATISTA: a) Efectuar la programación de actividades y velar por el fiel cumplimiento de las mismas. b) Realizar dichas actividades con el cuidado y diligencia necesarios, de manera que el objeto del contrato se cumpla en la forma y en el término previsto. [...] d) Coordinar con el personal que designe AGUAS DE MANIZALES, la ejecución del contrato en la medida que el cumplimiento de éste lo demande. (...) f) Permitir y facilitar la supervisión de desarrollo de las actividades del programa, en cualquier momento que lo estime conveniente AGUAS DE MANIZALES. (...) i) No interferir la Supervisión pactada en el contrato y prestar la colaboración que la misma requiera. (...) p) EL CONTRATISTA se obliga a colocar todas las señales preventivas y de seguridad que se requieran en la obra. (...) 2. DEL CONTRATANTE: (...) b) Supervigilar la programación y el desarrollo de la obra por medio de las personas que designe para tal efecto. (...)

CLÁUSULA OCTAVA: SUPERVISIÓN: La supervisión del presente contrato será ejercida por AGUAS DE MANIZALES, o por quien esta contrate. No obstante en este último caso, la Empresa hará una supervisión a través del Ingeniero de la SUBGERENCIA TÉCNICA (...).

- El acta de inicio del contrato obra nro. 2013-0219, da cuenta que esta se suscribió el 27 de diciembre de 2013.

- Resolución nro. 0559 del 21 de abril de 2014 expedida por la secretaría de Planeación del municipio de Manizales, mediante la cual se otorgó una licencia de intervención y ocupación del espacio público (suelo, subsuelo y aéreo) excavación resolvió:

*ARTÍCULO PRIMERO: Por ajuste a los requerimientos exigidos en el Decreto Municipal 102 de Abril 30 de 2007, se concede a la Empresa AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P. (...) quien formuló solicitud de Licencia de Intervención y Ocupación del Espacio Público a nivel del suelo, subsuelo y aéreo para realizar el mantenimiento a las redes de comunicaciones de AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P., para llevar a cabo la siguiente obra:
Nombre del Proyecto: Construcción Interceptor SUR 16.
Instalación de tubería PVC corrugada y perfilada en diámetros entre 10" y 68".*

Ubicación de las obras: Vía Conexión Colegio San Luis Canchas Inem. Calles 55 y 54 entre Carreras 25 y 25 A Barrio La Arboleda y Calle 55 A con Carrera 28 Barrio Belén.

ARTÍCULO TERCERO: Para la ejecución de las obras a que se refiere el Artículo Primero, la Empresa deberá cumplir con las siguientes especificaciones:

(...)

d) Colocar avisar o señales de fácil visualización y percepción durante el día y la noche, que adviertan el peligro potencial existente. Dichos avisos o señales de carácter transitorio deben permanecer colocados desde el inicio de la obra y durante el tipo en que subsista el peligro potencial para personas, animales o bienes. Lo anterior de conformidad con el 'Manual de Mitigación del Impacto Urbano', para las obras que afecten las vías y el espacio público, (Expedido por las Secretarías de Planeación, Obras Públicas y Tránsito del Municipio de Manizales). Las medidas de prevención adecuadas no eximen a la Empresa de la responsabilidad civil extracontractual que frente a terceros pueda tener.

(...)

ARTÍCULO SÉPTIMO: Reparar o pagar las indemnizaciones y perjuicios en caso de provocarlo; por lo tanto, el Municipio de Manizales quedará libre de toda responsabilidad que pueda sobrevenir ante personas naturales, jurídicas o terceros, acatará y asumirá todo reclamo derivado de la ejecución de los trabajos (...).

- Mediante Oficio nro. 0782-14 del 20 mayo de 2014 suscrito por el secretario de Tránsito y Transporte de la Alcaldía de Manizales se aprobó el Plan de Manejo de Tránsito nro. PMT 091-14 con el fin de mitigar el impacto que en la circulación pudiera ocasionar la construcción del interceptor sur 16- tramo Cámbulos conexiones comunas 9 y 10. En el anexo a este plan de manejo de tránsito se advierte que el mismo tiene una fecha de iniciación del 20 de mayo de 2014 al 22 de junio de ese mismo año.

- Póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada del cumplimiento nro. 42-40-101014296 expedida por Seguros del Estado S.A., vigente entre el 02 de diciembre de 2013 y el 20 de diciembre de 2014, cuyo asegurado – beneficiario es Aguas de Manizales S.A. E.S.P.

- Póliza de seguro de cumplimiento particular nro. 42-45-101020773 expedida por Seguros del Estado S.A, vigente entre el 2 de diciembre de 2013 y el 18 de agosto de 2019, cuyo tomador es Consorcio Aguas Manizales -123 y asegurado - beneficiario es Aguas de Manizales S.A E.S.P

- Adición nro. 1 y otrosí nro. 1 al contrato 2013-0219 celebrado entre Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y el Consorcio Aguas de Manizales 123, por el cual se adicionó el plazo hasta el 4 de agosto de 2014 y el valor inicial del contrato.
- Adición nro. 2 al contrato nro. 2013-0219 celebrado entre Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y el Consorcio Aguas de Manizales 123, por el cual se aumentó el plazo del contrato inicial hasta el 12 de agosto de 2014.
- Acta de recibo final que data del 12 de agosto de 2014, por la cual se dan por recibidas a satisfacción las obras realizadas en virtud del contrato 2013-0219.
- Acta de cumplimiento del contrato 2013-0219, en la cual las partes del mismo se declaran a paz y salvo por todo concepto, renunciaron a toda reclamación posterior, directa o indirecta, judicial o extrajudicial.
- Formato de evaluación del desempeño del contratista, Consorcio Aguas de Manizales 123, contrato nro. 2013-0219. Se calificaron con 5 puntos los *ítems* de organización y limpieza de obra, cumplimiento de cláusulas contractuales y disposición de escombros y residuos.
- Acta de Comité de obra del contrato realizada el 17 de junio de 2014, llevada a cabo entre las 7:30 y las 10:00 a.m., en el que participaron los contratistas de obra, supervisor externo, supervisor de Aguas de Manizales, residente de obra, director de supervisión externa, profesional en salud ocupacional, entre otros.
- Acta de Comité de obra del contrato realizada el 22 de junio de 2014, llevada a cabo entre las 7:30 a.m. y las 10:00 a.m., a la que asistieron los contratistas de obra, supervisor externo, supervisor de Aguas de Manizales, residente de obra, director de supervisión externa, profesional en salud ocupacional, entre otros.
- Informe policial de accidente de tránsito nro. 46807 ocurrido el 17 de junio de 2014 a las 13:10 horas en la carrera 26 con calle 56 del Barrio San Luis Gonzaga de Manizales. De este informe se extrae lo siguiente:
 - Clase del accidente: choque con vehículo.
 - Características del lugar: vía urbana, tramo de vía, condiciones climáticas normales.

- Características de la vía: curva, doble sentido, una calzada, dos carriles, en concreto, en reparación, con material suelto (polvo), con señal de tránsito de sentido vial y colombinas.
- Conductor 1: Oscar Mauricio Tapasco López, quien resultó herido.
- Vehículo 1: Motocicleta de placas DPG39D.
- Conductor 2: Leonardo Herrera Barrero.
- Vehículo 2: Automóvil de placas NAG584.
- Hipótesis del accidente de tránsito: transitar sin precaución.
- Observaciones: vehículo número 1 y número 2 transitan por un tramo de vía que se encuentra en reparación, existe señalización de colombinas y demás que indiquen la obra. Transitando sin la debida precaución y las medidas de seguridad del caso.

- Informe de investigación del accidente de tránsito ocurrido el 17 de junio de 2014 a la 1:10 minutos de la tarde realizado por la Coordinadora S&SO de la obra, Carmen Rosa Marciales Garzón.

- Informe de accidente de tránsito ocurrido el día 17 de junio de 2014, suscrito por Gildardo Ocampo Montes, representante legal del Consorcio Aguas de Manizales 123, que data del 27 de julio de 2016.

- Oficio nro. STT-1144 del 24 de abril de 2017 suscrito por el secretario de Tránsito y Transporte de la Alcaldía de Manizales, mediante el cual se rindió un informe en relación con el accidente de tránsito del 17 de junio de 2014 y las señales viales que existían en el lugar.

- Historia clínica de la atención prestada al señor Oscar Mauricio Tapasco López en la IPS Grupo Empresarial Restrepo S.A.S. el día 17 de junio de 2014, con una hora de ingreso de las 14:00, y hora de egreso las 15:30. Se consignó que era un paciente con cuadro clínico de evolución que llegaba al servicio con lesiones producidas por accidente de tránsito. Se diagnosticó una fractura de muñeca izquierda, y se programó para cirugía por una fractura de pilon tibial, la cual se realizó el día 2 de julio de 2014; operación en la cual se llevó a cabo una reducción abierta de la fractura con material de osteosíntesis.

- Informe ejecutivo –FPJ-3- del 17 de junio de 2014 rendido para la Fiscalía asignaciones por el delito de lesiones personales en accidente de tránsito.

- Informe pericial de clínica forense nro. DSCLD-DROCC-03250-2014 del 27 de junio de 2014 del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses al señor Tapasco López en el cual se consignó en el capítulo de examen médico legal lo siguiente:

*Aspecto general: Aparentes buenas condiciones generales de salud.
Descripción de hallazgos
Tórax: Equimosis de 8 x 1.5 cm de diámetro a nivel de cuarto espacio intercostal derecho con línea axilar anterior.*

Miembros superiores: Abrasión de 13 x 3.5 cm en tercio proximal y medio, cara posterior del antebrazo derecho.

- Miembros inferiores: Equimosis de 11 x 4 cm de diámetro, en tercio distal, cara interna de muslo izquierdo. Miembro inferior izquierdo inmovilizado con férula de yeso que va desde la rodilla hasta el tercio distal del pie.

ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES

Al examen presenta lesiones actuales consistentes con el relato de los hechos. Mecanismos traumáticos de lesión: Abrasivo; Contundente. Para poder determinar elemento causal, incapacidad médico legal y secuelas si las hubiere es necesario el envío de la historia clínica completa. Dicho trámite debe ser realizado a través de su despacho. Debe traer un nuevo oficio petitorio emitido por la autoridad a la que se haya asignado el caso. Debe regresar a nuevo reconocimiento con dicha documentación, favor anexar copia del actual reconocimiento.

- Informe pericial de clínica forense nro. DSCLD-DROCC-03612-2014 del 16 de julio de 2014 del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses realizado al demandante en que se indicó:

EXAMEN MEDICO LEGAL

Aspecto general: Ingresa en silla de ruedas

- Miembros inferiores: IZQUIERDO. Vendaje rodeando pierna y pie, el cual no es prudente retirar.

- Piel: Cicatrices recientes rosadas, normotróficas, irregulares en dorso del antebrazo izquierdo.

CONCLUSIONES: Mecanismos de lesión: Abrasivo; Contundente. Incapacidad médico legal PROVISIONAL SETENTA Y CINCO (75) DIAS. Debe regresar a nuevo reconocimiento médico legal al término de la incapacidad provisional, con nuevo oficio de su despacho. Secuelas médico legales a determinar...

- Informe pericial de clínica forense nro. DSCLD-DROCC-04974-C-2014 del 30 de noviembre de 2014 del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, realizado al accionante en el cual se expuso:

ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES

Mecanismos traumáticos de lesión: Abrasivo; Contundente. Incapacidad médico legal DEFINITIVA SETENTA Y CINCO (75)

DÍAS. SECUELAS MÉDICO LEGALES: Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter por definir; Perturbación funcional de miembro inferior izquierdo de carácter por definir; Perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter por definir. Para determinar el carácter de las Secuelas Médico Legales, se requiere una nueva valoración en cuatro meses, debe aportar copia completa y actualizada de la historia clínica de atención de los hechos y nueva oficio petitorio emitido por la autoridad conocedora del caso.

- Informe pericial de clínica forense nro. DSCLD-DROCC-01483-C-2015 del 20 de marzo de 2015 del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses realizado al señor Tapasco López del que se extrae:

ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES

Mecanismos traumáticos de lesión: Abrasivo: Contundente. Incapacidad médico legal DEFINITIVA SETENTA Y CINCO (75) DÍAS. SECUELAS MÉDICO LEGALES: Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; Perturbación funcional de miembro inferior izquierda de carácter permanente; perturbación funcional de órgano de la locomoción de carácter permanente.

- Orden de archivo definitivo del 31 de enero de 2017 proferida por Fiscalía en el proceso seguido en contra del señor Leonardo Herrera Barrero por el delito de lesiones personales culposas causadas al señor Oscar Mauricio Tapasco López.

Primer problema jurídico

¿Cuál es el título de imputación bajo el cual debe realizarse el estudio de la responsabilidad que se endilga a las entidades demandadas?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que la responsabilidad de las entidades demandadas debe analizarse bajo un título de imputación objetivo, en atención que la realización de la obra constituye, para un tercero, una actividad peligrosa.

Se argumenta en la demanda, y se insiste en los recursos de apelación, que en este caso existe responsabilidad de Aguas de Manizales, el municipio de Manizales y el Consorcio Aguas de Manizales 123 en el daño padecido por el demandante, toda vez que la vía donde ocurrió el accidente de tránsito estaba siendo intervenida con una obra lo que significa que ofrecía condiciones peligrosas para los usuarios, lo cual fue obviado por el juez. Máxime porque a juicio de la parte actora su acudió a un título de imputación que no correspondía para resolver el proceso, al asegurar que la jurisprudencia ha señalado que

la realización de una obra se trata, *per se*, de una actividad peligrosa, y por ello bajo este título de imputación objetivo solo debe acreditarse el daño y la relación de causalidad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo que consagra el medio de control de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tienen los interesados de demandar la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

Debe advertirse que el artículo 90 de la Constitución Política no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir en cada caso concreto, de acuerdo a los supuestos fácticos y al material probatorio, el título de imputación que mejor se adapte al caso para tomar la decisión, sin que deba entenderse que existe la obligación de utilizar frente a determinadas circunstancias uno exclusivo. Esto, en aplicación del principio *iura novit curia*.

Sobre el tema, es variada la jurisprudencia del Consejo de Estado, pero a modo de ejemplo se referencia la siguiente¹:

La Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de 19 de abril 2012², unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Por lo expuesto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

¹ Sección Tercera – Subsección A – providencia del 20 de febrero de 2020 - Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00355-00(48565)

² Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012, expediente 21.515.

En este sentido, en aplicación del principio iura novit curia, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que corresponda a los hechos probados en el proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria³.

Es claro que no se privilegia un título de imputación frente a un caso concreto, pese a existir antecedentes jurisprudenciales de eventos similares donde se acude a uno u otro dependiendo del contexto fáctico y probatorio, y que servirán como soporte o dan luces para casos análogos.

La parte actora expuso que en este caso se trataba de una actividad peligrosa (realización de una obra), pero hizo especial énfasis en que se presentaron una serie de omisiones en relación con las medidas de seguridad que debían implementarse en la vía en la cual se ejecutaban las labores por parte del Consorcio Aguas de Manizales 123 para que esta brindara condiciones de transitabilidad adecuadas mientras se realizaban los trabajos, atribuyendo la ausencia de las mismas el accidente de tránsito en el que se vio involucrado el señor Tapasco López.

Aunque la *a quo* acudió para resolver el proceso al título de falla en el servicio, de acuerdo a los supuestos fácticos y el material probatorio, la Sala considera que el caso puede ser analizado bajo un régimen objetivo, en la medida que la realización de trabajos públicos pueden afectar a terceros, como se argumenta acaeció en este caso con la obra que llevaba a cabo el Consorcio Aguas de Manizales 123, que aseveró la parte accionante fue la causante de que se presentara la colisión entre la moto que conducía el demandante y el automóvil de placas NAG 584.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sección Tercera, en providencia del 27 de noviembre de 2002, radicado 25000-23-26-000-1994-00140-01(14139) expuso:

Además, se ha señalado que aunque el uso de objetos o el ejercicio de actividades peligrosas implica un riesgo potencial, cierto y permanente para la vida e integridad de las personas, socialmente se tolera en razón de los beneficios generales que la actividad representa y siempre que permanezca reducido a través de mecanismos eficaces de seguridad, de acuerdo con los avances tecnológicos disponibles. Ahora, cuando se

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de mayo de 2015, expediente 17.037.

produce un daño relacionado con esa actividad, lo que debe analizarse es si dicho daño constituye la realización del riesgo, por haberse desencadenado el potencial dañoso de la actividad, o si el resultado es ajeno al riesgo y la cosa o actividad peligrosa sólo fue causa pasiva en la producción del daño. En este último evento, no puede afirmarse que la actividad fue causa eficiente del daño .

Con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, la doctrina ha señalado que dicho régimen de responsabilidad tiene aplicación en asuntos en los cuales la causa del daño está asociada con la utilización de cosas peligrosas, como sustancias, artefactos o instalaciones; la puesta en marcha de métodos peligrosos de reeducación de detenidos o enfermos mentales y los daños accidentales causados por trabajos públicos, entre otros .

Y en providencia más reciente, la Sección Tercera – Subsección B – en sentencia del 1º de junio de 2020 - Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01836-01(49214), concluyó:

De lo anterior se colige que cuando el daño es provocado en el curso de la realización de una obra pública, el régimen de responsabilidad a aplicar va a depender de la calidad de la víctima, esto es, si se trata de un trabajador de la obra o si se trata de una persona ajena a ella, sea en carácter de usuario del servicio o de un tercero, de manera que para la primera hipótesis se deberá aplicar el régimen subjetivo de responsabilidad, mientras que para la segunda el régimen objetivo.

De acuerdo a ello, acertado es acudir a un título objetivo para resolver el asunto, bajo el cual se debe acreditar el daño y el nexo causal entre este y el hecho de la administración llevado a cabo por intermedio del contratista, quien desarrolla la actividad peligrosa, ya que no es necesario acreditar la falla en el servicio.

Segundo problema jurídico

¿El daño padecido por el señor Tapasco López es imputable a Aguas de Manizales S.A E.S.P, el municipio de Manizales y/o el Consorcio Aguas de Manizales 123?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso no se acreditó el nexo causal entre el daño padecido por el actor y un actuar de Aguas de Manizales, municipio de Manizales y/o el Consorcio Aguas de Manizales 123 como causante del mismo.

Para poder declarar la responsabilidad bajo un título de imputación objetivo, debe la parte demandante acreditar la configuración de los siguientes elementos.

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

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

Por regla general, corresponde a la parte demandante la comprobación plena de los hechos de su demanda, en los términos del artículo 167 del CGP, es decir, de los elementos que permiten deducir la responsabilidad.

Se advierte que no se emitirá pronunciamiento en relación con el primer elemento, es decir, el daño, en tanto sobre este no se presentó ningún argumento de inconformidad por las partes; mismo que se encontró configurado en la sentencia de primera instancia con las lesiones padecidas por el demandante, deformidad física y perturbación funcional de tipo permanente, según el informe rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses; afectación que se aseguró era personal y cierta.

Pasará la Sala a estudiar el elemento de la responsabilidad de nexo causal, para verificar si las lesiones padecidas por el demandante en el accidente de tránsito ocurrido el 17 de junio de 2014 en la vía ubicada en la carrera 26 con calle 56, en el cual se vio involucrado cuando conducía una motocicleta que chocó con el vehículo manejado por el señor Leonardo Herrera Barrero, se originan en el actuar de algunas de las entidades accionadas.

Por lo anterior, es necesario revisar el tema atinente a la señalización implementada en la realización de la obra por parte del Consorcio Aguas de Manizales 123, así como el

contexto del accidente de tránsito entre la moto conducida por el actor y el vehículo que manejaba el señor Herrera Barrero.

Está probado que entre Aguas de Manizales y el Consorcio Aguas de Manizales 123 se suscribió el día 2 de diciembre de 2013 el contrato nro. 2013-0219, cuyo objeto era la *“Construcción de interceptor sur 16 –tramo Cambulos conexiones comunas 9 y 10”*; contrato que inicialmente tenía una duración entre la firma del acta de inicio (27 de diciembre de 2013) y el 20 de junio de 2014, pero que fue objeto de 2 adiciones relacionadas con el plazo de ejecución.

Dentro de este contrato se estableció como una obligación del contratista, en el literal p) de la cláusula séptima, *“Colocar todas las señales preventivas y de seguridad que se requieran en la obra”*.

En lo atinente a estas señales preventivas y de seguridad, se informó al proceso que el municipio de Manizales era quien aprobaba el plan de manejo de tránsito que debía implementarse mientras se desarrollaba la obra.

Es así como se encuentra en el expediente el oficio UGT 0782-14 del 20 de mayo de 2014 suscrito por el secretario de Tránsito del municipio de Manizales mediante el cual se aprobó el plan de manejo de tránsito nro. PMT-091-14, con el fin de mitigar el impacto que en la circulación pudiera ocasionar la construcción del interceptor sur -16 tramo Cámbulos conexiones comunas 9 y 10, vía posterior al Inem.

En este documento se plasmó:

No obstante, nos permitimos hacer énfasis en las siguientes observaciones:

(...)

✓ *Se AUTORIZA el cierre PARCIAL u ocupación temporal de la vía, desde el 20 de mayo de 2014 hasta el 22 junio de 2014, debiendo implementar la señalización que corresponda, de conformidad con lo establecido en el Capítulo IV del Manual de Señalización Vial, adoptado por el Ministerio de Transporte, según Resolución 1050 de 2004.*

✓ *(...)*

✓ *Debe implementar un sistema de lavado, para llantas de los vehículos de carga, de tal manera que no arrastren*

material fuera los límites de la obra, con el fin de evitar accidentes y daños al espacio público.

✓ *Debe garantizar con carácter OBLIGATORIO la ubicación de BANDEREROS de manera permanente entre las 6:30 a.m. y hasta las 8:30 p.m., so pena de ser revocado este permiso, con el fin de garantizar la movilidad de vehículos, pasajeros y peatones, dentro de los parámetros de comodidad, seguridad y tranquilidad.*

✓ *Una vez inicie la obra, se debe garantizar la señalización correspondiente durante todo el periodo autorizado.*

✓ *No se debe interrumpir el paso de los peatones, por lo tanto, se deben construir los puentes y senderos peatonales debidamente señalizados, acordonados con bombones y/o barandas y cintas de señalización.*

✓ *El Plan de Manejo de Tránsito debe permanecer en la obra y podrá ser requerido en cualquier momento por las Autoridades de Tránsito, quienes procederán a realizar ORDENES DE COMPARENDO a los vehículos que adelanten actividades de cargue y descargue de materiales, sin contar con la respectiva autorización, conforme a lo establecido el Código Nacional de Tránsito Terrestre, Ley 769 de 2002 y Ley 1383 de 2010.*

En el acta de comité de obra realizado el día 17 de junio de 2014, mismo día del percance, que inició a las 7:30 de la mañana y terminó a las 10:00 a.m., y contó con la participación del contratista de obra, el supervisor externo, el supervisor de Aguas de Manizales, residente de obra, director de supervisión externa, profesional en salud ocupacional, profesional en gestión social y técnico de Aguas de Manizales, en el orden del día se estableció un recorrido por la obra y se dejó consignado la siguiente anotación en el acta:

Se evidencia el buen seguimiento al plan de manejo del tránsito recomendado por la Secretaría de Tránsito

En el recorrido de obra por el pavimento existente hacia el jardín botánico, se evidencia la falta de aseo. Es hora de comenzar con la conformación del terreno en la incidencia de los aliviaderos del Inem y del estadio.

El contratista retira eventualmente las paletas en el sector del aliviadero del Inem, a lo cual la supervisión externa le hace el llamado de atención pertinente ya que este punto es muy vulnerable a los choques. Se recomienda hacer limpieza de la vía y mejor abrir la vía totalmente.

Así mismo, en la revisión de los temas de salud y seguridad ocupacional se indicó:

4.3. Salud y Seguridad Ocupacional: (...)

Instalación de cintas y conos en el área del aliviadero de Ravasco, en la obra en general, vallas y cintas en el aliviadero del Inem.

La obra evoluciona en total normalidad desde el punto de seguridad y salud en el trabajo, gracias a Dios. Nuevamente se resalta que no se han presentado accidentes ni incidentes de trabajo.

Y en el acápite de varios se manifestó:

Los trabajos relacionados con la intervención de la vía, van ajustados y tal y como van las cosas, para el inicio de la próxima semana la vía se podrá abrir totalmente.

Se cuenta con la señalización preventiva e informativa necesaria para el Plan de Manejo de Tránsito solicitado por la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio.

De todas las reuniones realizadas se elabora el acta respectiva y se divulgan los compromisos resultantes, los cuales tendrán carácter de obligatorio para las partes. El supervisor se encargará de que se cumplan los acuerdos pactados.

Todo el grupo técnico de trabajo está permanentemente capacitando y retroalimentando al personal de la obra en el tema de mitigación de impacto ambiental y urbano.

Se cuenta con señalización preventiva e informativa para establecer sectores de trabajo bien definidos, tanto para empleados como para terceros y así evitar accidentes.

En el acta de comité de obra del contrato realizada el 24 de junio de 2014, llevada a cabo entre las 7:30 a.m. y las 10:00 a.m., a la que asistieron los contratistas de obra, supervisor externo, supervisor de Aguas de Manizales, residente de obra, director de supervisión externa, profesional en salud ocupacional, entre otros, se desprende que para ese día la vía sería abierta y que ya no se necesitaban más paleteros, pero se dejó la salvedad que tanto en el colegio Inem como en el colegio Rosario se desarrollaban obras que tenían incidencia en la vía, por la salida de volquetas y vehículos con material y escombros, los cuales generaban traumatismo en el tránsito vehicular y peatonal.

En el acápite de salud y seguridad ocupacional se informó: *"Sucedió un accidente de tránsito en la incidencia del aliviadero del Inem entre un carro y una moto, por exceso de velocidad del motociclista e invasión del carril, la obra se encontraba bien señalizada y además, ya estaba habilitada toda la vía, se tiene evidencia fotográfica. Se realiza reinducción a paleteras".*

En respuesta a prueba decretada en el proceso, el gerente de la Empresa Aguas de Manizales informó:

1. Acta de Comité No. 21: Ese día horas mañana tuvo el comité de obra y en el acta se resalta que en el recorrido realizado por la obra y que es el punto inicial siempre del comité, el tema de la señalización. En esta acta también se hace la observación por parte de la supervisión externa que se proceda a limpiar bien la zona del aliviadero del Inem, lo cual se puede verificar que se cumplió a cabalidad la instrucción, revisando las fotos que se tienen en el informe del accidente, donde la vía se observa completamente limpia y la vía habilitada en dos carriles. En el numeral 4.3 Salud y Seguridad en el trabajo, también se resalta que se instaló cintas en el aliviadero del Inem, lo cual es evidenciado en el sitio donde cayó la moto, en las fotos del informe. En el numeral 4.4 en el reporte de la Gestora Social, se resalta nuevamente el tema de la señalización. Con esto se muestra que permanentemente la señalización fue un tema de importancia y revisión de parte de todos los involucrados en el desarrollo de la obra. Nuevamente en temas varios, numeral 4.5, se menciona la señalización.

2. Acta del Comité No. 22: En esta acta se resalta que el numeral 4.3. en el informe de la Profesional en Seguridad y Salud en el trabajo hace mención al accidente sucedido entre el automóvil y la moto. También se resalta en todo el comité la importancia que tiene la señalización en el comité de obra y se toma el tema permanentemente en cada uno de los informes. En esta acta se colocó un comentario que quedó con un error, en el numeral 3 Revisión y seguimiento de compromisos pactados acta anterior, es martes 17 de junio se encuentra abierta la vía y no martes 18 (...).

Con este oficio también se aportaron:

- *Copia de la bitácora del día 16 de junio de 2014 en la que consignó que: "(...) El día de hoy se abren los dos carriles en aliviadero del Inem (...).*
- *Informe final del contrato 2013-0219 y matriz de cumplimiento, en el apartado de señalización se dice: "(...) Se cuenta con señalización preventiva e informativa para establecer sectores de trabajo bien definidos, tanto para empleados como para terceros y así evitar accidentes. Todas las áreas en donde se realicen actividades de construcción y que estén expuestas al público, deben estar señalizadas y demarcadas mostrando la información y advertencias pertinentes. Y se advirtió que la señalización debía permanecer en perfecto estado durante toda la obra y solo podía ser retirada al finalizar la misma.*

Reposa un informe que se adjuntó con la contestación de la demanda presentada por el municipio de Manizales, oficio STT 1144 del 24 de abril de 2017, el cual está firmado el

secretario de Tránsito y en el que señaló lo siguiente sobre el tema de seguridad vial en el tramo donde ocurrió el choque:

2. SEÑALIZACIÓN EXISTENTE:

Teniendo en cuenta que se adelantaba una obra civil para la fecha de los hechos, dicha obra se encontraba debidamente señalizada, de conformidad con lo establecido en el Capítulo IV (Señalización de calles y carreteras afectadas por obras), del Manual de Señalización Vial, adoptado por el Ministerio de Transporte, según Resolución 1050 de 2.004, de lo cual se adjunta registro fotográfico.

Al respecto, el demandante se pronuncia con relación a la ausencia de señales cuando en realidad, de acuerdo con el registro fotográfico, la obra contaba con la señalización correspondiente.

Es claro entonces, que la señalización dispuesta en el lugar durante las obras se encontraba adecuada tal como lo exigen las disposiciones de reglamentación de tránsito vial ya referidas

Así las cosas, las medidas de seguridad dispuestas, cumplían con las exigencias propias del reglamento de señalización dada existencia de la obra que se ejecutaba en la vía, encontrándose que los elementos de señalación, prevención y alerta, eran adecuados para cumplir los efectos propios de su cometido, con el objeto de reducir el riesgo de accidentes y hacer más ágil y expedito el tránsito de los usuarios, procurando recudir las molestias en su desplazamiento por la vía.

Se debe tener en cuenta que en la ocurrencia de un accidente o un hecho de tránsito existe un antes, durante y después; lo que significa que el accidente no se limita al momento propio de la colisión sino que existen circunstancias anteriores que pueden incidir directamente en el hecho, es así como el conductor no tuvo en cuenta que en el sentido vial que le correspondía, existía la señalización preventiva y reglamentaria suficiente para que cualquier usuario de la vía que se desplazara por el sector, evidenciara la precaución con la que debía hacerlo, esencia misma de la señalización que se encontraba instalada en el sitio.

Este documento contiene un registro fotográfico en el cual se ven las señales de tránsito que habían instaladas en la obra frente a las que se adujo lo siguiente:

- Foto 1: Instalación de la señal trabajos en la vía en el sentido San Luis Gonzaga – U de Caldas. Esta señal se empleará para advertir la proximidad a un tramo de la vía

que se ve afectado por la ejecución de una obra que perturba el tránsito por la calzada o sus zonas aledañas.

- *Foto 2: Ubicación de la señal que indica la presencia de una obra en la vía a 100 m- ubicada en el sentido San Luis Gonzaga – U de Caldas. Esta señal se empleará para advertir conductores y peatones la aproximación a un tramo de la vía afectado por una obra. la señal llevará la leyenda “OBRA EN LA VÍA”, seguida de la distancia a la cual se encuentra la obra. se podrá usar conjuntamente con otras señales o repetirla variando la distancia.*

- *Foto 3: Señal que indica reducción de carril en la vía – ubicada en el sentido San Luis Gonzaga – U de Caldas. Reducción asimétrica de la calzada (derecha) – estas señales se emplearán para advertir al conductor la proximidad a una reducción en el ancho de la calzada con desplazamiento del eje a la izquierda o a la derecha, esta reducción puede ser del número de carriles o simplemente de las dimensiones de la calzada.*

Deberán complementarse con la señal SR-30 – reglamentaria de la velocidad máxima, en las proximidades de la reducción.

- *Foto 4: señal que indica la velocidad de circulación en el sector 30 km/h –ubicado en el sentido San Luis Gonzaga – U de Caldas. Esta señal se empleará para notificar la velocidad máxima a la que se puede circular (velocidad de operación), expresada en múltiplos de 10 y en kilómetros por hora (km/h). la limitación de la velocidad debe aparecer razonable y no necesariamente restrictiva, pues los límites excesivos perjudican la credibilidad de la señalización, la capacidad de la carretera, o provocan accidentes por alcance o formación de colas. Su utilización deberá estar soportada en un estudio de velocidad de operación.*

Señales reglamentarias:

Objeto: las señales reglamentarias o de reglamentación tienen por objeto indicar a los usuarios de la vía las limitaciones, prohibiciones o restricciones sobre su uso. Estas señales se identifican con código SR. Su violación acarrea las sanciones previstas en el Código Nacional de Tránsito Terrestre.

- *Foto 5: instalación de señal de inicio de obra ubicado en el sentido San Luis Gonzaga – U de Caldas. Información sobre inicio o fin de obra: esta señal indicará el inicio de los trabajos en la vía o zona adyacente a ella, con el mensaje “inicio de obra”. igualmente se instalará otra señal con las mismas características, pero indicando el sitio de finalización de la obra, con la leyenda “fin de obra”.*

Así mismo, reposa un informe realizado por la profesional S&SO de la obra contratada por Aguas de Manizales (Carmen Rosa Marciales Garzón), en el cual, con apoyo en el dicho de unos de los testigos del accidente acaecido el 17 de junio de 2014 indicó:

SEGÚN TESTIGO CARLOS ARICAPA QUE PRESENCIO LOS HECHOS RELATA QUE TANTO EL CARRO COMO LA MOTO VENIAN MUY RAPIDO, EL CARRO VENIA INVADIENDO EL CARRIL POR DONDE DEBIA PASAR LA MOTO Y SE ESTRELLARON, EL CARRO FUE MOVIDO POR EL CONDUCTOR DEJANDOLO BIEN PARQUEADO Y ESTACIONANDOLO MUCHO MAS ARRIBA DE DONDE OCURRIO EL ACCIDENTE. VINIERON LOS GUARDAS DE TRANSITO Y REALIZARON SU INFORME. EL ACCIDENTADO FUE ASISTIDO POR EL GRUPO DE BYR (BUSQUEDA Y RESCATE).

Se rindió también un informe del accidente de tránsito por parte del representante legal del Consorcio Aguas de Manizales 123 a Aguas de Manizales en el año 2016, en el cual comunicó sobre la ocurrencia del choque el día 17 de junio de 2014, en el cual se vieron involucrados los señores Oscar Mauricio Tapasco y el conductor de automóvil de placas NAG584, pero aclaró desde un inicio que los trabajos que se realizaban no correspondían a obras en la vía, es decir, que esta no estaba siendo intervenida.

En relación con las señales de prevención y seguridad, aclaró lo siguiente:

Mediante la presente nos permitimos manifestar que la causa del accidente se debió a una colisión o accidente de tránsito entre el señor Oscar Mauricio Tapasco y el conductor del carro NAG584, los cuales pueden apreciarse en las fotos adjuntas. Es de aclarar que los trabajos que se estaban realizando no correspondían a trabajos sobre la vía, la cual no estaba siendo intervenida en el tramo donde ocurrió el accidente.

(...)

A pesar de lo anterior, al ser la zona de intervención contigua a la vía misma, desde el inicio de la obra se realizó la instalación y ubicación de señales informativas y reglamentarias en ambos extremos de la zona de influencia de la obra, en las que se indican las reducciones de carril y la presencia de trabajadores en la vía, el inicio y el fin de la obra en desarrollo, etc., para ello anexamos registro fotográfico No. 1, así mismo, durante todo el tiempo de ejecución de la obra se señalizó y acordonó de manera adecuada todos los materiales dispuestos de manera temporal en las zonas de espacio público intervenido, y los mismos se retiraron dentro de los términos establecidos, dando así pleno cumplimiento al plan de manejo de tránsito No PMT-091-14 aprobado por la secretaria de tránsito de Manizales para la ejecución del contrato de la referencia, es importante resaltar que en repetidas ocasiones se presentaron visitas por parte de la secretaría de tránsito para verificar el cumplimiento del mencionado plan de manejo de tránsito, y en ninguna ocasión se comunicaron con nosotros para manifestarnos irregularidades o incumplimiento al mismo en ningún aspecto.

Después de realizar las aclaraciones anteriores pertinentes para el caso, describo lo ocurrido el día del accidente de tránsito del 17 de junio de 2014. La señalización descrita en el registro fotográfico No. 1 se encontraba instalada en la zona de trabajo, la vía se había habilitado por completo y no teníamos reguladores ubicados en la vía, ya que ambos carriles se encontraban habilitados para la circulación vehicular, teníamos bombones plásticos y cinta de señalización para delimitar el área de trabajo de excavación que estaba realizando una retroexcavadora de llantas dentro del lote de las arrierías, el material de excavación extraído con la máquina estaba ocupando aproximadamente 80 cms del medio carril de la vía que se dirige hacia el estadio y estaba enmarcado dentro de la señalización mencionada, es importante aclarar que dicho montículo se encontraba ubicado al frente de la bahía del colegio INEM, por lo que la vía en este punto se ensanchaba, la vía se encontraba despejada de escombros y partículas sueltas de los mismos, ya que antes de habilitar la vía se realizó un barrido y limpieza de la zona, anexamos registro fotográfico No. 2, donde se evidencia lo descrito anteriormente, a las 12:45 p.m. aproximadamente se presenta una colisión entre un vehículo con placas NAG-584 y una motocicleta con placas DPG39D, situación que se presentó por que el vehículo de placas NAG584 invadió el carril de circulación de la motocicleta y adicionalmente ambos vehículos hicieron caso omiso a la señalización descrita en el registro fotográfico No. 1, conduciendo sin precaución, de manera imprudente e infringiendo el límite de velocidad delimitado para la zona de trabajo de 30 km/h por que además es una zona de tránsito escolar. Es importante resaltar que el vehículo de placas NAG584 fue movido por su conductor antes de que llegaran los agentes de tránsito para realizar el respectivo croquis de lo sucedido, anexo como prueba de lo relatado anteriormente informe ejecutivo No FPJ-3- CASO No 170016000060201401211 y la investigación del accidente realizada por la profesional SISO de la obra.

De todo lo anterior podemos inferir que el hecho corresponde a un accidente de tránsito y fue ocasionado por la imprudencia de los conductores de ambos vehículos al infringir límites de velocidad, realizar invasiones de carril y no acatar las señales preventivas que se encontraban instaladas en la zona de los trabajos la cual se encontraba señalizada debidamente, todo ello nos lleva a concluir que la responsabilidad por lo ocurrido corresponde únicamente a los conductores de ambos vehículos. Cabe resaltar que por ese sector en particular los conductores de diferentes vehículos (Motos y carros) manejan a grandes velocidades y hacen caso omiso de cualquier señalización, a pesar de que la vía maneja un alto flujo vehicular ya que es utilizada para descongestionar la avenida paralela sobre todo en horas pico. Agradeciendo su atención.

En este documento se relaciona el registro fotográfico nro. 1, del cual se evidencian las siguientes señales de tránsito:

- *Obreros trabajando, ubicada en el sentido San Luis Gonzaga - U. Caldas.*
- *Presencia de una obra en la vía a 100 mts, ubicada en el sentido San Luis Gonzaga*
- *Reducción de carril en la vía, ubicada en el sentido San Luis Gonzaga - U. Caldas.*
- *Velocidad de circulación en el sector 30 km/h, ubicada en el sentido San Luis*
- *Inicio de obra, ubicada en el sentido San Luis Gonzaga - U. Caldas.*
- *Tránsito peatonal, ubicada en el sentido San Luis Gonzaga - U. Caldas.*
- *Presencia de una obra en la vía a 100 mts, ubicada en el sentido U. Caldas- San Luis.*
- *Reducción de carril en la vía, ubicada en el sentido U. Caldas - San Luis Gonzaga.*
- *Velocidad de circulación en el sector 30 km/h, ubicada en el sentido U. Caldas - San Luis Gonzaga.*

En el registro fotográfico nro. 2, que también hace parte de este informe, se aprecian imágenes de la zona de circulación de los vehículos el día del accidente, y se explica en relación con las fotos que no se advierte la presencia de escombros o partículas sueltas de los mismos, y que está delimitada el área de trabajo. Que también se encuentra una foto donde se observa el lugar en el que cayó la motocicleta, en el que se ve que la zona ocupada con material de excavación en la obra estaba delimitada con una cinta de señalización y bombones de plástico, y que solo ocupaba 80 centímetros del carril que conduce al estadio. Que además se nota que el otro carril de la vía está despejado, y el material depositado correctamente señalizado. Al pie de las imágenes también se consigna que ambos carriles se encuentran habilitados, pues a pesar de que la ambulancia se encuentra estacionada en la calzada que conduce al estadio y el personal de emergencia está atendiendo al lesionado, un vehículo puede circular sin ningún inconveniente.

El reporte de tránsito nro. 46807 del 17 de junio de 2014, en las observaciones del choque plasmó que, aunque los vehículos 1 y 2 transitaban por un tramo de la vía que se encontraba en reparación, existía señalización de colombinas y otras que indicaban la obra. Y que la hipótesis de la causa del accidente establecida para los conductores fue "transitar sin precaución".

El informe ejecutivo FPJ-3 rendido dentro de la investigación adelantada por el delito de lesiones personales en accidente de tránsito suscrito por policía de tránsito consignó lo siguiente:

Hechos

El día 17 de junio del presente año siendo las 13:15 horas, la central de radio me informa de una colisión por la parte de atrás del colegio INEM, cuando me dirijo al dicho accidente, encuentro una motocicleta tirada al costado derecho de la vía en un montículo de arena de una construcción que se está llevando a cabo en este sector y un vehículo de servicio particular de color gris en el otro costado de la vía en sentido contrario, con un golpe en la parte delantera izquierda y su bomper o sistema de defensa desgrafado, procedo a fija las medidas correspondientes del caso para amarrar los dos vehículos en un bosquejo topográfico, indago de lo sucedido y me informan una de las personas que está allí que fue una colisión entre los dos vehículos que se encontraron casi de frente y que por la falta de precaución al transitar se chocaron, la persona que venía conduciendo la motocicleta resulta lesionada siendo trasladado a la clínica Las Camelias, me traslado a la clínica a tomar los datos de lesionado, inmovilizando vehículos para ser dejados a disposición de la fiscalía como material probatorio.

Causa probable de los vehículos (157), "TRANSITAR SIN PRECAUCION" LOS CONDUCTORES TRANSITAN SIN PRECAUCION, TENIENDO EN CUENTA QUE LA VIA SE ENCUENTRA EN CONSTRUCCION Y QUE HAY PERSONAS QUE SON OBREROS LOS CUALES SE ENCUENTRAN TRABAJANDO EN ESTA REMODELACION DE DICHO TRAMO DE VIA, SIN PREVEER QUE ESTA VIA SE ENCONTRABA CON ARENA Y POLVO CONVIRTIENDOSE EN UN PELIGRO PARA LOS QUE TRANSITAN POR ESTE TRAMO POR SU FACIL DESLIZAMIENTO.

Dentro de este proceso rindieron testimonio la señora Silvia Luz Díaz Jaramillo, Carmen Rosa Marciales Garzón, Carlos Osmen Aricapa Hernández y Nicolás José Giraldo Bedoya. También absolviéron interrogatorio de parte los señores Gildardo Montes Ocampo, integrante del consorcio Aguas de Manizales 123, y Leonardo Herrera Barrero, quien conducía el automóvil de placas NAG 584, que se vio involucrado en el accidente el día 17 de junio de 2014.

En cuanto al testimonio técnico del señor Nicolás José Giraldo Bedoya debe advertirse que esta declaración no cumple los requisitos para considerarlo como tal, en la medida que esta persona tuvo conocimiento de los hechos por los documentos (antecedentes técnicos, fotos, informes médicos, contrato de obra, plan de manejo de tránsito, demanda, entre

otros) que le fueron enviados por el apoderado de la parte demandante para que de acuerdo a ella informara al proceso, por su formación como Ingeniero Civil con Maestría en Infraestructura Vial y Especialización en Seguridad Vial, lo pertinente.

Debe recordarse que testigo es aquella persona que percibió los hechos de manera directa o indirecta y en tal sentido puede informar sobre ellos; y se califica como técnico, por ser aquel que además de lo anterior, por su formación académica o su experiencia, puede agregar opiniones especializadas sobre la narración que de los hechos efectúa.

En este caso se advierte que la prueba que se decretó como testimonio técnico encajaba más en un dictamen pericial, cuyo objeto es emitir una opinión especializada sobre hechos que un experto conoce después de su ocurrencia, como en este caso.

Y es que al señor Giraldo Bedoya se le realizaron preguntas por el apoderado que solicitó la prueba como su experiencia en temas viales; qué entidad era la propietaria de la vía donde ocurrió el accidente; quién realizaba la intervención en la vía; en atención a su experiencia y la documentación que conoció informara si para hacer la intervención en la vía pública se debía contar con un plan de manejo de tránsito; si en la información que se le puso de presente estaba el plan de manejo vial; cuál era el propósito del plan de manejo vial; en qué normas se tenía que basar el contratista que iba a hacer la intervención en la vía para elaborar el plan de manejo de tránsito; si tuvo la posibilidad de analizar las fotos que se le pusieron de presente; si esas fotos daban cuenta de la existencia de elementos como polvo, montículo de tierra u otros materiales en la vía; y si el montículo de tierra aparte de la delimitación con la cinta tenía otro medio para garantizar seguridad en el entorno de acuerdo a la información que conoció. Los demás apoderados también realizaron preguntas para que fueran absueltas de acuerdo a la documentación que conoció, desde su experiencia en el tema.

El Consejo de Estado en providencia del Sección Tercera – Subsección C del 19 de noviembre de 2020, radicado 20001-23-31-000-2005-02332-01(41419), sobre el testimonio técnico explicó:

A diferencia del dictamen pericial, cuyo objeto es emitir una opinión técnica sobre hechos que el perito conoce después de su ocurrencia, la prueba testimonial tiene como fin que el declarante haga referencia a hechos que le constan, porque los percibió. De manera que el testigo no es elegido ni por las partes ni por el juez, sino que interviene porque como tuvo una vinculación histórica con las circunstancias que conoció, de forma directa o indirecta, hace un relato

que interesa para resolver el litigio. Al testigo se le pide que haga memoria de hechos y al perito la aplicación de una determinada técnica y ciencia para poder apreciarlos.

Ello no quiere decir que el testigo esté impedido para calificar y analizar el modo y el por qué de un hecho desde su experiencia. Relatar un hecho, en sí mismo, lleva implícito ciertos juicios, porque supone describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió. Como expone todo lo que sabe sobre el punto de que se trata el proceso, sobre él tendrán influencia su profesión o su oficio, sin que, por ello, se convierta en perito. Así, por ejemplo, en su declaración el testigo puede referirse a las cualidades de los objetos que intervinieron en la acción, a su percepción sobre cantidades, rapidez, ubicación, luminosidad, entre otras, las cuales necesariamente serán objeto de juicios valorativos provenientes del declarante, de acuerdo a las apreciaciones técnicas o científicas que posea.

Más allá de estas apreciaciones conceptuales que son inherentes al testigo, el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil permite que el testigo emita verdaderos conceptos técnicos a la manera de un perito, cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia de su declaración. Este tipo de prueba ha sido denominada "testimonio técnico".

Así, de manera excepcional, cuando la persona que percibió los hechos sobre los que declara, además posee determinados conocimientos en ramas de la ciencia, se le habilita en las respuestas a su interrogatorio a emitir opiniones especializadas, que permitan la explicación de su declaración. En estos eventos, quien declara, además de narrar lo que percibió, emite un concepto acerca de las causas o motivos de lo sucedido.

En este sentido, el juez, además de aplicar los criterios de la sana crítica que acompañan la valoración del testimonio -en el sentido de analizar las razones de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrió el hecho-, deberá valorar la relación detallada del método científico que soporta su opinión, que ese concepto se ajuste a los principios de la ciencia y arte, que sea conducente en relación con el hecho que se pretende probar y que esté debidamente fundamentada.

Así las cosas, la declaración del señor Nicolás José Giraldo Bedoya no será apreciada como testimonio técnico, en tanto no cumple las condiciones para calificarlo como tal.

Los demás testigos dieron cuenta de lo siguiente:

Carlos Osmen Aricapa Hernández

Que el accidente se presentó el 17 de junio de 2014 a eso de la 1:10 p.m., y que lo presenció porque en ese momento llevaba un Buggy a la obra, ya que trabajaba para el Consorcio Aguas de Manizales 123, el cual realizaba unas obras en el sector.

Sobre el incidente indicó que vio el carro que venía a alta velocidad que se metió un poquito hacía el lado, aunque no recuerda bien hacía qué lado, y que observó el impacto y cuando el muchacho que se desplazaba en una moto voló hacía el lado izquierdo; es decir, que el señor del carro se metió hacía el carril por el que bajaba el motociclista y ahí sintió el impacto y el conductor de la moto cayó y ellos procedieron a auxiliarlo. Sobre el sitio del choque señaló que en ese momento el panorama estaba despejado porque no había nada en la vía, solo un montículo de tierra que estaba señalizado con los bombones y la cinta de precaución, la cual es de color amarillo y dice peligro.

Informó que laboró para el consorcio más o menos 3 meses, y que en ese tiempo vio que la señalización era buena; que estaba la que decía reducción de velocidad, la de desvío, la que informaba que a 100 metros había una obra, la cual incluso el día del accidente estaba ubicada.

Explicó que la vía para el día de los hechos estaba despejada, es decir, que cabían dos vehículos, y que por eso entiende no había paleteros, ya que no se requerían; y que el montículo de tierra no impedía el paso por ese carril.

Aclaró que el vehículo que se vio inmiscuido en el percance fue movido para un lugar más arriba de donde fue el impacto.

También informó que participó en el informe que realizó Carmenza Rosa Marciales Garzón sobre el incidente.

Silvia Luz Díaz Jaramillo

Ingeniera Civil que labora en Aguas de Manizales. Para el momento de los hechos se desempeñaba como coordinadora de la obra que adelantaba el Consorcio Aguas de Manizales 123, por lo tanto, fue informada del evento, pero aclaró que no lo presenció.

Que como coordinadora de la obra debía estar pendiente del contrato; aprobar actas; participar en los comités de obra que se hacían semanalmente y estar al tanto de los trabajos y lo que pudiera suceder; acompañar al contratista como al supervisor externo que se tenía.

Que del accidente de tránsito se elaboró un informe por parte de seguridad y salud en el trabajo, y por este conoció el sitio del choque al ver unas fotos.

En relación con las condiciones de la vía para el día de los hechos explicó que se tiene registro fotográfico, y que siempre se vela porque la señalización sea la adecuada y la obra tenga buenas condiciones de transitabilidad. Y aclaró que los trabajos no eran sobre la vía, pero que a borde de la misma se colocaba el material debidamente señalizado.

Manifestó que cuando se va a empezar un contrato se saca un plan de manejo de tránsito el cual se concilia y se manda a la secretaría de Tránsito, y de ahí se dan las condiciones. Que en este caso particular esa vía del Inem estaba habilitada porque las obras en ese sector eran en la zona donde se hacen Fondas y Arrierías, que es un terreno que está despejado. Que las obras propiamente de la instalación de la tubería eran dentro del terreno que hay después de la vía solo que había una parte de esta que tenía material, pero no la estaba obstaculizando completamente. Incluso aclaró que había circulación en doble sentido en esa zona específica.

Sobre la señalización en la obra para esa fecha adujo que la había, que la misma siempre estuvo acorde al plan de manejo de tránsito y que se tomaban fotos cuando había comité de obra, de las cuales se puede verificar que siempre existió.

Que se tenían señales desde cuando se viene del Colegio San Luis, antes de esa vía por donde se bordea el colegio, los conjuntos residenciales y durante todo el trayecto de esa vía por el Inem hasta pasar al Velódromo; que había señales de precaución; que indicaban que había una obra para que la gente pasara con precaución; de reducción de velocidad; la reglamentaria de 30 kilómetros máximo; precaución hombres trabajado; y donde se mantenían los materiales siempre con los bombones y la cinta, materiales como arena y gravilla, es decir, los necesarios para poder fabricar el concreto que se necesitaba en la obra, el cual se debía tener de manera permanente porque era rotativo.

Explicó que la SISO en una obra es la persona que se encarga de la seguridad y salud en el trabajo, y que entre sus labores está la que tiene que ver con la señalización, entonces debe colaborar con la que se requiere en la obra.

Al ponerle de presente las fotos que aparecen en el expediente, indicó que en esa zona específica en ese momento se veían habilitados los dos carriles, incluso se podía observar que estaban los bombones y la cinta a un lado de donde se tenía el cerramiento propiamente de la obra; que incluso se evidenciaba perfectamente el espacio donde está la ambulancia y que por el otro lado pasa sin ningún problema otro vehículo, por lo que infiere que la vía estaba en condiciones de transitabilidad.

Aclaró que el contrato se terminó a entera satisfacción y se liquidó sin inconvenientes, y que durante su ejecución contó con buena señalización y cumplió con lo requerido y pactado en el plan de manejo de tránsito; que no recuerda haber tenido problemas con el tema de la señalización ya que la misma fue constante y permanente.

En relación con el plan de manejo de tránsito explicó que debían poner unas señales de precaución en las partes finales, que para el momento era cuando uno viene del Colegio San Luis hacía el velódromo o hacía el Inem.

Que hubo algunos momentos que tenían paleteros, pero que no todos los meses se necesitaban pues realmente se requerían cuando iban a tener restricción vehicular, especialmente para la zona de la vía que ingresa, antes de llegar al Inem, porque hay una callecita que permite llegar por detrás del Jardín Botánico de la Universidad de Caldas, y esa vía es bordeando los límites del Colegio San Luis, y que no era que estuvieran obstaculizando todo el tiempo la vía del Inem.

En cuanto a obstáculos en la vía el día del percance sostuvo que en la zona del accidente se tenía, como se pudo ver en las fotos, un espacio

muy pequeño, de unos 80 centímetros con material, pero que la zona ahí era muy amplia, y además estaba señalizada con bombones y cinta.

Carmen Rosa Marciales Garzón

Era la persona encargada de velar por la seguridad y salud de los trabajadores de la obra que adelantaba el Consorcio Aguas de Manizales 123.

Sobre el accidente informó que ella no lo presenció, pero que cuando llegó a la obra, luego de su espacio para almorzar, le informaron que se habían estrellado una moto y un carro.

Que como encargada de la seguridad debía velar por la señalización y demarcación de la obra; estar pendiente de los avisos; la colocación de conos y cintas; que los trabajadores y reguladores se organizaran; y de instalar la señalización adecuada y requerida.

Que el día del accidente revisó la señalización, porque era algo que se hacía de manera rutinaria, es decir, era una actividad diaria que se hacía al inicio y que se controlaba todo el tiempo; y al finalizar también se hacía un recorrido para revisar como estaban las cosas; se arreglaba la señalización y en lo posible se tomaba registro fotográfico.

Que el día del choque había conos y cintas, y que la señalización sí era constante en toda la obra, o sea, los avisos, hombres trabajando, sendero peatonal, 100 metros inicio de obra, todo ese tipo de señalización que informa a la gente que hay una obra.

Sobre la presencia de residuos de polvo, piedra, material de obra en la calzada donde ocurrió el accidente afirmó que se mantenía barriendo, ya que esa es una de las condiciones del plan de manejo de tránsito. Que de pronto una de las cintas de señalización si estaba demarcando arena o tierra de material, pero para eso es la señalización. Pero que una de las tareas que ella debía supervisar era que barrieran todo el tiempo; y que se barre porque el viento o los mismos carros empiezan a mover la arena, entonces por orden y aseo de la vía, ya que debe estar limpia, pues esos escombros se van a la alcantarilla y las tapa.

Interrogatorios de parte

Gildardo Ocampo Montes - integrante del consorcio Aguas de Manizales 123

En su interrogatorio de parte indicó que la terminación del contrato fue a satisfacción en los tiempos establecidos para la liquidación, cumpliendo en todo momento con sus obligaciones contractuales.

Que durante la ejecución del contrato nunca se les requirió sobre la ausencia de señales preventivas, y que siempre estuvieron acompañados por la SISO, la trabajadora social, el ingeniero interventor que además tiene un ingeniero residente y los contratistas, y que cada 8 días se hacían comités, y en ningún momento hubo solicitud por falta de señalización; sumado a que también les hacían visitas frecuentes funcionarios, supervisores de la secretaría de Tránsito, verificando la señalización que estaba prevista dentro del plan de manejo de tránsito. Adujo en relación con las señales específicas que no se sigue tanto una norma, sino que estas están contempladas dentro del plan de manejo de tránsito. Explicó que cuando se hace la solicitud a la autoridad de tránsito se pasa un croquis o un plano de donde se va a realizar la

intervención, y en esa dependencia el personal técnico analiza y sugiere la señalización que debe tener la vía.

En cuanto a las señales específicas que debía tener la obra, revisó las fotos visible a folio 314, e indicó que en el costado que está de San Luis hacía el velódromo se ve la primera señal que son hombres trabajando en la vía. Continúa la señal de obra en la vía, la de reducción de calzada. En el folio 315 está otra foto de una señal muy importante que es una reglamentaria porque está es una vía de tráfico rápido, de reducción de velocidad, 30 kilómetros por hora, y está nuevamente la señal de inicio de obra. finalizando se encuentran las barreras que también exigen; barreras de protección para que resguarden en algún momento a la reguladora de tránsito. Que en el plan de manejo de tránsito exigieron dos reguladores, cada reguladora se hacía en un extremo de donde se iba a hacer la intervención, entonces está una barricada que se utiliza para proteger en parte la persona reguladora, porque a veces los vehículos pasan y pueden atropellar. En el folio 317 está la señalización que va del velódromo hacia el San Luis, es decir, hacía el otro costado donde se hizo la intervención, que dice obra en la vía a 100 metros; nuevamente hay otra señal, son señales iguales para un costado y para el otro; reducción de calzada y otra vez está la señal reglamentaria de 30 kilómetros por hora.

Explicó que no presenció el accidente, pero que conoció el lugar donde ocurrió, que fue en la parte central de la ejecución de la obra, pero que para ese día no estaban haciendo intervención en la calle. Que se tenía una tierra que estaba acordonada como lo exigen cuando se tiene material apilado en la vía, el cual estaba cercado con bombones y señalización, las cuales eran visibles. Que el día del choque ellos tenían paleteros pero no en esa parte porque no estaba siendo intervenida la vía, sino más hacía el lado de San Luis, ahí estaban las reguladoras porque ahí sí había intervención en la calzada.

Leonardo Herrera Barrero - conductor del vehículo

En su interrogatorio de parte manifestó que el día 17 de junio de 2014 iba en el vehículo porque salió de la Universidad de Caldas hacía San Luis, que era una ruta que estaba siendo intervenida y había obreros. Que antes de llegar a la curva donde está la recta para subir había un obrero haciendo unos trabajos por lo que se detuvo un momento, este le dio la vía y entonces siguió, pero cuando cogió la curva vio que la motocicleta venía hacía él y colisionó contra una esquina del carro, le pegó en toda la punta del vehículo. El motociclista cayó y quedó tendido unos metros atrás porque por la velocidad que traía el golpe lo expulsó algunos metros hacia adelante contra un montículo, lugar donde estuvo esperando la atención. Llegó la ambulancia y lo trasladó a la clínica.

Manifestó que no iba a alta velocidad, y que conocía la vía porque su hijo estaba estudiando en la Universidad de Caldas, por lo que él lo dejaba y se devolvía por esa ruta, entonces conocía de las obras.

Que el día del accidente ya no había personal que estuviera dando la vía; que había un obrero haciendo un trabajo en la calle y por eso se detuvo, porque estaba pasando o recogiendo algo, y una vez terminó le dijo que podía seguir; pero que normalmente en esa vía había alguien con una paleta de un pare y siga, pero ese día no había personas cumpliendo esa tarea, entonces supuso que la vía iba en dos sentidos.

Explicó que considera que la moto venía por su carril porque en la vía por la que esta transitaba había un montículo de tierra señalizado con

unos bombones que lo tenían cercado, y obviamente no podía utilizar toda la vía que tenía dispuesta para ese lado porque estaba un poco reducida por ese obstáculo.

Al descender al caso concreto, de todo lo reseñado, se puede llegar a la conclusión que el consorcio Aguas de Manizales 123 sí implementó la señalización adecuada y exigida en la vía donde realizaba la obra de acuerdo a las condiciones del plan de manejo vial aprobado por el municipio de Manizales, el cual era supervisado no solo en los comités de obras que se llevaban a cabo cada 8 días sino también por la profesional en salud ocupacional de manera diaria, incluso por funcionarios del municipio que constantemente visitaron la obra. Plan de manejo vial que se infiere fue cumplido ya que no hay pruebas de requerimientos por parte del ente territorial ni de la empresa de servicios públicos contratante.

Así mismo, los informes que dan cuenta del accidente de tránsito consignan que, aunque al lado de la vía se adelantaban unos trabajos, este espacio contaba con la señalización correspondiente para que se conociera sobre la existencia de las labores, especialmente porque había un montículo de tierra que ocupaba unos 80 centímetros de la calzada, pero al cual se le habían colocado colombinas y cintas de precaución que advertían la presencia de material de trabajo en la vía, y cercaban el espacio donde estaba ubicado.

El mismo municipio, quien era la autoridad en materia de tránsito, adujo en informe que se adjuntó a la contestación de la demanda que la señalización implementada cumplía con lo establecido en la Resolución nro. 1050 de 2004, mencionada en el plan de manejo de tránsito como aquella que debía ser acatada en relación con las señales que debían ser ubicadas; sumado a que la Resolución nro. 0559 de 2014 consignó que debían implementarse señales de fácil visualización y percepción, lo cual se comprueba ocurrió ya que había presencia de aquellas que informaban y advertían sobre la existencia de obras en la vía, reducción de carril, límite de velocidad, hombres trabajando, entre otras; incluso se contaba con la presencia de paletteros cuando había cierre de calzada, personal que no estaba el día 17 de junio de 2014 en el sitio exacto del choque (aliviadero del Inem) pero sí en otros lugares de la obra; y la razón era porque el aliviadero del Inem ya había sido habilitado para transitar por ambos carriles, evidenciando de las fotos de los informes del accidente que en esa vía era posible que circularan dos vehículos.

En este punto se hace hincapié en que la parte demandante no acreditó con alguna prueba que se exigieran otro tipo de medidas de protección para alertar sobre los riesgos que se tenían en la vía a raíz de los trabajos que se adelantaban por parte de Aguas de Manizales

a través del contratista; o que las que había el día de los hechos eran insuficientes para el estado en que se encontraba la calle y la obra.

Aunado a ello, el informe de tránsito permite inferir que no fueron los trabajos que se realizaban en la vía y su “deficiente” señalización los causantes del choque, ya que la hipótesis que del mismo se plasmó en este documento tenía que ver con “transitar sin precaución”, sin que se conozcan más detalles del choque, pero lo cierto es que este documento consignó que había señales de tránsito en la vía. Y aunque el señor Herrera Barrero adujo que el motociclista invadió su carril por la presencia del montículo de tierra que estaba ubicado en la calzada por la que transitaba, es claro que este obstáculo estaba debidamente señalado, como incluso él mismo lo afirmó, y que no ocupada la totalidad del carril.

Y pese a que en este informe de tránsito se habló de la presencia de polvo en la vía, lo cual se ratificó en el informe ejecutivo que plasmó que por esta situación la misma representaba peligro para los que transitaban por este tramo por su fácil deslizamiento, no está probado que esa situación hubiera generado el choque por haber resbalado la moto o el vehículo, o haber acaecido otro evento por la intervención de este material, y más bien las pruebas dejan entrever una falta de prudencia en la conducción.

Por lo analizado, para esta Sala la parte actora no probó de manera fehaciente que el choque se generó por los inconvenientes o peligros para circular por la vía por la realización de la obra, con ocasión de una deficiente señalización, o porque esta estaba en malas condiciones de transitabilidad por material de trabajo arrojado sobre ella, lo que permite inferir que no se acreditó el nexo causal entre el daño padecido por el accionante y el actuar de la administración, ya que no se advierte omisión de las entidades demandadas en relación con sus responsabilidades en torno al tema de seguridad en la vía donde se presentó el percance, la cual para ese momento tenía en sus zonas aledañas una obra por parte del Consorcio Aguas de Manizales 123. Y, por el contrario, se logra evidenciar el acatamiento de las medidas de seguridad que se requieran para el desarrollo de los trabajos que se adelantaban, máxime cuando está probado que para el día 17 de junio de 2014 la obra no se realizaba sobre la vía donde se presentó el incidente sino a un costado, y que además esta estaba habilitada en sus dos carriles.

En relación con el nexo causal, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ ha explicado:

⁴ Consejo de Estado - Sección Tercera - Subsección B - 8 de junio de dos mil diecisiete (2017) - radicación número: 68001-23-31-000-2004-0315401(41926)

Sobre la causalidad adecuada o determinante, esta corporación se ha pronunciado así⁵:

"El elemento de responsabilidad "nexo causal" se entiende como la relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada y probada o presumida, según el caso, con el daño demostrado o presumido. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción o de su omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino del jurídico. Sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías: la equivalencia de las condiciones que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo. Dicho de otro modo la primera teoría refiere a que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes, pues "partiendo de un concepto de causalidad natural, todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal". Y sobre la teoría de la causalidad adecuada la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce. De estas teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito⁶".

En otra oportunidad, se indicó⁷:

La Sala no comparte las afirmaciones de los actores en el recurso de apelación en cuanto aseguraron que si Helier Morales Sanabria no hubiese resultado herido con los disparos de arma de fuego accionadas por los uniformados, no habría surgido la necesidad de su traslado inmediato a un centro hospitalario y, por lo tanto, su deceso no se hubiera producido horas más tarde, pero lo cierto es que tales afirmaciones no gozan de respaldo probatorio alguno, máxime cuando la causa de su muerte no fue la que alegaron los actores en la demanda.

Un razonamiento en ese sentido implicaría la adopción de la teoría de la equivalencia de las condiciones, desechada en el ordenamiento nacional por la doctrina y la jurisprudencia desde hace mucho tiempo, para establecer el nexo de causalidad⁸. Como se sabe, de tiempo a atrás, la jurisprudencia

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P.: María Elena Giraldo Gómez, sentencia del 11 de diciembre de 2002, Radicación número: 05001-23-24-000-1993-00288-01 (13818).

⁶ Sentencia proferida el día 25 de julio de 2002. Sección Tercera del Consejo de Estado. Expediente 13.680.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, c.p.: Gladys Agudelo Ordóñez, sentencia del 27 de abril de 2011, Radicación número: 85001-23-31-000-1999-00021-01(19155).

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 26.308.

del Consejo de Estado viene aplicando la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño solo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata.

Al respecto, es menester traer a colación lo que la doctrina ha manifestado al respecto:

“Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado varias teorías; las más importantes son: la “teoría de la equivalencia de las condiciones” y “la teoría de la causalidad adecuada”. De acuerdo con la primera, todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causantes del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría, absurdamente, buscar responsables hasta el infinito. Para suavizar este criterio, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño...

“(...) Aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el juez considera que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño, y, en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse de tal modo, que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño...”⁹.

Con fundamento en lo anterior, es de resaltar que una cosa es que el accidente de tránsito se haya producido en un sitio aledaño a una obra, y la otra que esa obra haya sido la causante del choque, lo cual como se indicó no quedó probado de ninguna manera en este proceso.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido que no hay responsabilidad de Aguas de Manizales, ni del municipio de Manizales, ni del Consorcio Aguas de Manizales 123 en este caso, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

Por sustracción de materia, no se analizará el último problema jurídico planteado, al absolverse de responsabilidad a Aguas de Manizales.

⁹ Nota original de la providencia citada: Tamayo Jaramillo, Javier. De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Edit. Temis, 2ª edición. Tomo I, vol 2., Santafé de Bogotá, 1996. pp. 245, 246.

Tercer problema jurídico

¿Se presentó una concurrencia de culpas entre el señor Oscar Mauricio Tapasco López y el señor Leonardo Herrera Barrero?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que de acuerdo a lo probado en el proceso no es factible conocer las circunstancias que rodearon el choque entre la moto y el automóvil, lo que imposibilita endilgar responsabilidad al conductor del vehículo, e incluso determinar una concurrencia de causas, por no haberse probarse el nexo causal.

Con respecto a la concurrencia de culpas, aduce la parte actora que esta circunstancia tenía que ser probada en su integridad por quien la alegaba, a través de las excepciones; y que en este caso la labor probatoria desplegada resultó insuficiente para doblegar las presunciones de responsabilidad que acompañan el ejercicio de la actividad peligrosa de la conducción en cabeza del hoy demandado.

Agregó que a la víctima no le asiste responsabilidad, máxime porque el señor Herrera Barrero en su calidad de conductor del vehículo incumplió las normas de tránsito que regulan los vehículos en movimiento, según el artículo 61 de la Ley 769 de 2002, y los límites de velocidad determinados en el artículo 74 *ibídem*.

En relación con la conducción de vehículos, el Código Civil en su artículo 2356 establece que esta responsabilidad civil se origina por el ejercicio de una actividad peligrosa; norma que consagra entonces una presunción de responsabilidad a favor de la víctima de un daño causado producto de esa labor riesgosa, quien debe acreditar la conducta o hecho antijurídico, el daño y también la relación de causalidad entre este y el perjuicio.

Sin embargo, lo anterior no es óbice para revisar si la conducta de la víctima pudo tener incidencia en la causación del evento, pues si su participación resulta en todo o en parte determinante del perjuicio que sufrió, su proceder, si es total, desvirtuará el nexo causal, lo que exoneraría de responsabilidad al demandado; pero si es parcial, llevaría a que se redujera el monto indemnizatorio.

Al respecto, el artículo 2357 del Código Civil consagra *“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”*.

En este caso, como se mencionó en el problema jurídico anterior, el material probatorio que da cuenta de las circunstancias que rodearon el choque que se presentó el día 17 de junio de 2014 entre la moto que conducía el demandante y el vehículo que manejaba el señor Herrera Barrero son insuficientes para concluir cuál fue el actuar determinante para que se presentara el accidente de tránsito, y especialmente sobre a quién puede atribuírsele la responsabilidad total del mismo, toda vez que ambos desarrollaban una actividad peligrosa, y bajo este supuesto deben apreciarse de manera detallada las condiciones de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos para determinar la incidencia causal de los sujetos involucrados y así concluir cuál fue la determinante en la producción del hecho, y por consiguiente, del daño.

En este caso, el testigo Carlos Osmen Aricapa Hernández mencionó en su declaración en relación con el contexto del accidente una invasión de carril por parte del vehículo conducido por el señor Herrera Barrero, así como a un exceso de velocidad; pero por su parte el señor Herrera Barrero, en el interrogatorio de parte rendido, manifestó que fue la moto la que invadió su calzada, pues no podía circular bien por su carril al haber un montículo de tierra, lo cual quedó acreditado en el proceso.

El informe de tránsito nro. 46807 del 17 de junio de 2014 plasmó que la hipótesis del accidente era “transitar sin precaución”, para ambos conductores; y el informe FPJ-3 también señaló que manejaban sin precaución, teniendo en cuenta que la vía se encontraba en construcción y que había obreros.

Al no conocerse más detalles sobre el incidente, para esta Sala no es posible inferir que fue el actuar del señor Herrera Barrero el que causó el daño al accionante, como parece quererlo la parte actora, ya que el nexo causal no se puede presumir, debe probarse, máxime porque ambos conductores llevaban a cabo, como se indicó, una actividad peligrosa; incluso tampoco es acertado entrar a suponer una concurrencia de causas o de conductas, por lo ya reseñado.

Así las cosas, se revocará la sentencia de primera instancia en lo que hace relación a la declaratoria de responsabilidad del señor Leonardo Herrera Barrero, y por consiguiente a la indemnización de perjuicios otorgada en primera instancia.

Por sustracción de materia no se resolverá el cuarto problema jurídico, pues al no haber responsabilidad del conductor del automóvil inocuo se hace analizar si hay solidaridad entre este y la señora Dora Carmenza Giraldo Orjuela, dueña del carro.

Conclusiones de segunda instancia

Conforme a las pruebas allegadas se puede concluir que en este caso no se probó el nexo causal entre el daño padecido por los demandantes y el actuar de Aguas de Manizales, el municipio de Manizales y el Consorcio Aguas de Manizales 123, por lo que no es posible endilgarles responsabilidad, y en tal sentido se confirmará el fallo de primera instancia, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

Y se revocará lo relacionado con la declaratoria de responsabilidad civil del señor Leonardo Herrera Barrero y la disminución del quantum indemnizatorio del 50% para la parte accionante, ya que para esta Sala tampoco se acreditó el nexo causal entre el daño padecido por los demandantes y el actuar del señor Herrera Barrero, en su condición de conductor del vehículo.

Costas

No hay lugar a imposición en costas en esta instancia, en razón a que la sentencia de primera instancia será revocada parcialmente. Conforme los parámetros señalados por el C.G del P.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR LOS ORDINALES TERCERO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO Y NOVENO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 27 de mayo de 2020, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por **OSCAR MAURICIO TAPASCO LÓPEZ, JUAN DAVID TAPASCO LÓPEZ, DIEGO ALEJANDRO TAPASCO LÓPEZ Y GLORIA MATILDE LÓPEZ RAMÍREZ** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES, AGUAS DE MANIZALES S.A E.S.P., GILDARDO OCAMPO MONTES, LUIS GUILLERMO CÁRDENAS SANDOVAL, LEONARDO HERRERA BARRERO, DORA CARMENZA GIRALDO ORJUELA Y SEGUROS DEL ESTADO**, y como llamada en garantía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Y en su lugar:

DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DENOMINADA “Inexistencia de prueba de la responsabilidad de los demandados” propuesta por los señores Leonardo Herrera Barrero y Dora Carmenza Giraldo Orjuela, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

NEGAR LAS PRETENSIONES de la demanda frente a los señores Leonardo Herrera Barrero y Dora Carmenza Giraldo Orjuela.

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LOS DEMÁS el fallo proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente al juzgado de origen; háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

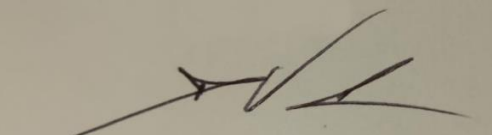
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 02 de junio de 2022, conforme Acta nro. 033 de 2022.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada
Impedida



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 099 del 07 de junio de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, dos (02) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17-001-33-33-004-2020-00220-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUIS GONZALO DUQUE MUÑOZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el día 22 de septiembre de 2021.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 28 de septiembre de 2019 frente a la petición presentada el 28 de junio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculada por primera vez a la docencia oficial en fecha posterior al 1° de enero de 1981.
2. Se declare que el demandante tiene derecho a que le reconozcan y paguen la prima de junio establecida literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia, debido a que fue vinculada a la docencia oficial después del 1° de enero de 1981.
3. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague la prima de junio establecida en la Ley 91 de 1989 a partir del 5/13/2015, equivalente a una mesada pensional, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a su fecha de vinculación.

4. Ordenar a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la ley.
5. Ordenar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado, y que el incremento del pago se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
6. Que se ordene dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.
7. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.
8. Ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.
9. Condenar en costas a la demandada, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- El demandante fue vinculado por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1º de enero de 1981, razón por la cual en su condición de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene derecho a que Cajanal le reconozca pensión gracia.
- Mediante Resolución nro. 615 del 6 de octubre de 2015, le fue reconocida una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 91 de 1989.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989: artículo 15.

Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019.

Explicó que el objetivo de haber establecido la mesada adicional fue compensar a los docentes que no tenían derecho a recibir la pensión gracia. Y resaltó que cuando se estableció el pago de una mesada adicional en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en la Ley 91 de 1989, la cual para el año 1993 ya tenía 4 años de vigencia.

Luego de citar jurisprudencia sobre el tema, indicó que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 nada tiene que ver con la mesada pensional adicional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima que equivale a una mesada pensional, la cual es diferente a la prestación establecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año, regulación que fue confirmada en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que los actos demandados se ajustan a derecho.

Adujo que la entidad se ciñe a lo establecido en la Ley 91 de 1989 para expedir los actos administrativos de reconocimiento pensional o prestacional; y en esta norma se advirtió que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen del que venían gozando; y los nacionales que se vincularan a partir del 1º de enero de 1990 se regirían por las disposiciones aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Citó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, para indicar que la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolidó con posterioridad a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

Que se encuentra acreditado que el docente Duque Muñoz causó su derecho pensional el 13 de mayo de 2015, es decir, con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto

Legislativo nro. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14 o prima de junio.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido:** adujo que la entidad no ha actuado con el fin de atentar contra los derechos laborales de la demandante, por el contrario, los mismos se encuentran debidamente satisfechos; así como tampoco se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora; no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de prima de mitad de año o mesada adicional sin el cumplimiento de los requisitos.

Genérica: pidió declarar cualquier excepción que se encuentre probada en el proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si tenía derecho la parte demandante a que se le reconociera y pagara una mesada adicional en el mes de junio con base en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; y si la mesada adicional, creada por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, desapareció del mundo jurídico con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 o, por el contrario, permaneció incólume en virtud de lo consagrado en el parágrafo primero transitorio de dicho acto.

En primer momento realizó un análisis del régimen normativo sobre la mesada¹⁴ o pensión de mitad de año, que incluyó el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, así como jurisprudencia del Consejo de Estado, para concluir que aunque el régimen pensional de los docentes vinculados al Servicio Estatal antes del 27 de junio de 2003 es el contemplado en las normas vigentes a dicha fecha, lo cual no permite afirmar que la mesada adicional subsistió para los educadores que se encuentran inmersos en el régimen pensional establecido en la Ley 91 de 1989, habida cuenta que el inciso 8 del Acto Legislativo eliminó la citada mesada para todas las personas, sin salvedad para ningún régimen pensional especial, solo dejando a salvo a aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

Resaltó que no cabe duda que el inciso octavo del Acto Legislativo 01 se concibió para todos los regímenes pensionales existentes, de manera que no hay razón alguna que permita afirmar que los docentes que se encuentran inmersos en el régimen pensional consagrado en la Ley 91 de 1989, escapan a la prohibición constitucional.

Que en casos como este, se presentan varios supuestos que se deben revisar a efectos de determinar la procedencia de reconocer la mesada de mitad de año; esto es, si el estatus de pensionado se adquirió antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005); o si adquirió el estatus después del 26 de julio de 2005 y antes del 31 de julio de 2011, caso en el cual también se debe revisar si el monto de la mesada es igual o superior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues de lo contrario no tendrán derecho a la prima adicional de mitad de año.

Que de acuerdo al material probatorio, la normativa y jurisprudencia, el demandante adquirió el estatus pensional después del 13 de mayo de 2015, por lo tanto, no le asiste derecho a lo peticionado en la demanda.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones denominadas INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION (SIC) O COBRO DE LO NO DEBIDO, en los términos como fueron sustentadas, propuestas por LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por el (la) señor(a) LUIS GONZALO DUQUE MUÑOZ en contra de LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

TERCERO: Condenar en costas a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada, cuya liquidación y ejecución se hará conforme las normas del C.G. del P.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #15 del expediente de primera instancia.

Comenzó por explicar que la Ley 91 de 1989 hizo una distinción en atención a la fecha de vinculación del docente al servicio educativo; así las cosas, si se había vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980 o antes, y cumplía con los requisitos, tenía derecho al reconocimiento de una pensión gracia, compatible con la pensión ordinaria; y si se había vinculado a partir del 1º de enero de 1981 no tenía derecho a la pensión gracia, pero se le otorgaba un beneficio adicional de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

Que de manera posterior se expidió la Ley 812 de 2003, que consagró que los docentes con vinculación en la docencia oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma (26 de junio de 2003) se regirían por lo establecido en la Ley 91 de 1989 y por el régimen general de pensiones, esto es, por la Ley 33 de 1985; mientras que los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se someterían al sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993.

Que el Acto Legislativo nro. 01 de 2005 ha generado muchas discusiones sobre la continuidad de la aplicación de normas especiales para los docentes, pues en el parágrafo 2 transitorio, estableció que la vigencia de los regímenes especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en el sistema general de pensiones, expiraría el 31 de julio de 2010. No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C-143 del 5 de diciembre de 2018 concluyó que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 continuaba produciendo efectos jurídicos, pues el parágrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo señaló que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, era el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de la misma.

Que, de acuerdo a lo anterior, la prima de medio año es un beneficio que se le otorga a los docentes que no tienen derecho a la pensión de gracia, incluso se considera como una compensación al no poder acceder a dicha prestación; y a la cual tienen derecho únicamente los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, en virtud de lo preceptuado en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

En ese sentido, no puede equipararse la prima de mitad de año establecida en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 con una mesada adicional, pues su naturaleza fue expresamente establecida por el legislador como una prima, no como una mesada pensional.

Que la Ley 100 de 1993 en su artículo 142 estableció la denominada mesada adicional o 14, pero que no existen similitudes entre esta y la prima de mitad de año consagrada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en cuanto a su monto y forma de pago, pues, aunque ambas equivalen a una mesada pensional que se cancela en el mes de junio de cada anualidad, lo cierto es que son diferentes en cuanto a su consagración normativa, su naturaleza y su temporalidad.

De acuerdo a lo anterior, el demandante cumplió con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, ya que se vinculó al magisterio el 15 de julio de 1986, tal como se desprende de la Resolución nro. 615 del 6 de octubre de 2015, por lo que cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que indica que tienen derecho a la prima de mitad de año aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 1º de enero de 1981.

Por otro lado, y en relación con la condena en costas, explicó que la demandante acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en busca de protección judicial para sus derechos. Y añadió que de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por la Ley 2080 de 2021, para la imposición de costas no se privilegia la conducta de las partes dentro del proceso, sino que se revisa quien fue la vencida en juicio y además si las costas se causaron o no, lo cual debe aparecer demostrado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, las partes no se pronunciaron sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

1. ¿Tiene derecho el señor Luis Gonzalo Duque Muñoz a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?
2. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Lo probado

➤ Mediante Resolución nro. 615 del 6 de octubre de 2015 se reconoció y se ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del señor Duque Muñoz por haber adquirido el estatus de pensionado el 13 de mayo de 2015, en cuantía de \$2.777.396, a partir del 14 de mayo de 2015.

➤ El accionante presentó reclamación para que le fuera reconocida la prima de junio establecida en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Primer problema jurídico

¿Tiene derecho el señor Luis Gonzalo Duque Muñoz a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que el demandante no tiene derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, ya que no adquirió el estatus pensional ni antes del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo nro. 01 del 2005; ni antes del 31 de julio de 2011, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹ que reguló dos eventos:

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en los parágrafos transitorio 1 y 6 lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

(...)

PARÁGRAFO TRANSITORIO 6o. *Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones: [...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, se trae a relación nuevamente el concepto del 22 de noviembre de 2007 del Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y Consulta², que esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberles significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

² Consejo de Estado; Sala de Consulta y Servicio Civil; Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo; Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007; Radicación No. 1.857; 11001-03-06-000-2007-00084-00

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993²⁰, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."²¹

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."²²

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes²³, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en

contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados²⁴; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexequibles las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995²⁷, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

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

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 2004²⁸, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005²⁹, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). El de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). El de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). El del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (párrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

[...] (negrillas y subrayas de la Sala)

En este orden de ideas, se advierte que la mesada adicional establecida en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, respecto de la aplicación del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1º de febrero de 2018 expuso³:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de

³ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Quinta; Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE; Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018); Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03252-00(AC)

trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.⁴⁵

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, la mesada de mitad de año consagrada en el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1985, solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes de 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo nro. 01 del 2005; o que habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional sea igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como las tomadas dentro de los procesos con radicado 17-001-33-39-006-2020-00250 y 17-001-33-39-006-2020-00258 el 21 de abril de 2022.

Caso concreto

En relación con la fecha de ingreso al servicio, aunque no se cuenta con un certificado de historia laboral, adujo la parte actora en la demanda que fue posterior al 1° de enero de 1981, y al revisar los considerandos del acto administrativo de reconocimiento de la pensión se consignó un tiempo laborado entre el 15 julio de 1986 y el 7 de julio de 2014. Y mediante Resolución nro. 615 del 6 de octubre de 2015 le fue reconocida una pensión de jubilación en cuantía de \$2.777.396, por haber adquirido el estatus de pensionada el 14 de mayo de 2015.

Ello significa que el demandante no adquirió su estatus pensional antes del 25 de julio de 2005 ni antes del 31 de julio de 2011, pues cumplió requisitos el 13 de mayo de 2015, por lo que no se encuentra dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo nro. 01 del 25 de julio de 2005.

Segundo problema jurídico

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso al momento de condenarse en costas no se fundamentó la decisión, lo que genera una vulneración al derecho de defensa ya que no se conocen los motivos por los cuales se impusieron.

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se adujo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibídem*, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenaba a la parte demandante por el valor de las agencias en derecho, dado que se habían negado las pretensiones y se tenía acreditado que la parte demandada desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

En el recurso de apelación se argumentó, en síntesis, que no procedía la condena en costas, ya que se trató de una condena automática para la parte vencida en juicio, sin que se analizara si se habían causado o no, por lo que se pasó por alto el criterio valorativo.

Respecto a este tema, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

Debe indicarse que las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, la cual corresponde por una parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

El artículo 188 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, determinó que se dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, pero ello no eliminó, en dado caso que la demanda haya incurrido en ese supuesto, de tener que aplicar el criterio adoptado para su imposición que es el objetivo valorativo, el cual impone no solo verificar la parte vencida en juicio sino además el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las mismas.

En la sentencia de primera instancia se argumentó que en atención al criterio objetivo valorativo procedía la condena en costas para la parte demandante en el rubro agencias en derecho, por evidenciar actuación por parte del apoderado de la demandada, pero ningún valor se estableció al respecto, conforme se establece en el artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, lo que impide a la parte conocer el monto correspondiente a esta condena, o por lo menos la forma en qué se determinaría y, por ende, le impide ejercer el derecho de defensa, pues no sabe la suma de dinero que debe cancelar, y por ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión.

Esto conlleva a que la sentencia de primera instancia deba ser revocada en este punto, al evidenciarse una falencia del juez al momento de imponer la condena en costas.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por lo que la sentencia de primera instancia será confirmada en este aspecto.

Pero será revocado su ordinal tercero en relación con la condena en costas para este proceso, ya que le correspondía al juez de primera instancia al momento de disponer sobre estas señalar el monto de las agencias en derecho, o por lo menos brindar los parámetros de su liquidación, y en este caso eso no se realizó.

Costas de segunda instancia

No hay lugar a imposición en costas en esta instancia, en razón a que el fundamento de la revocatoria de la sentencia de primera instancia se debió a una omisión del juez, y no a una actuación de las partes.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL TERCERO en lo relativo a las costas de este proceso, de la sentencia del 22 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor **LUIS GONZALO DUQUE MUÑOZ** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según lo expuesto en la parte motiva.

En su lugar: **SIN COSTAS** en primera instancia.

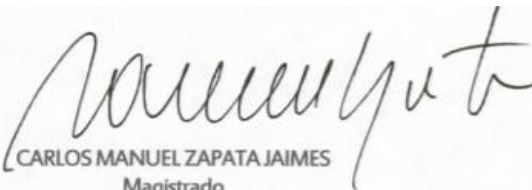
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo de primera instancia.

TERCERO: NO SE CONDENA en costas en segunda instancia, por lo brevemente expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

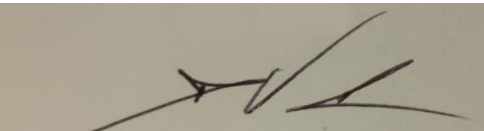
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 02 de junio de 2022, conforme Acta nro. 033 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 099 del 07 de junio de 2022.

17-001-33-39-007-2022-00088-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, tres (03) de JUNIO de dos mil veintidós (2022)

S. 085

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN¹ y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones de la parte actora dentro del proceso que en ejercicio de la acción de **CUMPLIMIENTO** promovió el señor **DIEGO FERNANDO BRAND RUIZ** contra la **E.S.E. ASSBASALUD**.

PRETENSIÓN

Solicita el accionante se ordene el cumplimiento del Decreto 1028 de 2019, el que estipula un incremento del 1,32% para salarios del año 2019, porcentaje que ha de sumarse al aumento hecho con base al IPC del año previo; así mismo, que se disponga el cumplimiento al Decreto 961 de 2021 y al Decreto Municipal N°558 de 2021, normas que disponen un aumento adicional del 1,61 % sobre el incremento legal del 1% sobre el salario del año 2021.

Como consecuencia de ello pide se ordene la reliquidación de todos los factores prestacionales, los aportes a salud, pensión, riesgos profesionales, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías.

¹ Ausente por vacaciones.

HECHOS

Relata el accionante que el Decreto 1028 de 2019 prescribió que el aumento salarial para ese año debía ser equivalente al incremento porcentual del año 2018 certificado por el DANE (que fue del 3.18%), más un 1.32% a partir del 1° de enero de 2019, razón por la cual, el 8 de julio de 2019 solicitó a ASSBASALUD E.S.E. materializar dicho mandato y reajustar el salario, además de pagar el retroactivo correspondiente.

Acotó que, como respuesta, ASSBASALUD E.S.E. le informó que estaba haciendo consultas ante el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA sobre la aplicabilidad de dicho decreto, pues si bien su texto cobijaba a los empleados públicos, en la entidad persistía la duda si sus disposiciones incluían a los servidores de las Empresas Sociales del Estado del orden municipal, precisando, así mismo, la entidad que aprobó el reajuste salarial equivalente al 3.18%.

Agregó que el 28 de octubre de 2019, la accionada indicó que no era posible proceder al reajuste salarial en dicha vigencia, puesto que carecía de los recursos para sufragarlo, por lo que sería analizada su viabilidad para la siguiente, es decir, para el 2020; no obstante, también señaló el accionante, dicho estudio jamás se realizó.

Expuso luego que el Gobierno Nacional profirió el Decreto 961 de 2021, a través del cual indicó que el aumento salarial de esa anualidad correspondería al incremento porcentual de 2021 certificado por el DANE (1.61%) más un 1%, y, posteriormente, la administración municipal expidió el Decreto N° 558 de 2021, en el cual, al principio, acogió la cifra determinada por el Gobierno Nacional (2.61%) y posteriormente decretó el incremento en un porcentaje de 3.5%. Así las cosas, el actor en su calidad de presidente de SINTRASS (Sindicato de ASSBASALUD), el 27 de octubre de 2021 dirigió petición a ASSBASALUD, solicitándole el cumplimiento de lo determinado en dichas normas; sin embargo, el Secretario Ad Hoc de la junta directiva le informó que la decisión de esa instancia fue negativa debido a la situación financiera por la que atraviesa la entidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **E.S.E ASSBASALUD** (PDF N°9) se pronunció de manera oportuna con oposición a las pretensiones de la parte actora, aludiendo que la entidad goza de autonomía en el marco de las normas que gobiernan las E.S.E., y los incrementos salariales son definidos por la junta directiva, como en el caso de 2019, que fue de 3.18%, correspondiente al I.P.C. del año 2018, incremento que, además, se compagina con la situación financiera de la entidad. Igual situación refirió con respecto a los años 2019 a 2022, periodos en los que la entidad se ha ceñido al indicador económico mencionado del año inmediatamente anterior.

Cuestionando los fundamentos jurídicos invocados por el demandante, quien según ASSABASALUD se refiere a normas derogadas como el Decreto 1082 de 2019, que son aplicables a los empleados públicos del orden nacional, también cuestionó que el actor pretenda equiparar las escalas salariales de la administración central municipal con la de una entidad descentralizada como ASSBASALUD E.S.E., pues si bien la E.S.E. se considera municipal en tanto presta sus servicios en ese ámbito, para efectos salariales se rige por normas nacionales y totalmente diferentes a las de los municipios (Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993), que cuentan con su propia normativa. Adicional a lo anterior, ilustró que, por ejemplo, el cargo de médico general que ocupa el actor no tiene equivalencia funcional en el municipio, por lo que no resulta comparable.

Estimó que la acción de cumplimiento se torna improcedente, habida cuenta que si el actor considera tener derecho a que se le apliquen incrementos salariales con base en lo que las normas establecen como topes máximos, debe acudir al medio de control procedente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y no a esta vía constitucional, la cual se orienta por el principio de subsidiariedad.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juez 7° Administrativo de Manizales negó las pretensiones de la parte demandante con la sentencia que reposa en el PDF N° 13 del expediente digital, argumentando, por modo principal, que las normas enlistadas no contienen un deber claro e inobjetable en cabeza de ASSBASALUD E.S.E., tendiente a que se apliquen los porcentajes definidos en estas disposiciones a los incrementos salariales de esa entidad, añadiendo que lo que las normas contienen son unos máximos o topes para los incrementos salariales, y sus destinatarios son entidades del orden nacional, por lo que la accionada escapa a sus mandatos.

Respecto de la normativa municipal invocada, precisó el funcionario judicial de instancia, ella se halla dirigida a la administración municipal del sector central, por lo que tampoco reviste obligatoriedad tratándose de ASSBASALUD E.S.E, entidad estructurada como Empresa Social del Estado (E.S.E.) y, por ende, descentralizada con autonomía administrativa.

En conclusión, si bien estimó que la acción de cumplimiento es procedente pues no se trata de normas que establezcan gastos, las normas invocadas no contienen un mandato claro e inobjetable para la accionada.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Con el libelo que conforma el documento PDF N° 20 del expediente digital, la parte demandante impugnó la sentencia a-quo, manifestando sucintamente que el juez de primera instancia no valoró un concepto emitido por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, según el cual, las normas invocadas sí incluyen a las Empresas Sociales del Estado del orden municipal, por lo que impetra se acceda a las pretensiones plasmadas en la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende por manera la parte demandante, se disponga el cumplimiento de los Decretos 1028/19 y 961/21, además del Decreto Municipal N° 558/21, por lo que, impetra, se reajusten todos los salarios y prestaciones sociales de los servidores de ASSBASALUD ESE con base en los porcentajes allí previstos.

PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con la postura de la parte apelante, el litigio se circunscribe a elucidar el siguiente cuestionamiento:

- *¿Incumple la autoridad demandada los Decretos 1028/19, 691/21 y 558/21, por no acceder al incremento salarial de los servidores de ASSBASALUD E.S.E. con sujeción a los porcentajes que prevén dichas normas?*

(I)

LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

El fundamento constitucional de la acción de cumplimiento se encuentra contenido en el artículo 87 de la Carta Política, que a la letra expresa:

“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

Pretendió entonces el constituyente mediante la acción de cumplimiento, conferir a todas las personas la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para lograr la efectividad de las leyes y de los actos administrativos, protegiendo de esta manera el orden jurídico y social del Estado. De igual modo, el precepto 146 de la Ley 1437/11, haciendo eco de la norma superior consagró que,

“Toda persona podrá acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previa constitución en renuencia, para hacer efectivo el cumplimiento de cualesquiera normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos”.

Con todo, el referido mecanismo judicial no está destinado a lograr el reconocimiento de derechos particulares en disputa, sino, como ya se ha dicho, a la protección del ordenamiento jurídico en abstracto a través del cumplimiento de deberes concretos de las autoridades, derivados de normas jurídicas de las estirpes aludidas (leyes o actos administrativos).

De esta forma lo consideró el Supremo Tribunal Constitucional mediante la sentencia C-1194 de 2001², expresando al respecto que:

“...De este modo, la acción de cumplimiento está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, imperativo, inobjetable y expreso³-, y no al reconocimiento por parte de la administración de garantías particulares, o el debate, en sede judicial, del contenido y alcance de algunos derechos que el particular espera que se le reconozca⁴. Tampoco es un

² M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

³ Las referencias a la jurisprudencia del Consejo de Estado son meramente ilustrativas. No son recogidas a título de "derecho viviente" que le fija el sentido a una norma legal ambigua objeto de control de constitucionalidad. Con los adjetivos mencionados la jurisprudencia del Consejo de Estado ha calificado al mandato que contiene la obligación presuntamente incumplida por parte de la administración. Cfr. la sentencia del proceso ACU 615 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", 10 de marzo de 1999, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez. En esta oportunidad se confirmó el fallo de instancia mediante el que se constató que CODENSA S.A. "está obligada a dar estricto cumplimiento a la Resolución 013 de 1998 acto administrativo de carácter general expedido por el Contralor de la ciudad de Bogotá".

⁴ Sobre este punto, la jurisprudencia producida por el Consejo de Estado al resolver diferentes acciones de cumplimiento es ilustrativa de la manera como se ha reservado la acción de cumplimiento para asegurar la protección de derechos indiscutibles a los particulares, ordenando a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. A título de ejemplo pueden citarse las sentencias proferidas en los procesos ACU-120 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, 22 de enero de 1998. En esta oportunidad se afirmó que "para perseguir el pago de las cesantías el actor cuenta con otro instrumento de defensa judicial" distinto a la acción de cumplimiento. En el mismo sentido, también puede consultarse el fallo ACU 126 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Dolly Pedraza De Arenas, 29 de enero de 1998. En esta oportunidad el Consejo desestimó la acción

mecanismo para esclarecer simplemente el sentido que debe dársele a ciertas disposiciones legales⁵, pues a pesar de la legitimidad que asiste a quien promueve todas estas causas, la acción de cumplimiento no resulta ser el medio idóneo para abrir controversias interpretativas lo cual no obsta, claro está, para que con el fin de exigir el cumplimiento de un deber omitido, el contenido y los alcances del mismo sean ineludiblemente interpretado⁶.

Así como el objeto de la acción de cumplimiento no es el reconocimiento de derechos particulares en disputa,

de cumplimiento planteada por el actor, pues pretendía que se ordenara al Centro de Rehabilitación integral de Boyacá "reconocer y pagar la prima técnica a la que tiene derecho", conflicto que corresponde dirimir a la jurisdicción contencioso administrativa por la vía pertinente. En el mismo sentido, pueden consultarse, también a título ilustrativo, los procesos ACU 558 (sentencia del 20 de febrero de 1998 C.P. Mariela Vega de Herrera), ACU 589 (sentencia del 25 de febrero de 1999 C.P. Juan de Dios Montes Hernández) y ACU 868 (sentencia del 9 de septiembre de 1999 C.P. Olga Inés Navarrete Barrero).

⁵ La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha establecido la necesidad de distinguir entre el objeto de la acción de cumplimiento (la realización de un deber omitido por la administración), y la discusión que puede plantearse alrededor del reconocimiento y garantía de un derecho subjetivo y particular, circunstancia frente a la cual existen otros mecanismos de defensa idóneos. Cfr. sentencia C-193 de 1998 MM.PP. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Barrera Vergara. Se estudió aquí la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 20., 30., 5º., y 9º., todos parcialmente de la Ley 393 de 1997. Como se dijo, uno de los puntos abordados en esta ocasión tiene que ver con la relación de la acción de cumplimiento con los mecanismos ordinarios de defensa jurídica respecto de la ejecución de actos administrativos de carácter particular. Se señaló, entonces, que: "cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Por ello se justifica constitucionalmente, por considerarse razonable y no afectar el contenido esencial de la norma del artículo 87 constitucional, la previsión del legislador, en el sentido de que en tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios que también éste ha instituido para lograr el cumplimiento de tales actos, porque dentro de la autonomía discrecional de que goza para la configuración de la norma jurídica, no resulta contrario al referido mandato constitucional que el precepto acusado permita la existencia de mecanismos alternativos para el cumplimiento de esta clase de actos, salvo cuando de no asegurarse la efectiva ejecución del acto particular y concreto se pueda derivar para el interesado 'un perjuicio grave e inminente'. En otros términos, no es inconstitucional que el Legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo".

⁶ No obstante, quizás por el contexto particular del caso, en varias oportunidades, al abordar diferentes aspectos de acciones de cumplimiento que son objeto de estudio por parte del Consejo de Estado, este Tribunal ha referido a la necesidad de corroborar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible como elemento necesario para la prosperidad de la acción consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Al respecto, valga citar, de manera puramente ejemplar, las sentencias producidas dentro de los procesos ACU 1039, sentencia del 13 de diciembre de 1999, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa (esta sentencia es un buen ejemplo de los

tampoco lo es el cumplimiento general de las leyes y actos administrativos. Dicha acción no consagra un derecho a la ejecución general e indiscriminada de todas las normas de rango inferior a la Constitución ni un derecho abstracto al cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico. Su objeto fue especificado por el propio constituyente: asegurar el "cumplimiento de un deber omitido" contenido en "una ley o acto administrativo" (artículo 87 C.P.) que la autoridad competente se niega a ejecutar.

Dicho deber no es, entonces, el deber general de cumplir la ley, sino un deber derivado de un mandato específico y determinado. Este puede tener múltiples manifestaciones o modalidades, pero no tiene que consistir en una obligación clara, expresa y exigible porque el artículo 87 no consagró una acción de simple ejecución, sino una acción de mayor alcance. Para que pueda exigirse su cumplimiento el deber ha de

fundamentos teóricos que han servido al Consejo de Estado para avanzar en la aplicación del artículo 87 C.P. y la Ley 393 de 1997. Allí se hace alusión a los antecedentes de la acción de cumplimiento a través una referencia específica a la forma como funcionaba el writ of mandamus del derecho anglosajón); ACU 573, C.P. Daniel Suárez Hernández (En dicha oportunidad la Sala Tercera del Consejo de Estado consideró que la administración había incumplido la obligación clara, expresa y exigible contenida en el artículo 17 de la Ley 387 de 1997 afirmando: "La Sala precisa que, la acción de cumplimiento resulta procedente en el caso concreto, por la circunstancia de que el dispositivo legal contenido en el artículo 17, disciplina una conducta - débito prestacional - a cargo de las autoridades públicas o privadas que integran el sistema nacional de salud, conducta que supone desde luego, la ejecución de todas las medidas - acciones específicas y concretas -, tendientes a materializar los fines últimos para los cuales fue creado dicho sistema, para la atención integral de la población desplazada por la violencia"); ACU 634, sentencia del 18 de marzo de 1999, C.P. Juan de Dios Montes Hernández (Se consideró en esta ocasión que el incumplimiento por parte de la Empresa Comercial de Servicio de Aseo Limitada, ECSA, de un acto administrativo proferido por la Superintendencia de Servicios Públicos en el que constaba una obligación clara, expresa y exigible, constituía una circunstancia que bien podía ser objeto de una acción de cumplimiento). Esta forma de calificar la obligación de la administración que hace procedente la acción de cumplimiento tiene un antecedente claro, entre otros, en la jurisprudencia que jurisdicción contencioso administrativa desarrolló a partir del estudio de las acciones de cumplimiento en materia ambiental a las que se refiere la Ley 99 de 1993. El artículo 77 de esta normatividad señala que "el efectivo cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente podrá ser demandado por cualquier persona natural o jurídica, a través del procedimiento de ejecución singular regulado en el Código de Procedimiento Civil". Como se dijo la ejecución de una obligación clara, expresa y exigible es, entonces, una de las modalidades mediante las que se puede expresar el deber jurídico que se exige cumplir a la administración.

predicarse de una entidad concreta competente, es decir, que existe jurídica y realmente y es destinataria del mandato contenido en la norma legal o administrativa. La entidad no tiene que haber sido la única destinataria del mandato, puesto que las normas generales que regulan una materia pueden tener como destinatarias, por ejemplo, a las autoridades de determinado sector o a todas las entidades de cierto tipo -v.gr. las comisiones de regulación-. De manera tal que el particular, quien actúa en interés propio, en representación de un tercero, o en defensa del interés general, tiene la facultad de exigir, precisamente, la adopción de una decisión, la iniciación o continuación de un procedimiento, la expedición de un acto o la ejecución de una acción material necesaria para que se cumpla el deber omitido, así éste haya sido establecido en una ley que no menciona específicamente a la autoridad renuente...” /Subrayas de la Sala/.

En este orden de argumentación y conforme al marco que determina la Ley 393/97 en relación con el medio de control utilizado, así como a los alcances otorgados por la jurisprudencia del tribunal supremo de lo contencioso administrativo sobre el particular, los requisitos esenciales⁷ para la procedencia de ese mecanismo son los siguientes:

- i. Que el deber jurídico cuyo cumplimiento se pida, se encuentre en normas aplicables con fuerza material de ley o en actos administrativos.
- ii. Que se acredite la constitución en renuencia al cumplimiento del deber, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido a cumplir, o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su

⁷ Ver, entre otras, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia de noviembre 2 de 2000. Radicación número: ACU-1694. Actor: LUZ MARINA ROJAS CASTRO.

inminente incumplimiento (arts. 8° Ley 393/97 y 161 num. 3 Ley 1437/11).

- iii. Que el mandato sea imperativo, inobjetable y que esté radicado en cabeza de la autoridad pública - entidad competente -, o del particular en ejercicio de funciones públicas -, frente a los cuales se reclame su cumplimiento (art. 5° y 6°).
- iv. Que no exista otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico, a no ser que, de no proceder, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejercite la acción (art. 9°).

(II)

EL CASO CONCRETO

Según la tesis sostenida por el demandante DIEGO FERNANDO BRAND RUIZ, los Decretos 1028 de 2019 y 961 de 2021, así como el Decreto Municipal N° 558 de 2021, imponen a ASSBASALUD E.S.E. dos (2) obligaciones, a saber: a) Respecto al salario de 2019, aduce que se debía incrementar según el IPC certificado por el DANE para el año anterior (3.18%), más un 1.32% adicional; b) Por su parte, el salario de 2021 debe ser igual al I.P.C de 2020 (1.61%) más un 1% adicional, y a partir de ello, impetra, que se reliquiden todos los emolumentos recibidos en ambas anualidades.

En el caso del Decreto 1028 de 2019, *“Por el cual se fijan los límites máximos salariales de los Gobernadores, Alcaldes y empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan disposiciones en materia prestacional”* /Resalta el Tribunal/, regula diversos aspectos, como el monto máximo de la asignación salarial de los mandatarios departamentales (gobernadores) y municipales (Alcaldes), contralores y personeros municipales y distritales (art. 1), los límites mensuales específicos para alcaldes y gobernadores (arts. 2 y 3), viáticos (arts. 5 y 9), bonificación de dirección (art. 6), el límite máximo salarial mensual para los empleados públicos del orden territorial (art.. 7), la prohibición para recibir asignaciones mayores a dichos topes (art.

8), el subsidio de alimentación (art. 10), la competencia del Departamento Administrativo de la Función Pública para conceptuar (art. 11), y el régimen de vigencia y derogatorias (art. 12). De este catálogo normativo, en ninguno de los textos se consagra una obligación como la descrita por el demandante.

El texto del cual deriva el actor el supuesto cometido obligacional de ASSBASALUD E.S.E se encuentra en la parte motiva en los siguientes términos: *“(...) Que el incremento porcentual del IPC total de 2018 certificado por el DANE fue de tres punto dieciocho por ciento (3.18%) y, en consecuencia, los salarios y prestaciones establecidos en el presente decreto se ajustarán en cuatro punto cinco por ciento (4.5%) para 2019, retroactivo a partir del 1° de enero del presente año”.*

De entrada, el Tribunal se separa de la respetable conclusión del juez de primera instancia, según el cual, las normas enlistadas no consagran un deber jurídico puntual, en cabeza de ASSBASALUD E.S.E., en los términos planteados por el demandante, quien valga acotar, se limitó a invocar dichas normas en su integridad, sin especificar el artículo o segmento que contiene la obligación echada de menos; pues de un lado, la entidad descentralizada mencionada es un ente territorial, y el Decreto 1028/19 es de obligatoria observancia en los términos de los precepto 88 y 89 de la ley 1437 de 2011, por cuyo mandato, “Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo...”; y “Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de in mediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad...”; pero lo que sí es cierto, es que aquel decreto no impone una obligación clara, perentoria e inobjetable a cargo de ASSBASALUD ESE.

Ahora bien; ha de entenderse que el texto parcialmente reproducido constituye la explicación de la fórmula que el Decreto 1028 de 2019 finalmente adoptó para establecer los topes salariales de esa anualidad, entendidos como los valores máximos que se tendrían en cuenta para aumentar las asignaciones salariales, sin que de ello pueda derivarse, se

repite, como lo pretende el demandante, que surge un deber directamente en cabeza de la entidad accionada, para los efectos de esta acción, de incrementar en ese mismo porcentaje la asignación de todos los servidores públicos de ASSBASALUD.

Por ejemplo, tratándose de los empleados públicos del orden territorial, la norma estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 7. Límite máximo salarial mensual para empleados públicos de entidades territoriales. El límite máximo de la asignación básica mensual de los empleados públicos de las entidades territoriales para el año 2019 queda determinado así /Resaltados de la Sala/:

NIVEL JERÁRQUICO	LÍMITE MÁXIMO
SISTEMA GENERAL	ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL
DIRECTIVO	\$13.744.303
ASESOR	\$10.986.254
PROFESIONAL	\$7.674.783
TÉCNICO	\$2.845.090
ASISTENCIAL	\$2.816.860

(...)”

Como de manera acertada se concluyó en el fallo impugnado en este especial aspecto, la redacción de la norma permite concluir que lo que se buscó fue establecer topes, es decir, límites máximos dentro de los cuales las respectivas entidades podían adoptar los incrementos salariales con base en los porcentajes dichos, pero sin sobrepasar esos límites, por lo que, a la postre, el incremento bien podía ser menor.

DECRETO 961 DE 2021

En el caso del Decreto 961 de 2021 se limitó a fijar diferentes escalas de remuneración para servidores públicos nacionales, que, por exclusión, no se aplica a los servidores territoriales, tal como lo dispuso su artículo 1º: “El

presente título fija las escalas de remuneración de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos correspondientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, demás instituciones públicas de la rama ejecutiva nacional y entidades en liquidación del orden nacional.

DECRETO MUNICIPAL 558 DE 2021

Finalmente, el demandante plantea que el deber de incremento salarial en los montos por él pretendidos también encuentra su fundamento en el Decreto N° 558 de 2021 proferido por el MUNICIPIO DE MANIZALES, norma que al igual que ocurre con la anterior, tampoco resulta aplicable al caso de los servidores de ASSBASALUD E.S.E., pues sus artículos 1 y 2 disponen, por manera diáfana que las escalas salariales allí previstas se limitan y restringen a los servidores de la administración central del MUNICIPIO DE MANIZALES, lo que de suyo separa de sus mandatos a las entidades descentralizadas, como lo es la E.S.E. ASSBASALUD.

En apoyo de lo anterior y en consonancia con lo expuesto por la entidad demandada en el escrito de contestación, las Empresas Sociales del Estado se gobiernan por disposiciones normativas propias en materia salarial, atendiendo su carácter autónomo, conforme lo establece el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, por cuyo ministerio:

“La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en

este capítulo” (conc. Art. 68 Ley 489/98)
/Resalta el Tribunal/.

En ese orden, ASSBASALUD E.S.E., dada su condición de Empresa Social del Estado (ESE) se ciñe para efectos de su régimen jurídico en general, y particularmente en cuanto a las disposiciones salariales, a las disposiciones de las Leyes 10 de 1990, 100 de 1993 y el Decreto 1876 de 1994.

Lo anterior adquiere mayor firmeza una vez revisado el contenido del artículo 2 párrafo de la Ley 489 de 1998, la que establece en su tenor literal:

“La presente ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.

PARAGRAFO. Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política” /Resalta el Tribunal/.

Y precisamente, al acudir a las normas que dentro de ese mismo esquema disposicional contienen el régimen de las entidades descentralizadas, se tiene que el título regula lo que se entiende por dichas entidades (art. 68), su creación (art. 69), los establecimientos públicos (arts. 70 a 82), las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 84), y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (arts. 85 a 96), sin incluir normas específicas acerca del régimen salarial y prestacional.

Dentro de dicho catálogo normativo, tratándose de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), el artículo 83 remite a los mandatos de las Leyes 100 de 1993 y 344 de 1996, y únicamente a las normas nacionales tratándose de aspectos no regulados, bajo el siguiente tenor literal:

“Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen” /Se resalta/.

En suma, partiendo del ámbito de aplicación y el contenido de los Decretos 1028 de 2019 y 961 de 2021, así como el Decreto Municipal 558 de 2021 expedido por el MUNICIPIO DE MANIZALES, puede concluirse que sus disposiciones no contienen un deber con los ribetes de imperatividad que plantea el accionante, dirigido a que los salarios de todos los servidores de ASSBASALUD E.S.E aumentaran en el máximo porcentaje definido por esos mandatos para los años 2019 y 2021.

A manera de complemento, y aun cuando esta no fue la razón de la negativa de las pretensiones en primera instancia, para este Tribunal también le asiste razón a la entidad demandada al plantear la improcedencia de esta vía judicial en tanto mecanismo eminentemente subsidiario, según se indicó con mayor profundidad en el primer segmento de esta providencia.

Con base en este punto, si lo esgrimido por el demandante se traduce en una inconformidad con los actos administrativos proferidos por la Junta Directiva de ASSBASALUD E.S.E en relación con los porcentajes de los incrementos salariales de 2019 y 2021 por considerarlos contrarios a derecho, el cuestionamiento de legalidad debía encauzarse a través de los medios judiciales ordinarios consagrados en los cánones 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, se insiste, ante la connotación fundamentalmente subsidiaria y residual de este mecanismo constitucional. Ello también si se tiene en cuenta que una de las súplicas de la demanda incluye el reajuste todos los emolumentos

devengados a partir del incremento salarial, pretensión de orden particular y económico que escapa a los fines de la acción de cumplimiento.

Aun cuando ya hubo ocasión de establecer que de las normas invocadas no se deriva un contenido obligacional como el pretendido en el libelo introductor, resulta oportuno acotar que tampoco es de recibo el argumento vertido en el escrito de impugnación, según el cual, las normas presuntamente incumplidas también resultan obligatorias para las Empresas Sociales del Estado en virtud de los conceptos emitidos por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Lo anterior, por cuanto el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 establece de modo categórico el carácter simplemente consultivo y no vinculante de tales conceptos, al preceptuar que, *“Salvo disposición en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*.

Por último, y *ad latere* de lo argumentado, también contrario a lo que expuso el juez de instancia, la aplicación de los incrementos salariales, su ejecución implica, sin hesitación alguna, un gasto para el Estado que también haría inviable este medio de acción constitucional en los términos del párrafo del artículo 9º de la ley 393 de 1997.

Todo lo anterior fuerza a confirmar, por las razones aquí expuestas, la sentencia impugnada.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones de la parte actora dentro del proceso que en ejercicio de la acción de **CUMPLIMIENTO** promovió el señor **DIEGO FERNANDO BRAND RUIZ** contra la **E.S.E. ASSBASALUD**.

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 027 de 2022.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

(En vacaciones)



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA SUSTANCIADORA: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022).

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho
RADICADO: 17-001-23-33-000-2019-00194-00
DEMANDANTE: Paula Andrea Serna Castrillón
DEMANDADO: Instituto de Cultura y Turismo de Manizales
AUTO NO. 242

Surtido el traslado de la prueba documental allegada fuera de audiencia, y no habiendo más medios probatorios pendientes de recolectar, se entiende que ha sido practicada y controvertida la misma; por tanto, los documentos se incorporan al expediente y serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia.

Al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, córrase traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión y concepto, respectivamente.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

Notifíquese por estado electrónico a las partes, a las cuales se les enviará una vez surtido éste, mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

Código de verificación:

76733c005d2f4d6a5cb27db6df161b414e0239ba54bcb030590deb91c970170e

Documento generado en 06/06/2022 09:39:22 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, días (06) de junio de dos mil veintidós (2022).

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho
RADICADO: 17-001-23-33-000-2019-00554-00
DEMANDANTE: Bernardo Antonio Anzola Ríos
DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional - FNPSM
AUTO NO. 243

Surtido el traslado de la prueba documental allegada fuera de audiencia, y no habiendo más medios probatorios pendientes de recolectar, se entiende que ha sido practicada y controvertida la misma; por tanto, los documentos se incorporan al expediente y serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia.

Al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, córrase traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión y concepto, respectivamente.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

Notifíquese por estado electrónico a las partes, a las cuales se les enviará una vez surtido éste, mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

Código de verificación:

e542617695192bae03de4a51df3dcba983f2422028dcb7eb2d0262b9609b2503

Documento generado en 06/06/2022 09:41:57 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA SUSTANCIADORA: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, seis (06) de junio de dos mil veintidós (2022).

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho
RADICADO: 17-001-23-33-000-2020-00216-00
DEMANDANTE: María Gilma Cortés Castañeda
DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional - FNPSM
AUTO NO. 244

Surtido el traslado de la prueba documental allegada fuera de audiencia, y no habiendo más medios probatorios pendientes de recolectar, se entiende que ha sido practicada y controvertida la misma; por tanto, los documentos se incorporan al expediente y serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia.

Al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, córrase traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión y concepto, respectivamente.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

Notifíquese por estado electrónico a las partes, a las cuales se les enviará una vez surtido éste, mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

Código de verificación:

c8eca3475f24ee615133912218e60fcb498c89bb961c90b9c8fb519447effdde

Documento generado en 06/06/2022 09:42:29 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control Reparación Directa fue devuelta del H Consejo de Estado profiriendo nueva providencia ordenada mediante acción de tutela 11001-03-15-000-2021-03772-01 de la Sección quinta del Consejo Estado, que ordenó modificar la sentencia proferida por esa Corporación el 26 de julio de 2020.

Consta de 3 cuadernos.

Junio 06 de 2022.



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA

Radicación: 17-001-23-33-000-2009-00211-01

Demandante: JUAN DAVID GARCIA VELAZQUEZ Y OTROS

Demandado: RAMA JUDICIAL Y OTROS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, junio seis (06) de dos mil veintidós (2022).

A.S. 113

Estese a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 18 de febrero de 2022, visible a folio 413 al 417 del Cuaderno Consejo Estado, profiere nueva sentencia en el proceso de la referencia ordenada mediante acción de tutela 11001-03-15-000-2021-03772-01 de la Sección quinta del Consejo Estado, que ordenó modificar la sentencia proferida por esa Corporación el 26 de julio de 2020.

Ejecutoriado el presente auto, archívese el expediente previo a la correspondiente anotación en el programa Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

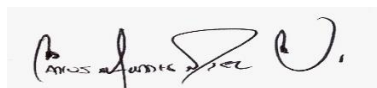
No. **099**

FECHA: 07/06/2022

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue devuelta del H Consejo de Estado revocando la providencia emitida por esta corporación el 29 de julio de 2019.

Consta de 6 cuadernos.

Junio 06 de 2022.



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 17-001-23-33-000-2016-00642-01

Demandante: TULIO VALENCIA GIRALDO

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, junio seis (06) de dos mil veintidós (2022).

A.S. 114

Estese a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 10 de febrero de 2022, visible a folio 227 al 233 del C.1, confirma parcialmente la sentencia emitida por esta corporación el 29 de julio de 2019; revocase la decisión extra petita del pago de la indexación de las sumas causadas desde el 1° de enero hasta el 14 de abril de 2013.

Ejecutoriado el presente auto, archívese el expediente previo a la correspondiente anotación en el programa Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **099**

FECHA: 07/06/2022

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control Pérdida de Inestidura fue devuelta del H Consejo de Estado confirmando la sentencia emitida por esta corporación el 10 de diciembre de 2018.

Consta de 2 cuadernos.

Junio 06 de 2022.



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17-001-23-33-000-2016-00878-01
Demandante: GERARDO GIRALDO SANTA
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Unitaria

Manizales, junio seis (06) de dos mil veintidós (2022).

A.S. 115

Estese a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 27 de enero de 2022, visible a folio 231 al 236 del C.1, confirma parcialmente la sentencia emitida por esta corporación el 10 de diciembre de 2018; revocase el ordinal tercero de la parte decisoria del fallo de 1° instancia, referido a la decisión extra petita acerca del pago de la indexación de las sumas causadas desde el 1° de enero de 2012 hasta el 5 de mayo de 2014.

Ejecutoriado el presente auto, archívese el expediente previo a la correspondiente anotación en el programa Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **099**

FECHA: 07/06/2022

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control Reparación Directa fue devuelta del H Consejo de Estado revocando la providencia emitida por esta corporación el 23 de septiembre de 2019.

Consta de 6 cuadernos.

Junio 06 de 2022.



CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA

Radicación: 17-001-23-33-000-2017-00272-01

Demandante: CONSORCIO DISEÑOS Y CONSTRUCCIONES MANZURES

Demandado: CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS - CHEC

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, junio seis (06) de dos mil veintidós (2022).

A.S. 116

Estese a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 10 de diciembre de 2021, visible a folio 425 al 432 del Cuaderno Consejo Estado, revoca la providencia emitida por esta corporación el 23 de septiembre de 2019; *“revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Caldas de no declarar probada la excepción de inexistencia del demandante y la de postergar el estudio de la caducidad del medio de control para el momento de proferir sentencia, tomada en el curso de la audiencia inicial del 23 de septiembre de 2019 y en su lugar Declarar probada la excepción de inexistencia del demandante y la Prosperidad de la Excepción de caducidad”*.

Ejecutoriado el presente auto, archívese el expediente previo a la correspondiente anotación en el programa Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **099**

FECHA: 07/06/2022

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, 06 de junio de 2022

Doctor
DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado
Tribunal Administrativo de
CaldasManizales

REF. Expediente 2018-00214-02

Señor Magistrado:

Con el debido respeto me permito manifestar mi impedimento para conocer del recurso de apelación de la sentencia proferida en primera instancia dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por la señora María Eugenia Naranjo Ramírez contra el Municipio de Villamaría; lo anterior, con fundamento en la causal prevista en el artículo 141, numeral 2 del C.G.P., a cuyo tenor literal:

*“Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:
(...)
2. Haber conocido el proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.
(...)”*

La suscrita Magistrada se considera impedida para asumir el conocimiento del presente proceso con fundamento en la ya mencionada causal, toda vez que tramitó el proceso en primera instancia y efectuó la práctica de pruebas.

La circunstancia planteada anteriormente encaja, en mi criterio, en el motivo de impedimento señalado por el precepto legal en cita, por lo que solicito dar al presente escrito el trámite legal correspondiente.

Atentamente,

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes
Magistrado
Oral 002
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

Código de verificación: **55c7881e5fd77f7e098c3ba416b64010c2286e94d4459197f1681c7415e96b51**
Documento generado en 06/06/2022 09:43:05 AM

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

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, 06 de junio de 2022

Doctor
DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado
Tribunal Administrativo de
CaldasManizales

REF. Expediente 2018-00224-02

Señor Magistrado:

Con el debido respeto me permito manifestar mi impedimento para conocer del recursode apelación de la sentencia proferida en primera instancia dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por la Asociación Mundos Hermanos contra el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA; lo anterior, con fundamento en la causal prevista en el artículo 141, numeral 2del C.G.P., a cuyo tenor literal:

*“Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:
(...)
2. Haber conocido el proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.
(...)”*

La suscrita Magistrada se considera impedida para asumir el conocimiento del presente proceso con fundamento en la ya mencionada causal, toda vez que proferí el fallo en primera instancia.

La circunstancia planteada anteriormente encaja, en mi criterio, en el motivo de impedimento señalado por el precepto legal en cita, por lo que solicito dar al presente escrito el trámite legal correspondiente.

Atentamente,

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes
Magistrado
Oral 002
Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

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

Código de verificación: **d74ebfdd6d94edcdf0d5b564dcdb161c978f9a308c9833411b2b00b4154fe6e1**
Documento generado en 06/06/2022 09:43:34 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL:

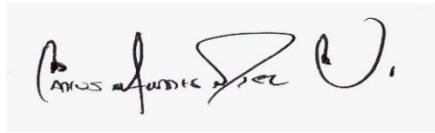
Manizales, seis (6) de junio de dos mil veintidós (2022)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de las siguientes carpetas:

Cuaderno de primera instancia “Expediente Juzgado”: Consta de 33 archivos en formato pdf, un (1) archivo de audio y un (1) archivo en formato xls.

Cuaderno de segunda instancia “Expediente Tribunal”: Consta de 1 archivo en formato pdf,



CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS
Secretario

Radicación: 17001333900520170015102
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento de Derechos
Demandante: Leonor Del Socorro Montoya Contreras
Demandado: COLPENSIONES

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I.163

Manizales, seis (6) de junio de dos mil veintidós (2022)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que fue presentado dentro del término oportuno, y que fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión. (En archivos 28 del “Expediente Juzgado” del e.e.), así mismo se observa que en archivo número 29 del mismo cuaderno se presentó aclaración al recurso.

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2020, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia el día 26 de mayo de 2022 (Documento No. 33 del “Expediente Juzgado” del expediente electrónico).

NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas: sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado
Encargado Despacho 5

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. 99 FECHA: 07/06/2022  CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS Secretario