

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

PROCESO NO.	17-001-23-33-000-2018-00396-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA ADELA SÁNCHEZ ZULUAGA
ACCIONADO	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, con fundamento en el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Se suplica por la parte actora que se hagan los siguientes pronunciamientos:

- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio nro. 2-2018-001410 del 9 de abril de 2018.

Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho:

- Se reconozcan y cancelen a favor de la demandante todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: Aportes a pensión, aportes a salud, aportes a riesgos profesionales, vacaciones, primas de servicios, primas de navidad, cesantías e intereses a las cesantías, dejados de pagar por la entidad accionada, tomándose como base los honorarios percibidos correspondientes para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos ajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden.

Pretensión subsidiaria:

¹ También CPACA

➤ En atención al contenido del artículo 157 de Ley 1437 de 2011, como solo se pretendió la conciliación de las pretensiones de los últimos 3 años, con base en el contenido de los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado² al emitir fallo, se reconozcan la totalidad de las prestaciones reclamadas en el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 2011 hasta el 15 de diciembre de 2016.

HECHOS

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, la parte accionante esgrimió de manera compendiada:

➤ La demandante laboró en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA desde el 1° de febrero de 2011 hasta el 15 de diciembre de 2016 a través de diferentes contratos de prestación de servicios u órdenes de trabajo.

➤ Las labores que cumplió la demandante se realizaron en las instalaciones de la entidad; con elementos propios de esta; recibía una remuneración por los servicios personales prestados; sometida al cumplimiento de estrictos y obligatorios horarios de trabajo; bajo la supervisión directa de los coordinadores o supervisores, en la labor de instructora en las especialidades propias del área de Cultura Física en el Centro de Automatización Industrial en la sede del SENA Regional Caldas, al igual que en las diferentes partes del territorio departamental en donde funcionan sedes de esa entidad.

➤ Como en este caso se configuraron los elementos de una relación laboral, se presentó el 12 de marzo de 2018 petición ante la entidad demandada en aras de que se declarara y reconociera esa relación laboral entre las partes desde 1° de febrero de 2011 hasta el 15 de diciembre de 2016, y se procedieran a cancelar todos los derechos que de la misma emanaban: aportes a pensión, salud, riesgos profesionales, cajas de compensación, primas de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, subsidio familiar, auxilio de transporte, y manutenciones dejadas de pagar.

➤ Mediante oficio nro. 2-2018-001410 del 9 de abril de 2018 el SENA dio una respuesta parcial y evasiva a la solicitud de la accionante.

² Providencia del 13 de febrero de 2014, número de radicado interno 1807-13.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Indica como normas transgredidas los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 53, 122, 123 y 125 de la Constitución Política de Colombia; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Decreto 1042 de 1978; y numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Citó sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y resaltó que debe darse primacía a la realidad sobre las formalidades, ya que no importa la denominación que las partes le den al vínculo contractual siempre que en este se evidencien los 3 elementos integrantes de una relación laboral deberá reconocerse la misma.

Hizo relación a la subordinación que se presentó en este caso y destacó que la demandante debía cumplir un horario; prestar sus servicios en forma personal y de acuerdo a las instrucciones que impartía la entidad; desempeñaba actividades que exigían su permanencia y reporte diario; e hizo énfasis en que las funciones o responsabilidades que se le habían asignado no eran temporales, ya que se demuestra que laboró del 1º de febrero de 2011 hasta el 15 de diciembre de 2016 y ejecutaba tareas similares a los otros servidores de planta.

Adujo que la negativa de la entidad de cancelar lo reclamado en sede administrativa violó derechos de rango constitucional, los cuales relacionó en el concepto de la violación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Sobre los hechos indicó que unos son ciertos; que otros lo son parcialmente; que otros no son verdaderos; y de otros que no son hechos; para seguidamente oponerse a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones.

Como fundamentos de hecho y de derecho comenzó por explicar la naturaleza jurídica del SENA, para seguidamente exponer que la entidad no cuenta con el personal suficiente para atender la infinidad de beneficiarios, aprendices, comunidades, municipios y empresas que forman diariamente; y por ello se acude a la facultad de contratación con la que cuenta el Estado la cual en ningún momento genera una relación laboral, pues para que ello ocurra debe demostrarse una actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador, y un salario como retribución del servicio, elementos que no se configuran en el caso de una relación contractual de prestación de servicios profesionales.

Propuso las siguientes excepciones:

- **Prescripción extintiva trienal y bienal:** para que el transcurso del tiempo enerve cualquier derecho o acción del demandante que sea probado en el proceso, en atención a lo establecido en el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969.

Citó jurisprudencia de fecha 25 de agosto de 2016 CE-SUJ-005 frente al tema de la prescripción en contratos realidad, y adujo que la demandante prestó sus servicios al SENA desde el 1º de febrero de 2011 al 15 de diciembre de 2016, por lo que las pretensiones de la demanda se encuentran prescritas.

- **Inexistencia de los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral:** adujo que entre la entidad y la demandante no existió un vínculo laboral que pudiera generar salario o prestación social alguna a su favor.

Afirmó que en el presente caso si bien la actora debía prestar sus servicios de manera personal, esta situación no implicaba necesariamente subordinación; que la prestación del servicio en el caso de la accionante versó sobre obligaciones de hacer, para la ejecución de labores de formación en razón de la experiencia, capacitación y preparación que tenía, contando con la calidad de contratista con autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico como elemento esencial de los contratos de prestación de servicios profesionales, ya que el SENA únicamente supervisó el cumplimiento de las obligaciones contractuales, impartiendo instrucciones básicas sobre la manera cómo debían cumplirse los deberes que como contratista tenía, sin que ello se traduzca en falta de autonomía.

Que la accionante no devengó salario, pues el SENA le pagó únicamente el valor pactado en los contratos, de acuerdo a la ejecución del mismo.

En síntesis, resaltó que no se configuraron los elementos de la relación laboral.

- **Interrupción contractual:** afirmó que nunca se presentó una continuada dependencia por cuanto hubo interrupción en la ejecución de los contratos, es decir, su vigencia fue temporal y su duración siempre fue por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

- **Cobro de lo no debido:** señaló que se está exigiendo a la entidad algo que no debe, ya que no existió vínculo laboral alguno entre la parte actora y el SENA.

- **Compensación:** indicó que, sin estar haciendo reconocimiento de los derechos reclamados, en el caso hipotético que se llegara a concluir que se debe reconocer y pagar algún crédito laboral se tenga en cuenta lo ya cancelado por la entidad con ocasión de los contratos de prestación de servicios.

- **Genérica:** con base en el artículo 282 del Código General del Proceso, solicitó se declare cualquier excepción que se encuentre demostrada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE: realizó un análisis del contrato realidad y los elementos que se deben acreditar para que se configure el mismo, y señaló que de las pruebas que reposan en el expediente se puede establecer que la demandante prestaba sus servicios en forma subordinada, dependía de un jefe inmediato, debía cumplir un horario y desarrollaba las mismas funciones de cualquier instructor de planta.

Por lo anterior, destacó que la actora sí tiene derecho al pago de las prestaciones sociales reclamadas como indemnización, por la desnaturalización del contrato de prestación de servicios.

PARTE DEMANDADA: con argumentos similares a los de la contestación de la demanda presentó sus alegatos, y manifestó en relación con los elementos para que se configure una relación laboral ninguno de ellos se probó en el *sub lite*.

Hizo énfasis en la Ley 80 de 1993, la cual establece la posibilidad de acudir a los contratos de prestación de servicios.

MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto de fondo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado y procederá en consecuencia a fallar de fondo la *litis*.

El SENA propuso las excepciones que denominó “prescripción trienal y bienal”; “inexistencia de los elementos propios del contrato realidad – consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral”; “interrupción contractual”; “cobro de lo no debido”; “compensación” y “genérica”, las cuales por tocar el fondo del asunto quedarán subsumidas en el estudio que de este se realice.

PROBLEMAS JURÍDICOS

1. ¿En el vínculo contractual que unió a la señora María Adela Sánchez Zuluaga con el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, se configuran los elementos de subordinación, ¿prestación personal del servicio y remuneración, que permitan declarar una verdadera relación laboral?
2. ¿Le asiste derecho a la señora María Adela Sánchez Zuluaga a que se le reconozcan, liquiden y paguen las prestaciones solicitadas en la demanda?
3. ¿Se configuró la prescripción extintiva de los eventuales derechos laborales de la señora María Adela Sánchez Zuluaga, por no haberse presentado la reclamación ante la entidad dentro del término señalado en la jurisprudencia?

LO PROBADO

En la fijación del litigio se tuvieron como hechos en los que coincidían las partes los siguientes:

- Que entre la señora María Adela Sánchez Zuluaga y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA se suscribieron entre el año 2011 y 2016 contratos de prestación de servicios profesionales.
- La accionante presentó derecho de petición ante la entidad solicitando el reconocimiento de una relación laboral, el cual fue resuelto de manera negativa mediante el oficio nro. 2-2014-001410 del 9 de abril de 2018.

Dentro del cartulario reposan pruebas de lo siguiente:

- Que entre la señora María Adela Sánchez Zuluaga y el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA se celebraron los siguientes contratos de prestación de servicios (CD que reposa a folio 27 C.1 y folios 51 a 58 *ibídem*):

CONTRATO NÚMERO	DURACIÓN	REMUNERACIÓN	OBJETO
045 del 1° de febrero de 2011	5 meses y 2 días, desde el 1° de febrero al 2 de julio de 2011	Suma global \$14.670.716, que se dividió en mensualidades de \$2.884.000	Prestación de servicios personales como instructor contratista, impartiendo formación profesional presencial o virtual, en el área de Cultura Física, y para apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje en el Centro de Automatización Industrial del SENA Regional Caldas.
INTERRUPCIÓN DE 12 DÍAS			
142 del 13 de julio de 2011	5 meses y 3 días, desde el 14 de julio al 16 de diciembre de 2011	Suma global de \$14.767.234, que se dividió en mensualidades de \$2.884.000	Prestación de servicios temporales como instructor, por período fijo, para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, en el Centro de Automatización Industrial, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje, en el(las) área(s), de Cultura Física.
INTERRUPCIÓN DE 36 DÍAS			
033 del 21 de enero de 2012	5 meses y 6 días, desde el 21 de enero hasta el 26 de junio de 2012.	Suma global de \$13.520.000, que se pagó por mensualidades vencidas de \$2.600.000	Prestación de servicios personales de carácter temporal, como instructor. por período fijo. para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, en el Centro de Automatización Industrial. apoyar el desarrollo de las actividades de formación. formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje, en el(las) área(s), de apoyo en las competencias de Cultura física.
INTERRUPCIÓN DE 14 DÍAS			
131 del 5 de julio de 2012	5 meses y 6 días, desde el 9 de julio hasta el 14 de diciembre de 2012	Suma global de \$15.558.400, que se pagó por mensualidades vencidas de \$2.992.000	Prestación de servicios personales de carácter temporal, como instructor, por período fijo, para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, en el Centro de Automatización Industrial, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje, en el(las) área(s), de apoyo en las competencias de Cultura física.
INTERRUPCIÓN DE 39 DÍAS			
021 del 18 de enero de 2013	10 meses y 26 días, desde el 21 de enero de 2013 hasta el 16 de diciembre de ese mismo año.	Suma global de \$33.488.459, que se pagó en mensualidades vencidas de \$3.081.760	Prestación de servicios personales de carácter temporal como instructor por periodo fijo para la ejecución de acciones de formación profesional presenciales o virtuales en el centro de automatización industrial, apoyar el desarrollo de actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje, en el área de apoyo en las competencias de cultura física.
INTERRUPCIÓN DE 35 DÍAS			
0147 del 14 de enero de 2014	7 meses y 12 días, desde el 20 de enero al 31 de agosto de 2014	Suma global de \$23.489.080, que se pagó de la siguiente manera: a) Un primer pago correspondiente al mes de enero de 2014, por valor de \$1.269.680.	Prestación de servicios personales de carácter temporal, como instructor, por período fijo. para la ejecución de acciones de formación profesional. presenciales o virtuales, en el Centro de Automatización Industrial, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y

		b) 7 pagos iguales por los meses de febrero a agosto de 2014 por valor de \$3.174.200.00	diseño de actividades de aprendizaje, en el (las) área(s) de Interacción idónea, apoyo en las competencias básicas de cultura física
Modificación nro. 1 al contrato 0147	Adición de 3 meses y 13 días, hasta el 13 de diciembre de 2014	\$10.898.087.00	<i>Ibidem.</i>
INTERRUPCIÓN DE 45 DÍAS			
416 del 26 de enero de 2015	10 meses y 16 días, contados a partir del 27 de enero de 2015 hasta el 11 de diciembre de 2015.	Suma global de \$29.524.950 que se pagó: a) Un primer pago en el mes de febrero de 2015 por valor de \$ 562.380.00 correspondiente al mes de enero de 2015 b) 9 pagos iguales por los meses de marzo a noviembre de 2015 por valor de \$2.811.900.00 cada uno. c) un último pago en el mes de diciembre de 2015 por valor de \$3.655.470.00 correspondientes al mes de noviembre y diciembre de 2015	Prestar temporalmente los servicios profesionales, como instructor, por horas de formación profesional, para ejecutar acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje. en el (las) área(s). de Interacción idónea, apoyo en las competencias básicas de cultura física.
Modificación nro. 1 al contrato 416	Adición de 5 días hasta el 16 de diciembre de 2015	\$2.108.925.00	<i>Ibidem</i>
INTERRUPCIÓN DE 46 DÍAS			
0326 del 29 de enero de 2016	7 meses y 24 días, contados desde el 1° de febrero al 24 de septiembre de 2016	Suma global de \$22.588.800 que se pagaría en 7 pagos mensuales iguales por la suma de \$2.896.000 cada uno entre marzo y septiembre, y un pago en octubre por \$2.316.800	Prestar temporalmente los servicios profesionales, como instructor, por horas de formación profesional, para ejecutar acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje. en el área de Interacción idónea, apoyo en las competencias básicas de cultura física.
Modificación nro. 1 al contrato 0326	Adición de 2 meses y 21 días, hasta el 15 de diciembre de 2016	\$11.294.400	<i>Ibidem</i>

Según el clausulado de los contratos de prestación de servicios, en unos se estableció que el contratista debía mantener actualizado y a paz y salvo en los pagos correspondientes a Entidades Promotoras de Salud, Fondo de Pensiones y Administradora de Riesgos Profesionales, de acuerdo a las normas vigentes, lo cual será un requisito para cada uno de los pagos por los servicios prestados. En otros se consignó que previo a cada pago que se le fuera a efectuar, el contratista debía acreditar que se encontraba al día en el pago mensual de los aportes al sistema de seguridad social integral (salud, pensión y riesgos laborales) y para la realización de cada pago derivado del mismo, los cuales se acreditaban únicamente por el sistema PILA o planilla asistida.

➤ Que mediante petición presentada el 14 de marzo de 2018, la señora María Adela Sánchez Zuluaga solicitó al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA el reconocimiento de una relación laboral entre las partes originada en los contratos de prestación de servicios celebrados desde 1° de febrero de 2011 al 15 de diciembre de 2016, y se reconocerán en consecuencias todos los derechos que de allí emanaran (CD folio 2 C.3).

➤ Mediante oficio 2-2018-001410 del 9 de abril de 2018 el Director Regional del SENA resolvió de manera negativa la petición de la actora en relación con la configuración de un contrato laboral (fol. 45 a 49 C.1).

REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El presente asunto gira en torno a determinar si entre la señora María Adela Sánchez Zuluaga y el Servicio Nacional de Aprendizaje se presentó una verdadera relación laboral, disfrazada en un contrato de prestación de servicios.

Por esta razón es menester analizar tanto el marco normativo como el jurisprudencial que regula este tipo de contratación del Estado.

Tratándose del contrato de prestación de servicios, el Estatuto de Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, en su artículo 32 numeral 3 estableció:

Son contratos de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente necesario (Subrayado fuera de texto).

Valga precisar que los apartes que subraya la Sala fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Doctor Hernando Herrera Vergara: “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”; lo que significa que el trabajador puede acudir en vía judicial a controvertir lo plasmado en el contrato, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política:

ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles;*

situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Subrayado fuera de texto).

La Honorable Corte Constitucional en la precitada sentencia se refirió a este principio manifestando:

El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

En la misma providencia, la Corte señaló las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo en los siguientes términos:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

A su vez, el Consejo de Estado en jurisprudencia de su Sección Segunda³, ha reforzado la anterior postura así:

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista

³ Consejo De Estado, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

En suma, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre que además de la prestación personal del servicio y la remuneración o retribución del mismo, ha tenido también lugar la subordinación o dependencia respecto del empleador, lo que confiere el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Respecto a la condición especial de los instructores del SENA el Consejo de Estado en providencia del 1º de septiembre de 2014 esgrimió que⁴:

DOCENTES O CATEDRÁTICOS OCASIONALES O POR HORAS

Esta Corporación⁵ ha señalado que los profesores de cátedra también tienen una relación laboral subordinada por cuanto cumplen una prestación personal del servicio. Igual que los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales, ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación, como se les exige a los otros, con horarios, reuniones, evaluaciones, etc, contemplados en el reglamento. Dada la similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado, pues otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio.

Igualmente la Corte Constitucional⁶ señaló que al igual que los

⁴ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Subsección A; Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón; Bogotá, D.C., primero (1) de septiembre de dos mil catorce (2014).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia 5 de octubre de 2006, Consejero Ponente doctor Jesús María Lemos Bustamante, número interno 2578-2003, actor Hugo Ramón Martínez Arteaga.

⁶ Sentencia C-006 de 1996, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz

catedráticos, cumplen las mismas funciones que un profesor de planta, además deben acreditar para efectos de su vinculación similares requisitos de formación y experiencia, y tienen las mismas obligaciones que los docentes empleados públicos; la diferencia con aquellos estriba en su forma de vinculación, a través de resolución, y en la temporalidad de la misma, lo cual no justifica que se le restrinjan sus derechos como trabajador. Textualmente señaló:

Si su vinculación es transitoria, el reconocimiento de las prestaciones sociales será proporcional al término de la misma, pero no se podrá negar, pues ello además de contrariar el principio de igualdad que consagra la Constitución, atenta contra lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, en el sentido de que "...toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.", las cuales no se dan en un régimen que establece similares obligaciones para unos y otros profesores, pero restringe los derechos y prerrogativas de los ocasionales, vulnerando la dignidad de dichos docentes, que se ven privados del derecho al descanso remunerado, a las primas de servicios y de maternidad, a la cesantía, que precisamente pretende proteger al trabajador en los lapsos en que éste se encuentre desempleado, entre otros, además de ser excluido de los programas de capacitación y mejoramiento profesional.

(...)

No se encuentra fundamento constitucional que justifique la negación expresa que hace la disposición demandada, del derecho que tienen los profesores ocasionales, en tanto trabajadores al servicio del Estado, al reconocimiento, obviamente proporcional, de las prestaciones sociales que consagra la legislación laboral, mucho menos, cuando ellas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la C.N. constituyen beneficios mínimos irrenunciables:

La regulación anterior aplicable a los Instructores del SENA, establece que dicha entidad tiene como función permanente impartir formación laboral y profesional certificando a los estudiantes que cursan los programas y cursos que imparte; define la educación como todos aquellos procesos especializados tendientes a la obtención de certificados, títulos o grados; e indica que el cargo de Instructor coordina y ejecuta actividades académicas.

Conforme con la normativa citada, la función prestada por el SENA a través de los Instructores se orienta a una formación integral, profesional y laboral certificando a sus estudiantes, o sea, que por estas características y su naturaleza se clasifica dentro de un sistema de educación no formal. No puede ser otra su categoría pues no hace parte de los niveles propios de educación formal establecidos en el artículo 11 de la Ley 115 de 1994 (preescolar, educación básica y educación media) ni se cataloga dentro de la definición de educación informal, regulándose en lo concerniente por las normas generales del Servicio Público de Educación (negrilla del texto).

Primer Problema Jurídico

¿En el vínculo contractual que unió a la señora María Adela Sánchez Zuluaga con el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, se configuran los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, que permitan declarar una verdadera relación laboral?

La Sala defenderá la tesis de que entre la señora María Adela Sánchez Zuluaga y el SENA existió una verdadera relación laboral, habida cuenta que el acervo probatorio recaudado devela los tres elementos constitutivos de la relación laboral como son: i) la prestación personal del servicio; ii) la remuneración como contraprestación del mismo; y, iii) la continuada subordinación laboral.

i) Prestación personal del servicio

De los acuerdos de voluntades suscritos entre la señora María Adela Sánchez Zuluaga se observa como común denominador que en su objeto se establece, a grandes rasgos, que es una obligación del contratista prestar sus servicios personales profesionales como instructor impartiendo formación profesional presencial y/o virtual en el Centro de Automatización Industrial, así como la formulación de proyectos y diseños de actividades de aprendizaje en el área de Cultura Física.

Practicadas las pruebas, efectivamente se demostró que la demandante cumplió personalmente las obligaciones a que se comprometió en los contratos.

ii) Remuneración como contraprestación del servicio

De acuerdo a lo estipulado en los contratos de prestación de servicios, se estableció una suma global como valor del contrato, la cual posteriormente se fraccionaba de acuerdo a la duración del mismo en pagos, generalmente, mensuales.

Aunado a esto, la entidad aceptó al pronunciarse sobre los hechos de la demanda que la actora recibió sumas de dineros por las labores desarrolladas, las cuales aclaró fueron percibidas a título de honorarios.

Así las cosas, para este Juez colegiado es evidente que la demandante recibió remuneración por parte del SENA como contraprestación por sus servicios, por lo que el segundo de los elementos que configura la relación laboral se encuentra demostrado.

iii) Subordinación Laboral

Este elemento se encuentra demostrado en el presente trámite de los testimonios rendidos en audiencia por personas que, dada su condición de compañeros de la demandante, pudieron conocer de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ella prestó sus servicios en el SENA, por lo que se valorarán sus declaraciones conforme a las reglas de la sana crítica.

Frente a la subordinación, las declaraciones recibidas son contestes frente a la existencia de este elemento en todos los contratos de la siguiente manera:

El señor Carloman Arcila Zuluaga, quien se desempeña como instructor de planta en el SENA

- Que conoce a la demandante hace más o menos 8 años cuando ella ingresó a laborar en el SENA en el Centro de Automatización como instructora.
- Que la accionante se desempeñó como instructora en el área de cultura física; que impartía formación teórica y práctica a los alumnos; preparaba a los aprendices en toda la parte física, es decir, en ejercicios y deportes; y que también le habían indicado que debía entrenar, por ejemplo, a los muchachos que se iban a las competencias deportivas y también a competencias académicas del SENA.
- Que la accionante estaba vinculada por prestación de servicios.
- En relación con la labor del testigo y la que desempeñaba la demandante indicó que compartían en los ambientes de formación, y también interactuaban cuando entrenaba a los jóvenes para ir a otras competencias porque se debía analizar si cumplían o no con la parte académica, pues había estudiantes que eran muy buenos deportistas, pero no tan buenos en sus estudios.
- Frente a la independencia de la demandante para ejercer su labor informó que tanto a los instructores contratistas como a los de planta siempre se les entrega un horario al principio del trimestre, entonces ahí está detallada la manera de impartir la formación a los aprendices.
- Sobre la dotación o entrega de bienes o elementos de trabajo señaló que hay un almacén general dentro del centro y que ahí había diferentes implementos para todos los

instructores, entre esos los elementos deportivos; por ello cuando se necesitan se solicitan y quedan a cargo del instructor.

- Sobre las instrucciones señaló que en coordinación académica se imparten las directrices a todos los instructores, sea por correos, de manera personal o mediante comunicados.

- Sobre la labor que desempeñaba la demandante, de acuerdo a la misión del SENA, adujo que sus actividades tenían que ver con el objeto de la entidad, ya que ella era instructora, y por ello impartía formación no solo académica sino personal a los aprendices.

- Sobre la vigilancia del horario de trabajo manifestó que lo supervisaba el coordinador académico; que además cuando en el almacén se solicitaban las llaves o que abrieran un ambiente siempre había una carpeta donde se llenaba la información de hora de entrada y de salida, así como las novedades; aparte de eso les hacían auditorias y a los contratistas les supervisan el contrato. Además, mencionó el aplicativo SENA Sofía Plus porque en él se consigna toda la documentación de ellos como instructores.

- Que la labor desempeñada por la demandante es permanente, porque, aunque ella terminó su vínculo con la entidad, el SENA tuvo que contratar otras personas para realizar la formación que ella impartía.

- En relación con los soportes que tenía que aportar la accionante para el pago, informó que debía presentar un informe sobre las actividades realizadas, el cual era revisado por el supervisor del contrato.

- Sobre los permisos o ausencias de la accionante señaló que no podía ausentarse sin autorización, debía solicitar permiso por escrito o por correo, porque como ellos son instructores cumplen horarios.

- En cuanto a las prestaciones sociales indicó que los contratistas no las devengaban, y que cada contratista debía hacer sus pagos a salud y pensión.

- Sobre los contenidos curriculares que debía impartir la demandante a los aprendices informó que en los horarios está lo que se llama los resultados de aprendizaje y algunas competencias, y que eso está consignado dentro del programa de formación que varía de acuerdo a las carreras, entonces dentro de ellos están todas las pautas que se necesitan. Que la accionante estaba dentro de interacción idónea, que es una competencia que se denomina transversal porque todas los técnicos y tecnólogos tenían que ver la misma, pero esta variaba de acuerdo al proyecto formativo.

- Frente a los contenidos o misiones de cada instructor y que tenía que impartir al aprendiz, señaló que el instructor tenía la obligación de hacer las guías de aprendizaje, la planeación y seguimiento, la ruta de aprendizaje; entonces los gestores de cada grupo tienen una ruta de aprendizaje, ahí se entregan esas pautas a cada uno de los instructores fueran de planta o contratistas, y con base en eso se hacen sus guías y los instrumentos de evaluación, es

decir, todo lo referente a ser instructor del SENA. Las rutas de aprendizaje las fija un comité técnico pedagógico.

- Sobre la participación de la demandante en grupos primarios indicó que ella debía estar en ellos, porque ahí debían ir todos los instructores, fueran de planta y contratistas, lo mismo que a cualquier otra reunión. Que el grupo primario se compone de pautas, que pueden ser noticias acerca de cosas que van a ocurrir, temas de presupuestos que se están siguiendo, de cómo van los grupos de formación, y que cada área al final de esos grupos primarios o desarrollos curriculares se tiene que reunir y mirar cómo van los aprendices. Que hay unos gestores de cada grupo y cada uno de ellos se encarga de gestionar todo lo que tiene que ver alrededor de ellos, y en tal sentido puede solicitar informes a los instructores sobre la formación y su tarea como instructor.

- Que cuando los aprendices debían desplazarse a otras ciudades a participar en competencias la accionante debía acompañarlos. Y que ella también representó al SENA Regional Caldas en campeonatos.

- Que entre el instructor de planta y el instructor contratista, en relación con sus funciones, no había ninguna diferencia, ya que todos impartían formación, pero adujo que los contratistas tienen más horas de clase que los instructores de planta.

La señora Elizabeth del Carmen González Aristizábal

- Que estuvo vinculada con el SENA como empleada de planta.

- Que conoció a la accionante en el SENA más o menos desde el 2011 porque eran compañeras de trabajo.

- La testigo era formadora de instructores en la parte pedagógica y auditora y evaluadora de competencias laborales.

- Sobre las labores de la accionante indicó que conoció de ellas porque auditó procesos de evaluación - certificación en la parte pedagógica de instructores, entonces conoció todo el proceso que ella manejaba en la formación de los aprendices. Aclaró que dentro del proceso de evaluación – certificación ellos debían preparar unas pruebas, unas evidencias, donde tenían que entregar desde la planeación hasta todo lo que tenía que ver con el proceso de desarrollo de las actividades de aprendizaje para los alumnos.

- Que la accionante desempeñaba el rol de instructora de formación de aprendices en el área de cultura física.

- Sobre la autonomía de la accionante para fijar técnicas de enseñanza y el currículo, o si debía someterse a directrices del SENA, indicó que todo instructor debe impartir formación de conformidad con las directrices de la entidad que son dadas desde la dirección general, y en la jornada que el SENA fijaba porque a ellos les establecen el horario, que se controlaba porque, en ese entonces, debían entregar una estadística

(informes de trabajo) y todo el proceso de formación que brindaban, sumado a que el coordinador académico era el que estaba pendiente de cumplir las metas de formación.

- Informó que los contratistas no recibían prestaciones sociales.
- Sobre los permisos o ausencias del lugar de trabajo de la accionante señaló que debía informar a coordinación académica, y si debía retirarse tenía que dejar el material para los aprendices, que eran las guías de aprendizaje.
- Que para prestar su labor la demandante acudía a elementos de trabajo que el SENA brindaba, los cuales eran devolutivos.
- Sobre los contenidos curriculares señaló que el SENA tiene los mismos, es decir, ya están diseñados y vienen implementados desde la dirección general.
- En relación con los horarios de clases indicó eran establecidos de acuerdo a las necesidades de la entidad, y por eso ya estaban determinados, lo que hacía la accionante era cubrir esa necesidad.
- Sobre alguna diferencia entre el instructor de planta y el contratista indicó que no veía ninguna, pues ambos debían ceñirse a los parámetros de la entidad.

Las anteriores declaraciones son evidencia clara de que efectivamente además de la prestación personal del servicio, se confirma que existió una remuneración por las actividades como contraprestación, y que los servicios prestados se hicieron bajo la subordinación y dependencia del SENA.

Además, considera la Sala que este elemento también se encuentra demostrado bajo las siguientes probanzas:

- La vocación de permanencia del cargo

Tal como se detalló en el acápite de pruebas de esta providencia, la señora Sánchez Zuluaga suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios, y este actuar que durante años frecuentó la administración constituye un serio indicativo de que el cargo que desempeñaba la demandante tenían vocación de permanencia, además de que había personal de planta que desarrollaba las mismas actividades para las cuales fue contratada; siendo por demás las labores que desempeñaba, funciones misionales del SENA, ya que estaban directamente relacionadas con la enseñanza de los estudiantes.

Así las cosas, al utilizar el SENA este modelo de contratación se está abusando de la figura del contrato de prestación de servicios estatal, pues este se convalida para ejercer labores especializadas, en un tiempo delimitado.

- El cumplimiento de órdenes

Otro de los indicios que llevó a este Juez Plural a dilucidar la existencia de una relación subordinada entre la demandante y el SENA, es que de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, el servicio debía cumplirse de acuerdo con las directrices impartidas por la entidad, además de que para cada programa el SENA es el que diseña los procesos de formación, establece los horarios, la metodología, la forma de evaluación de los módulos, por lo que el desarrollo de la actividad de instructor se cumple de acuerdo a los parámetros determinados por la accionada.

La actividad desarrollada por la actora como instructora, era de aquellas que perfectamente podía ser realizada por un instructor de planta.

Igualmente, de las pruebas aportadas se deduce que la demandante no contaba con autonomía e independencia para realizar las labores encomendadas, pues cumplía su actividad de conformidad con el cronograma académico y se encontraba sometida a un horario establecido por el SENA para dictar su cátedra, recibía una remuneración y prestaba personalmente el servicio para el cual fue vinculada, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

- Cumplimiento de horarios

Los testigos que rindieron declaración dentro del proceso, y las pruebas documentales, fueron claras en probar que la demandante tenía que cumplir con una jornada laboral que era establecida por el SENA de acuerdo a los programas de formación que debía impartir, y al calendario académico que la entidad estableciera.

Se demostró además que el servicio docente debía prestarse en un horario que no podía ser establecido por el instructor, sino que dependía directamente de la institución educativa.

Así las cosas, se puede afirmar que el vínculo contractual que ligó a la actora con el SENA, trascendió más allá de lo pactado, convirtiéndose en una verdadera relación laboral, en la que estuvieron presentes los elementos esenciales antes mencionados: prestación personal del servicio, remuneración como contraprestación del servicio, subordinación y dependencia, por ello se declarará la nulidad del acto administrativo 2-2018-001410 el 9 de abril de 2018.

En consecuencia se declararán no probadas las excepciones de “inexistencia de los elementos propios del contrato realidad – consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral”, “interrupción contractual”, y “cobro de lo no debido”, planteadas por el SENA.

Segundo Problema Jurídico

¿Le asiste derecho a la señora María Adela Sánchez Zuluaga a que se le reconozca, liquide y paguen las prestaciones solicitadas en la demanda?

La Sala defenderá la tesis de que a la demandante le asiste derecho a que se le pague una indemnización equivalente a las prestaciones sociales devengadas por los empleados de planta durante el período en que ejerció sus labores.

Frente al restablecimiento del derecho en casos de contrato realidad, el Consejo de Estado en providencia del 15 de agosto de 2013⁷ fue claro al manifestar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar a la demandante la calidad de empleado público.

Sin embargo, esto no obsta para que se le reconozcan a manera de indemnización las prestaciones sociales dejadas de percibir basados en los honorarios que devengó:

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas (...).

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración

⁷ consejo de estado; sala de lo contencioso administrativo; sección segunda; Subsección b; consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve; Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil trece (2013); radicación número: 18001-23-31-000-2001-00087-01(1622-12)

para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia⁸ (Líneas fuera del texto).

Para el caso *sub examine*, y en atención a lo solicitado en la demanda, se ordenará al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA reconocer y pagar a la demandante, teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones a que un empleado de la entidad de igual categoría tendría derecho.

Sobre los aportes al sistema de seguridad social, también el Máximo Tribunal Administrativo en providencia del 25 de agosto de 2016⁹ estableció que:

3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16,

extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

“...Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales...

Quedó probado de los testimonios, además con las cláusulas de los contratos relativas a la afiliación de la contratista a la seguridad social, así como de las actas de interventoría, que la parte actora debió soportar con su propio peculio los aportes al sistema de seguridad social, y conforme a la jurisprudencia antes referida los aportes a pensión son imprescriptibles.

Como según la normativa parte de esos aportes los debió cubrir el patrono en los porcentajes señalados en la ley, debe la entidad devolverle a la demandante las sumas que ella aportó y que no se encuentren prescritas; eso sí, en los porcentajes que le corresponderían al empleador, salvo interrupciones, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Tercer problema jurídico

¿Se configuró la prescripción extintiva de los eventuales derechos laborales de la señora María Adela Sánchez Zuluaga, por no haberse presentado la reclamación ante la entidad dentro del término señalado en la jurisprudencia?

La Sala es de la tesis que en el *sub lite* no se presentó prescripción de derechos en relación con los contratos de prestación de servicios, ya que no transcurrieron más de 3 años entre la fecha de finalización de los mismos y la reclamación administrativa.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 consagra: *“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”* (subrayado Sala de Decisión). Según lo señalado en la norma, la persona tendría 3 años desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible para realizar el reclamo respectivo, so pena que opere el aludido fenómeno procesal.

Es de aclarar que, conforme a la jurisprudencia antes transcrita, aunque se declare la existencia de un contrato realidad se hace necesario revisar si se configuró la prescripción del derecho a reclamar las prestaciones sociales derivadas de este, y para ello debe verificarse que la reclamación ante la entidad mediante la cual se solicite el reconocimiento de la relación laboral se haya presentado dentro del término de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual. Pese a ello, el Consejo de Estado también ha sido claro en exceptuar de esa prescripción los aportes a pensión, en atención a la condición periódica del derecho que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día, y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época.

Del recuento realizado en el cuadro consignado en lo probado dentro del proceso, se

observa que entre contrato y contrato, en la mayoría de vínculos, pasaron más de 15¹⁰ días entre la terminación de uno y el inicio del otro. Pese a ello, la Sala considera que se presentó una continuidad en el servicio, habida cuenta que esos lapsos entre uno y otro vínculo se presentaban en la época diciembre – enero, que coincide con las vacaciones de los estudiantes de fin de año, por ello se concluirá que no hubo interrupción entre los contratos celebrados entre el año 2011 a 2015. Pero como entre la finalización el contrato 416 de 2015 y el inicio del 0326 de 2016 sí transcurrió un mes y medio aproximadamente, se puede concluir que hubo una interrupción del vínculo entre las partes.

Pese a ello, como la petición mediante la cual se solicitó el reconocimiento de la relación laboral se radicó el 14 de marzo de 2018, es claro que la misma, contabilizando 3 años hacía atrás, abarcaría no solo el último contrato celebrado (que inició el 1° de febrero y se extendió hasta el 16 de diciembre de 2016), sino también los vínculos contractuales del año 2011 a 2015, pues el contrato 416 terminó el 16 de diciembre de 2015, y como se indicó que entre los contratos 045, 142, 033, 131, 021, 0147 y 416 no hubo interrupción, se declarará no probada la excepción de prescripción.

Es así como en relación con todos los contratos, salvo interrupciones, deberá el SENA reconocer la totalidad de prestaciones y factores salariales a los que un empleado de igual categoría tendría derecho, además de tener la entidad que cancelar los valores que conforme a lo sostenido anteriormente debe devolver a la actora como pagos al sistema de seguridad social en el porcentaje que le correspondería al empleador.

Se declarará además que el tiempo laborado por la demandante mediante contratos de prestación de servicios, salvo sus interrupciones, se deberá computar para efectos pensionales.

Las sumas que debe cancelar la entidad serán ajustadas con sujeción a la siguiente fórmula:

$$VP = VH \frac{\text{Ind. F.}}{\text{Ind. I.}}$$

Dónde:

VP = Suma actualizada

VH = Suma a actualizar

Ind. F. = Índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia.

Ind. I. = Índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se

¹⁰ el Decreto 1045 de 1978 señala: “Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad”.

causa el derecho.

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Conclusiones

De acuerdo a las pruebas que reposan dentro del expediente se puede inferir que en el vínculo contractual que unió a la señora María Adela Sánchez Zuluaga y el Servicio Nacional de Aprendizaje se configuraron los elementos propios de una relación laboral, por lo que es procedente declarar la nulidad del oficio nro. 2-2018-001410 del 9 de abril de 2018 y reconocer todos los derechos que de una relación laboral se derivan por el periodo de tiempo que duraron los mismos ya que no se presentó el fenómeno de la prescripción.

Costas

En el presente asunto se condenará en costas a la parte demandada en atención a que la actora se vio en la necesidad de presentar una demanda y asumir el pago de un apoderado, lo cual se infiere, como mínimo, de las actuaciones procesales adelantadas por el togado, sumado a los gastos que se generan con un conflicto judicial de este tipo.

Así las cosas, y conforme al artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandada, las que se liquidarán de acuerdo al artículo 366 y siguientes del CGP.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de \$3.000.000, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, a favor de la parte demandante y a cargo del SENA.

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: DECLÁRESE NO PROBADAS las excepciones denominadas “prescripción trienal y bienal”, “inexistencia de los elementos propios del contrato realidad –

consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral”, “interrupción contractual”, “cobro de lo no debido” y “compensación” formuladas por **EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad del oficio 2-2018-001410 del 9 de abril de 2018, por medio del cual la entidad accionada negó la relación laboral.

TERCERO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONDÉNASE a **EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA** a pagar a la señora **MARÍA ADELA SÁNCHEZ ZULUAGA** todas las prestaciones y factores salariales a los que un empleado de igual categoría tendría derecho, tomando como base el valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, por el periodo de tiempo que duraron los mismos.

Además, deberá devolver a la actora los valores que ella aportó al sistema de seguridad social en el porcentaje que le correspondería al empleador y que fueron asumidos inicialmente por la demandante en el periodo que duraron los contratos de prestación de servicios, salvo las interrupciones; por lo que la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Se declarará además que el tiempo laborado por la demandante mediante contrato de prestación de servicios, salvo las interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

Los valores a pagar deberán ser reajustados conforme a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta providencia.

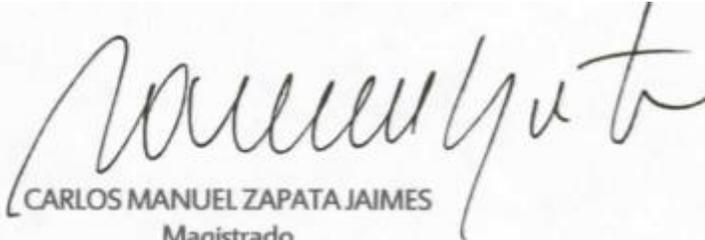
CUARTO: La demandada deberá dar cumplimiento de la sentencia en los términos señalados en el artículo 192 del CPACA.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a cargo del SENA, liquídense por secretaría una vez ejecutoriada la presente. Fíjense agencias en derecho en la suma de \$3.000.000 favor de la parte demandante.

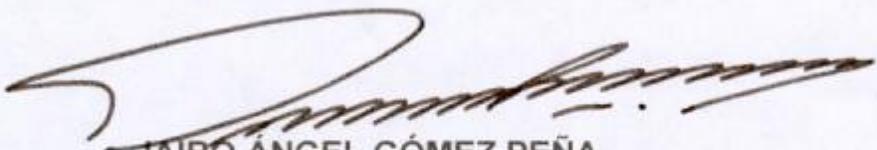
SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

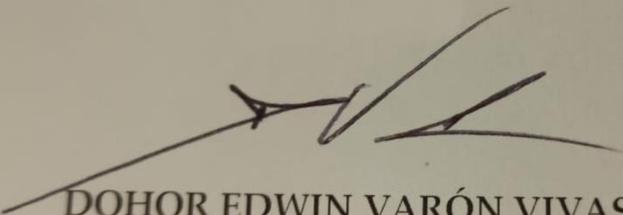
Sentencia proferida en Sala de Decisión Virtual realizada el 16 de julio de 2020 conforme Acta n° 032 de la misma fecha.



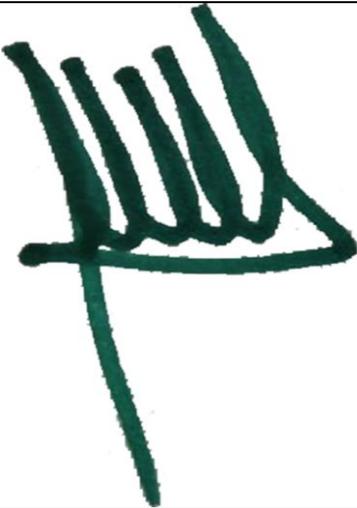
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 088 de fecha 22 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales, _____

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

RADICADO:	17001-33-33-002-2016-00297-03
CLASE:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE:	YULY AGUIRRE GÓMEZ
ACCIONADO:	NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a formular impedimento dentro de estas resultas.

ANTECEDENTES

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Caldas celebrada el 2 de marzo de 2020 decidió, de conformidad con lo previsto en los artículos 130 y 131 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, declarar su impedimento dentro de los procesos en los cuales se reclama ante la Fiscalía General de la Nación, el reconocimiento como factor salarial y prestacional de la bonificación judicial recibida por los servidores de esa entidad, en atención a que tendríamos un interés directo en las resultas, ya que en el régimen propio de los Magistrados también existe esta expectativa.

La señora **YULY AGUIRRE GÓMEZ** instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** mediante la cual solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DS. 16-12-000076 del 18 de enero de 2016, por medio de la cual se resolvió un derecho de petición que instaba al reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial y prestacional, así como de la Resolución nro. 2-0842 del 4 de abril de 2016, que resolvió un recurso de apelación.

IMPEDIMENTO PARA CONOCER DEL ASUNTO

Respetuosamente consideramos que debemos declararnos impedidos para conocer del presente trámite judicial por cuanto el régimen de los Magistrados establece una bonificación de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de la Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia nos asiste un interés indirecto en las resultas del proceso.

La causal esgrimida se encuentra consagrada en el numeral 1º del artículo 141 del CGP que dispone

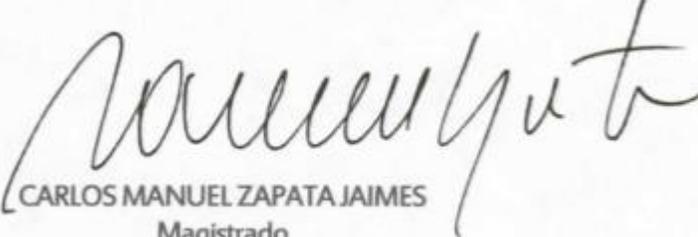
ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. *Son causales de recusación las siguientes:*

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

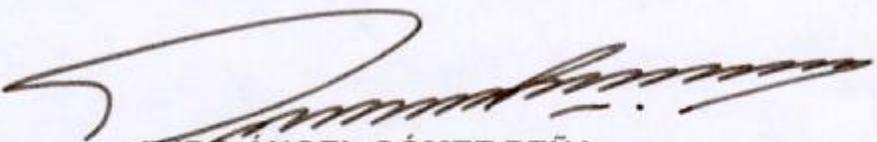
Por lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral quinto del artículo 131 del CPACA, por la secretaría de la corporación remítase el expediente al Consejo de Estado Sala Plena para lo pertinente, previa anotación en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

CÚMPLASE

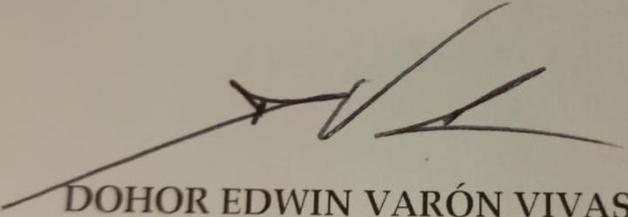
LOS MAGISTRADOS



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



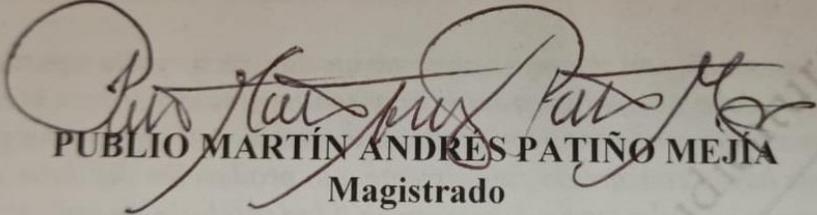
DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 088 de fecha 22 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling the name 'Héctor Jaime Castro Castañeda'.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, dieciséis (16) julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17-001-33-33-002-2017-00403-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	GLORIA MERCEDES JARAMILLO ESTRADA
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra el fallo que accedió a pretensiones, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 26 de febrero de 2019 dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución n.º 6225-6 del 6 de julio de 2015, en lo que tiene que ver con la liquidación de la pensión sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el reajuste o reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 31 de enero de 2015 fecha en que adquirió el estatus pensional, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año estatus.

Que como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene como restablecimiento del derecho, la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación del demandante, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionado, a saber: sobresueldo de coordinador,

prima de servicio según Decreto n.º1545 del 19 de julio de 2013 y la bonificación especial según Decreto n.º 1566 del 1 de junio de 2014.

Que se condene al pago de los intereses moratorios propios del artículo 366 del Código Civil, y la indexación a que haya lugar, así como al reconocimiento y pago de los intereses comerciales generados durante los primeros seis meses contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que revisó la pensión de jubilación.

Que se condene al pago de la indexación a que haya lugar, así como al reconocimiento y pago de los intereses que correspondan, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1437 de 2011.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

HECHOS

La señora Gloria Mercedes Jaramillo Estrada laboró al servicio docente por más de 20 años, por lo que al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En la liquidación de la pensión de jubilación no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior al retiro del cargo.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

Afirmó que la normativa en mención es clara en consagrar que los docentes nacionales nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les deben aplicar las normas vigentes anteriores a la entrada en rigor de la misma ley.

Haciendo alusión al derecho a la igualdad, destacó que hay otros docentes a los que sí se les liquidó su pensión con inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus, lo que constituye un trato discriminatorio en el caso de la actora, a quien solo se le reconoció la misma con el salario básico.

Finalmente se refirió a sentencia del Consejo de Estado en la cual se unificó la jurisprudencia, dejando claro que el objetivo de la nueva tesis es garantizar los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, lo que permite incluir en la base de liquidación, todos los factores salariales devengados por el servidor, sin distinción alguna, en lo que claramente está incluido el gremio docente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como fundamentos de defensa, esgrimió que la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios modificaron el concepto de aportes para el personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de incluir como base de cotización para pensiones, además de la asignación básica, las horas extras y el sobresueldo. En aplicación a lo anterior, todas las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan únicamente con la asignación básica, y en caso de que el docente haya devengado sobresueldo y horas extras, y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también le serán incluidos como base de liquidación de su pensión.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Ineptitud sustancial de la demanda por Falta de legitimidad por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional:** Teniendo en cuenta que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la nación, sin personería, consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que las entidades territoriales reconozcan a su planta docente, por lo tanto el acto administrativo que reconoce o resuelve la petición en relación con la misma, contiene la voluntad de la Secretaría de Educación Territorial, y no de la entidad contra la cual se dirige la demanda.
- **Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:** conforme a la sentencia de unificación a la actora no le asiste derecho a la reliquidación pensional solicitada.
- **Prescripción:** propone esta excepción frente a cualquier derecho reclamado en el que haya

operado este fenómeno.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 26 de febrero de 2019, accedió a las pretensiones de la demanda.

El Juez A-quo se planteó como problema jurídico, determinar si a la actora le asiste derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores devengados en el último año de prestación de servicios.

Tras hacer un recuento normativo que incluyó la Ley 100 de 1993, la Ley 812 de 2003, la Ley 91 de 1989, y la Ley 33 de 1985, concluyó que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Adujo que teniendo en cuenta la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, se llegó a la conclusión que, la norma en comento no indica de manera taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación, por lo que es posible incluir otros.

Sin embargo teniendo en cuenta la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 concluye que en el reconocimiento pensional se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los cuales se hubiere cotizado.

Refiriéndose al caso concreto manifiesta que en el caso concreto procede la reliquidación pensional con la inclusión de la prima de servicios y la bonificación mensual.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionada presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible a folios 78 a 81 del cuaderno 1.

Esgrime que conforme a la sentencia de unificación no es procedente reconocer factores que no se encuentren expresamente consagrados en la ley.

En virtud de ello solicita se revoque la sentencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: se ratificó en los argumentos expuestos en la demanda.

Parte demandada: Se ratifica en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Problemas jurídicos.

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar el siguiente cuestionamiento:

- ¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora Gloria Mercedes Jaramillo Estrada, teniendo en cuenta la bonificación mensual establecida en el Decreto n.º 1566 del 1 de junio, y la prima de servicios devengados en el último año anterior a la adquisición del status pensional?

LO PROBADO

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Conforme a la Resolución n.º. 6225-6 del 6 de julio de 2015 la señora Jaramillo Estrada laboró como docente del 30/04/1980 a 31/01/2015 (fol.15, C.1).
- La señora Jaramillo Estrada nació el 31/01/1960, adquiriendo el derecho pensional el 31/01/2015 (fol. 15, C.1)
- A la señora Jaramillo Estrada se le reconoció una pensión de jubilación a partir del 1/02/2015, teniendo en cuenta además del sueldo básico, la prima de navidad, y la prima

de vacaciones, mediante la Resolución n.º. 6225-6 del 6 de julio de 2015. Siendo notificada el 10 de julio de 2015 (fol. 15 y 15 vto., C.1).

➤ Conforme al certificado de salarios visible a folio 16, la señora Jaramillo Estrada devengó en año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional además del salario básico, bonificación mensual, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y asignación adicional coordinador 20%.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo nº 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del*

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones: [...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución nº 6225-6 del 6 de julio de 2015 (fol. 15, C.1), la señora Jaramillo Estrada prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 30/04/1980**, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019², en la que indicó que *«El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley*

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados³, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁴»

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *«El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio».*

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes que cumplieran los requisitos de ley, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁵ y primera subregla⁶ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de

³ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁴ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

⁵ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: **“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”** (negrilla es del texto).

⁶ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

“La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”.

2018⁷, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *«La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985»*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *«En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo»*.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Estrada Jaramillo le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual así como la prima de navidad y la prima de vacaciones.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la bonificación mensual, y la prima de servicios pues también fue devengada en el último año anterior a la adquisición del status pensional.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, respecto de la prima de servicios, pues no puede tomarse como factor salarial, dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1566 de 2014 que creó una bonificación mensual para los servidores públicos docentes, ésta «*constitu[ye] (sic) factor salarial para todos los efectos legales*», circunstancia que en criterio de este Tribunal permite inferir que a partir de la fecha de su reconocimiento (1º de junio de 2014) y hasta el 31 de diciembre de 2015, siempre que hubiere sido devengada en el último año anterior al status pensional, debe incluirse en la liquidación pensional de los docentes, así no esté expresamente contemplada en la Ley 62 de 1985.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada procede respecto de la bonificación mensual, toda vez que de acuerdo a lo probado dicho factor fue devengado por la actora en el año de adquisición del status pensional.

La determinación de incluir la bonificación mensual como factor salarial en este caso concreto se adoptará por la Sala sin perjuicio de que en el evento que la docente solicite la reliquidación de su pensión de jubilación atendiendo el último año de servicio, deban considerarse sólo los factores devengados en ese lapso y que estén previstos por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, de acuerdo con lo establecido por la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

De otro lado, debe aclarar la Sala que pese a que en la Resolución nº 6225-6 del 6 de julio de 2015 tuvo en cuenta la prima de navidad y la prima de vacaciones para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, pues este Juez no tiene competencia, pues la demanda solo pretende la nulidad por no incluir otros factores salariales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, vulnerar el principio de congruencia externa, y como lo sostuvo el Consejo de Estado⁸, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

⁸ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante le asiste derecho a que se reliquide su pensión con la inclusión de la bonificación mensual percibida en el último año de servicios. En ese sentido, se modificará la sentencia dictada en primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia del 26 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora GLORIA MERCEDES JARAMILLO ESTRADA contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en el sentido de **INCLUIR SOLO** la bonificación mensual así como aquellos que habían sido reconocidos por la entidad en el acto demandado. Lo anterior, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SE CONFIRMA EN LO DEMÁS de la providencia recurrida.

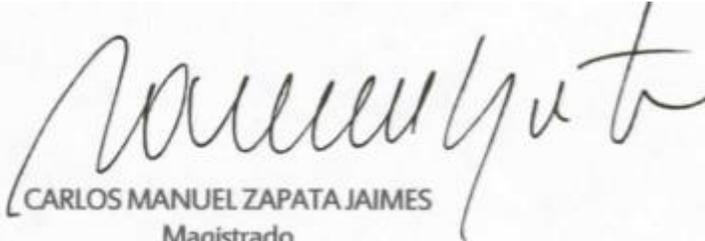
TERCERO: NO SE CONDENA EN COSTAS por lo brevemente expuesto en la parte considerativa.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

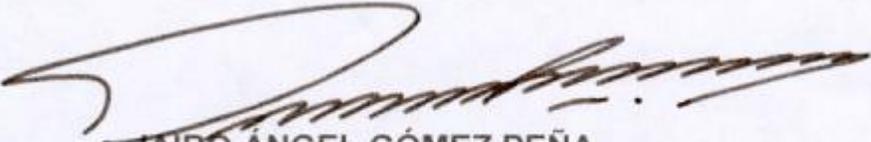
QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

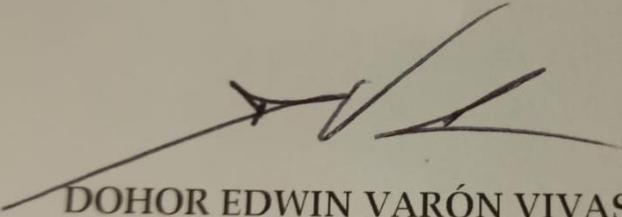
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 16 de julio de 2020, conforme Acta n° 032 de la misma fecha.



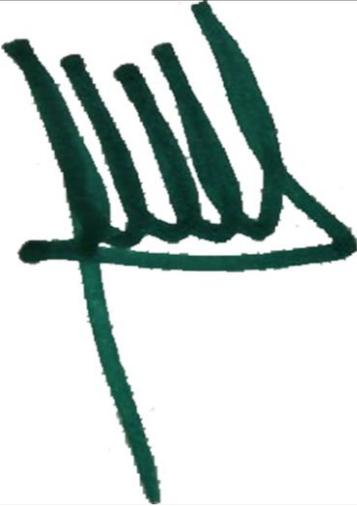
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

<p style="text-align: center;">TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 088 del 22 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p> <hr/> <div style="text-align: center;"></div> <hr/> <p style="text-align: center;">HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

RADICADO:	17001-33-33-004-2016-00243-03
CLASE:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE:	JUAN DAVID REINOSA GIRALDO
ACCIONADO:	NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a formular impedimento dentro de estas resultas.

ANTECEDENTES

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Caldas celebrada el 2 de marzo de 2020 decidió, de conformidad con lo previsto en los artículos 130 y 131 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, declarar su impedimento dentro de los procesos en los cuales se reclama ante la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el reconocimiento como factor salarial y prestacional de la bonificación judicial recibida por los servidores de esa entidad, en atención a que tendríamos un interés directo en las resultas, ya que en el régimen propio de los Magistrados también existe esta expectativa.

El señor **JUAN DAVID REINOSA GIRALDO** instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** mediante la cual solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DESAJMZR16-149-3 del 5 de febrero de 2016, por medio de la cual se resolvió un derecho de petición que instaba al reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial y prestacional, así como del acto ficto que se configuró por no resolverse el recurso de apelación interpuesto contra el anterior acto administrativo.

IMPEDIMENTO PARA CONOCER DEL ASUNTO

Respetuosamente consideramos que debemos declararnos impedidos para conocer del presente trámite judicial por cuanto el régimen de los Magistrados establece una bonificación de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de la Rama Judicial, y en consecuencia nos asiste un interés indirecto en las resultas del proceso; sumado a que debe

17001-33-33-004-2016-00243-03 nulidad y restablecimiento del derecho

tomarse en consideración que nuestros subalternos devengan la bonificación judicial y potencialmente pueden ser demandantes.

La causal esgrimida se encuentra consagrada en el numeral 1º del artículo 141 del CGP que dispone:

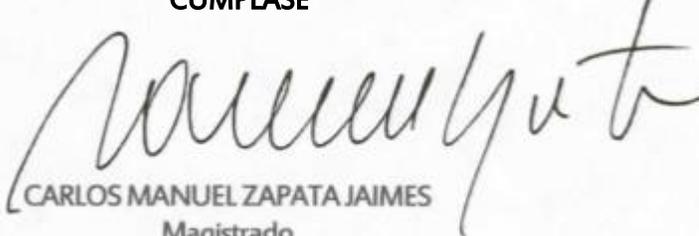
ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. *Son causales de recusación las siguientes:*

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

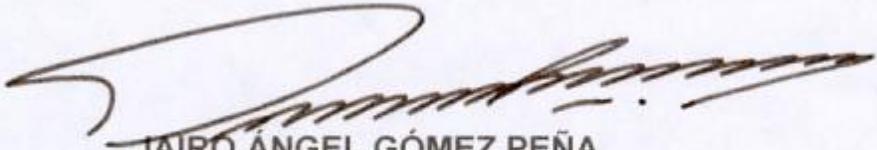
Por lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral quinto del artículo 131 del CPACA, por la secretaría de la corporación remítase el expediente al Consejo de Estado Sala Plena para lo pertinente, previa anotación en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

CÚMPLASE

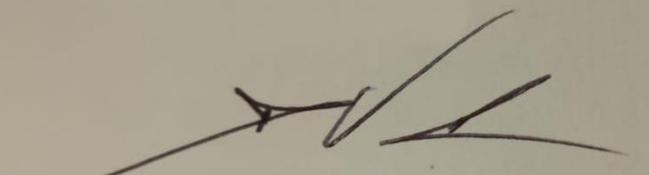
LOS MAGISTRADOS



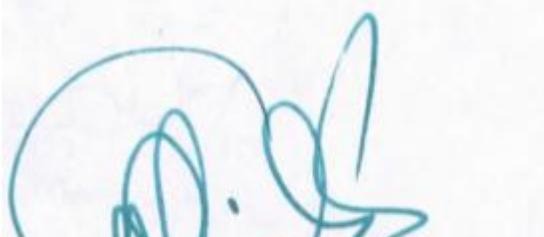
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

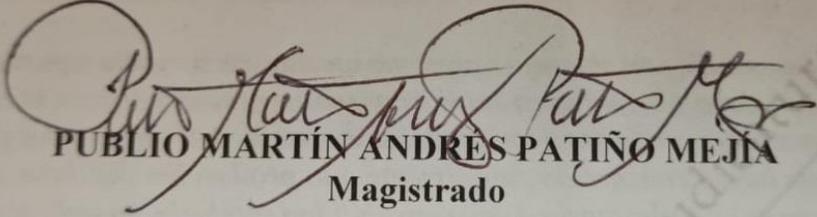


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado





AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 088 de fecha 22 de julio de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base, with a long vertical stroke extending downwards from the center.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

RADICADO:	17001-33-39-006-2016-00226-02
CLASE:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE:	WILSON JIMÉNEZ ACUÑA
ACCIONADO:	NACIÓN — FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a formular impedimento dentro de estas resultas.

ANTECEDENTES

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Caldas celebrada el 2 de marzo de 2020 decidió, de conformidad con lo previsto en los artículos 130 y 131 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, declarar su impedimento dentro de los procesos en los cuales se reclama ante la Fiscalía General de la Nación, el reconocimiento como factor salarial y prestacional de la bonificación judicial recibida por los servidores de esa entidad, en atención a que tendríamos un interés directo en las resultas, ya que en el régimen propio de los Magistrados también existe esta expectativa.

El señor **WILSON JIMÉNEZ ACUÑA** instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** mediante la cual solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DS 16-12-000045 del 14 de enero de 2016, por medio de la cual se resolvió un derecho de petición que instaba al reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial y prestacional, así como de la Resolución nro. 2-0870 del 5 de abril de 2016, que resolvió un recurso de apelación.

IMPEDIMENTO PARA CONOCER DEL ASUNTO

Respetuosamente consideramos que debemos declararnos impedidos para conocer del presente trámite judicial por cuanto el régimen de los Magistrados establece una bonificación

17001-33-39-006-2016-00226-02 nulidad y restablecimiento del derecho

de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de la Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia, nos asiste un interés indirecto en las resultas del proceso.

La causal esgrimida se encuentra consagrada en el numeral 1º del artículo 141 del CGP que dispone:

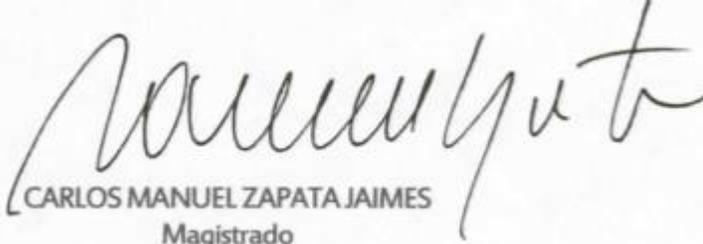
ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. *Son causales de recusación las siguientes:*

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

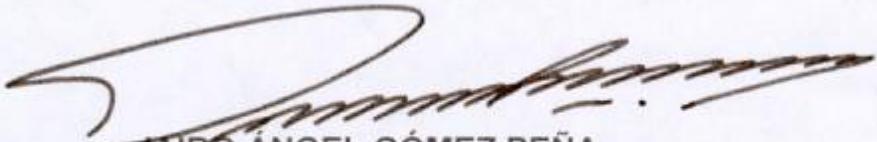
por la Secretaría de la Corporación remítase el expediente al Consejo de Estado Sala Plena para lo pertinente, previa anotación en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

CÚMPLASE

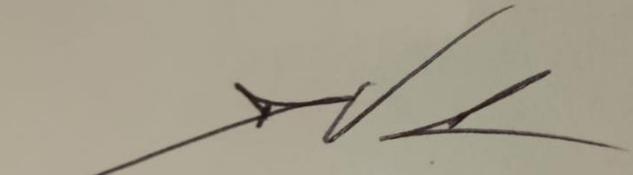
LOS MAGISTRADOS



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



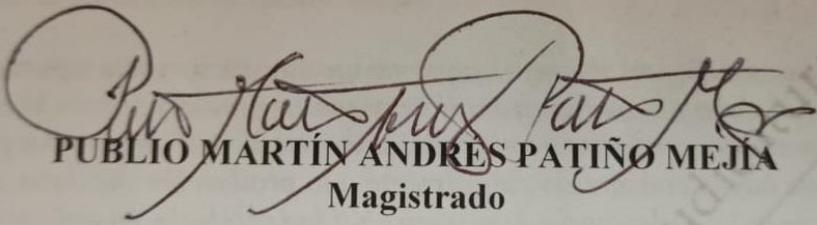
DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 088 de fecha 22 de julio de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base, with a long vertical stroke extending downwards from the center.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17-001-33-39-008-2017-00372-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	DORALBA ZAPATA HENAO
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede La Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra el fallo que accedió a pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 10 de abril de 2019 dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1- Solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 2580-6 del 4 de abril de 2017, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación por invalidez, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. Declarar que la señora Zapata Henao tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión ordinaria de invalidez a partir del 25 de octubre de 2016 equivalente al 75% de lo devengado en el último año anterior al momento en que se adquirió el status de pensionado.

A título de restablecimiento del derecho se ordene:

3- Ordénese al accionado a reliquidar la pensión de invalidez de la señora Zapata Henao con el equivalente al 75% de lo devengado en el último año anterior al momento en que se adquirió el status de pensionada por invalidez.

4- Ordénese a los accionados a pagar a favor de la señora Zapata Henao el retroactivo a que hubiere lugar.

5- Ordénese a los accionados indexar las sumas que con ocasión a la sentencia se deban pagar a la señora Hoyos Montoya.

6- Que se condene en costas a los demandados.

7- Ordénese a los demandados dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con el artículo 192 y siguientes del CPACA.

HECHOS

1- la señora Zapata Henao laboró al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos para que le fuera reconocida una pensión por invalidez.

2- En la liquidación de la pensión de invalidez no se tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año anterior a la adquisición del estatus pensional por invalidez.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985, Decreto Nacional 1045 de 1978, Decreto nacional 1848 de 1969 y Decreto 1743 de 1966.

Como concepto de la violación esgrime que teniendo en cuenta los fundamentos normativos enunciados es claro el derecho que le asiste a la actora a que su pensión de invalidez sea reconocida en un 75% con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: Manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Planteó como excepción previa:

- **Falta de integración del litisconsorcio necesario:** solicitó la vinculación del Departamento de Caldas y o el Municipio de Manizales, según sea el caso, por ser la entidad Territorial la encargada del reconocimiento de las prestaciones de los docentes.

De igual forma solicita la vinculación de la Fiduprevisora por ser esta la entidad que administra los recursos destinados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional:** señala que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la nación, sin personería, consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que las entidades territoriales reconozcan a su planta docente, por lo tanto el acto administrativo que reconoce o resuelve la petición en relación con la misma, contiene la voluntad de la Secretaría de Educación Territorial, y no de la entidad contra la cual se dirige la demanda.

- **Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada- Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:** indicó que de acuerdo al procedimiento establecido en el Decreto 1075 de 2015 para el reconocimiento y pago de las prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la entidad territorial y la Fiduprevisora las encargadas del reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes, no teniendo injerencia alguna el Ministerio de Educación en dicho reconocimiento.

Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica: expresó que reliquidar la pensión de la actora implicaría desconocer el principio de legalidad, lo cual afectaría la aplicación del Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003.

Prescripción: que en caso de que sean reconocidos los derechos económicos reclamados, se debe declarar la prescripción de tres (3) años establecida en el Decreto 1848 de 1969.

- **Buena fe:** indicó que los pagos de prestaciones sociales en el régimen excepcional de docentes, depende de la disponibilidad presupuestal y del correcto diligenciamiento de los respectivos actos administrativos por parte de la entidad territorial a la que pertenece el docente, así como el visto previo de la entidad fiduciaria.

- **Genérica:** solicitó oficiosamente reconocer las excepciones que resulten demostradas en el curso del proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 10 de abril de 2019, accedió a las pretensiones de la demanda.

La Juez A-quo se planteó como problema jurídico, determinar si a la actora le asiste derecho que la pensión de invalidez sea reliquidada con la inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

Tras hacer un recuento normativo de la Ley 91 de 1998, la, la Ley 812 de 2003, la Ley 115 de 1994, la Ley 60 de 1993, y del Decreto 1045 de 1978 y jurisprudencia señalada por el Consejo de Estado de fecha del 4 de agosto de 2010, concluyó que la demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional por tratarse de una docente, esto es con la inclusión de la prima de navidad y la prima de vacaciones.

Frente a la prescripción señaló que en el presente asunto no se presenta.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionada presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible a folios 73 a 78 del cuaderno 1.

Afirmó que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece que, los docentes nacionalizados que figuren vinculados al 31 de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas mantendrán el régimen prestacional del que han venido gozando, y para el caso de los nacionales, indicó que se les aplicará el mismo régimen de los empleados públicos del orden nacional. De acuerdo a ello, debe entenderse que el régimen aplicable

anterior a la Ley 91 de 1989 incluía las modificaciones de la Ley 33 de 1985, por lo cual es claro que en la relación con los factores salariales debe aplicarse lo atinente a aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes a la seguridad social. Además debe darse cumplimiento a la sentencia Unificación SU del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019.

Aseveró que el derecho a la pensión no se consolida hasta tanto se han cumplido los requisitos para ello, y en consecuencia solo puede hablarse de una expectativa, resaltando que el reconocimiento queda sujeto a las modificaciones que sufra el ordenamiento jurídico.

54M]¿'0987 Por todo lo anterior, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda y se declare que el acto demandado se encuentra ajustado a derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: pese a que presentó alegatos de conclusión los mismos no corresponden al tema a debatir en segunda instancia conforme al recurso de apelación presentado por la parte accionada.

Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: guardó silencio.

Ministerio Público: no efectuó pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

- ¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de invalidez de la señora Zapata Henao, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional?

LO PROBADO

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

1. Mediante la Resolución nro. 2580-6 del 4 de abril de 2017 se reconoció una pensión mensual de invalidez a favor de la señora Zapata Henao, equivalente al 75% del salario devengado al momento de presentarse la invalidez, teniendo cuenta además la bonificación mensual, calculando el valor pensional en la suma de \$22.387.057 efectiva desde el 25/10/2016, de conformidad con el certificado médico expedido por Cosmitet mediante el cual se certifica la pérdida de la capacidad laboral en un 75% (fol. 15, C.1).
2. Conforme al certificado de salarios expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la señora Zapata Henao en el año anterior a la adquisición del status pensional, esto es entre el 25 de octubre de 2015 y el 25 de octubre de 2016, devengó además del salario básico, la bonificación mensual, la prima de servicios, la prima de navidad y la prima de vacaciones (fol. 16, C.1)

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos

previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo n° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1°, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° 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 1° 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 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. [...] (Negrillas fuera de texto)

Ahora bien, tratándose de la pensión de invalidez los artículos 61 y 63 del Decreto 1848 de 1968 preceptúan:

Artículo 61º.- Definición.

1. Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido el empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, a perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a que se ha dedicado ordinariamente.

2. En consecuencia, no se considera inválido el empleado oficial que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al setenta y cinco por ciento (75%).

Artículo 63º.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el segundo salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.

b. Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar de noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual.

c. Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable.

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la Resolución nro. 2580-6 del 4 de abril de 2017 la señora Zapata Henao adquirió el status de pensionado el 25/10/2016 por tener una incapacidad laboral certificada del 77%, siendo su vinculación anterior a la Ley 812 de 2003, por lo que se reconoce una pensión equivalente al 75% del último salario devengado. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985,

modificada por la Ley 62 del mismo año, especialmente el Decreto 1848 de 1968 por ser este el que regula el reconocimiento pensional por invalidez.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019², en la que indicó que *«El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados³, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁴»*.

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal a) del artículo 63 del Decreto 1848 de 1968 dispuso que los docentes que tuvieran una incapacidad laboral mayor a 96% tendrían derecho al reconocimiento de una pensión equivalente al 100% del último salario devengado, y en caso de ser variable al promedio de éste.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁵ y primera subregla⁶ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁷, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *«La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985»*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *«En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo».*

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

***Artículo 1º.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los

que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta sala, se observa que a la señora Zapata Henao le reconocieron pensión de invalidez, en cuya liquidación se incluyó la asignación básica mensual y la bonificación mensual.

De igual forma se encuentra probado que en el año anterior a la calificación de invalidez y fecha de adquisición del status pensional devengó además de la asignación básica, la prima de servicios, la prima de vacaciones y de navidad.

La demandante reprocha que no se hubiera liquidado la pensión de invalidez teniendo en cuenta estas dos primas, factores que fueron devengadas en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de invalidez pues no pueden tomarse como factor salarial la prima de servicios, de navidad y la de vacaciones, dado que aquellas no constituyen base de liquidación de los aportes.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta sala de decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de invalidez se reliquide en los términos por ella solicitados, esto es, incluyendo la prima servicios, de navidad y la de vacaciones como factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

En ese sentido, se revocará la sentencia dictada en primera instancia, para en su lugar, negar las súplicas de la demanda.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 10 de abril de 2019 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora DORALBA ZAPATA HENAO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Lo anterior, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia

SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda por las razones expuestas en precedencia.

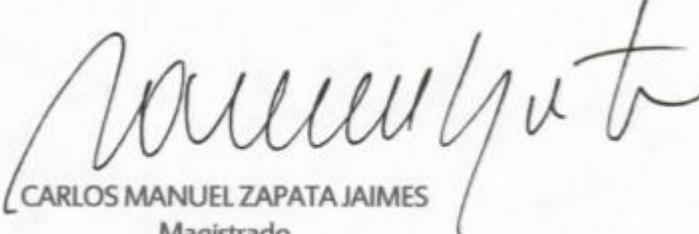
TERCERO: NO SE CONDENA en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto en la parte motiva.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

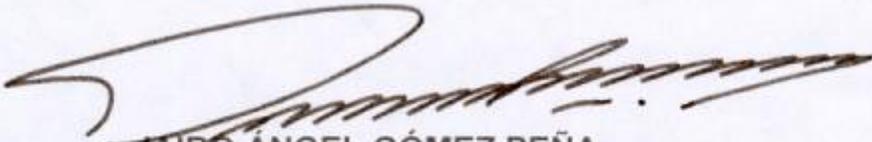
QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

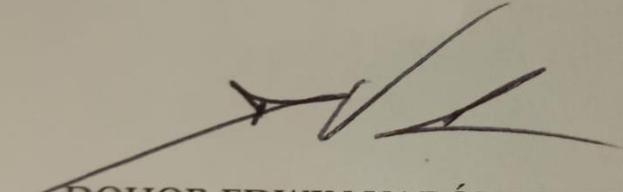
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 16 de julio de 2020, conforme Acta n° 032 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

<p style="text-align: center;">TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 088 de fecha 22 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p>

<p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

17-001-33-33-003-2013-00256-04

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA ESPECIAL DE DECISIÓN

Magistrado Sustanciador: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de JULIO de dos mil veinte (2020)

A.I. 221

Procede la Sala Especial de Decisión a decidir el recurso de súplica interpuesto por la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS** contra el auto proferido por el Magistrado Ponente, Dr. Dohor Edwin Varón Vivas, con el cual rechazó por improcedente la apelación contra el proveído que admitió un llamamiento en garantía, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por el señor **JORGE HUMBERTO GALLEGO Y OTROS** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

ANTECEDENTES

EL PROVEÍDO IMPUGNADO

El Despacho sustanciador, a través de auto que milita a folio 3 del cuaderno 2, rechazó el recurso de apelación formulado por **CORPOCALDAS** contra el auto con el cual el Juzgado 3º Administrativo de Manizales admitió el llamamiento en garantía que en su contra formulara el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

Como base de la decisión, adujo el ponente que el auto que admite el llamamiento en garantía no se halla enlistado en el catálogo del canon 243 de la Ley 1437 de 2011, que es de aplicación restrictiva, conforme lo establece el párrafo de ese mismo texto legal, y lo expuso el Consejo de Estado en auto de 31 de enero de 2013 dentro del expediente 2012-00034-01 (AG).

Por ende, atendiendo el contenido del párrafo del artículo 318 del CGP, dispuso que el juez de primera instancia tramitara el recurso por la vía de la reposición, que considera es el procedente en el caso de marras.

EL RECURSO DE SÚPLICA

Actuando de manera oportuna, CORPOCALDAS interpuso recurso de súplica contra el proveído recién identificado /fls. 5-16 cdno. 2/.

Acota que el análisis llevado a cabo por el ponente fue incompleto, porque si bien es cierto la procedencia y trámite del recurso de apelación contra autos se halla regulado de manera integral en la Ley 1437 de 2011, no se hizo siquiera mención del artículo 226 de la misma codificación, que expresamente permite que la decisión admisorio del llamamiento en garantía es apelable en el efecto devolutivo.

Finalmente, cita extensos apartados del auto de unificación proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 25 de junio de 2014 dentro del expediente 49.299, que a su juicio es suficientemente claro sobre la procedencia de dicho recurso.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN**

Pretende la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS, se revoque el auto con el cual rechazó por improcedente el recurso de apelación que dicha corporación presentó contra la decisión de admitir el llamamiento en garantía que en su contra formuló el MUNICIPIO DE MANIZALES.

El artículo 246 de la Ley 1437 de 2011 prescribe:

“ARTÍCULO 246. SÚPLICA. El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.

Este recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda.

El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la Secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado, el Secretario pasará el expediente al Despacho del Magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo ante la Sala, sección o subsección. Contra lo decidido no procederá recurso alguno” /Resalta la Sala/.

En este caso, corresponde a esta Sala Especial conocer del recurso de súplica formulado contra el proveído que rechazó por improcedente el recurso de apelación.

Sobre el particular, el Tribunal coincide con la postura de la promotora del recurso de súplica, pues si bien el canon 243 de la Ley 1437 de 2011 establece un catálogo de providencias susceptibles del recurso de apelación, dicha procedencia no se agota en ese mandato legal, en la medida que existen otros artículos dentro del mismo código que también avalan la posibilidad de apelar otras decisiones dictadas en el proceso contencioso administrativo.

Es el caso del artículo 226 *ibidem*, que al abordar la participación en el proceso de terceros como los llamados en garantía, consagra que son apelables aquellas decisiones que admiten o niegan tal intervención, aun cuando difiere el efecto en el que ha de concederse el recurso. El mandato en mención dispone:

“ARTÍCULO 226. IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES SOBRE INTERVENCIÓN DE TERCEROS. El auto que acepta la solicitud de intervención en primera instancia será apelable en el efecto devolutivo y el que la niega en el suspensivo. El auto que la resuelva en única instancia será susceptible del recurso de súplica o del de reposición, según el juez sea individual o colegiado, y en los mismos efectos previstos para la apelación”.

Así mismo, como también lo acota la recurrente en súplica, el H. Consejo de Estado determinó que la enunciación de providencias susceptibles de apelación en el canon 243 de la Ley 1437 de 2011, no niega la existencia de otras

igualmente apelables a voces del mismo código, como se itera, lo es el auto que admite un llamamiento en garantía:

“(…) Sobre el particular, es preciso señalar que el legislador limitó la apelación de los autos proferidos por los tribunales, con la finalidad de restringir la competencia del Consejo de Estado en materia de decisiones interlocutorias, máxime si se tiene en cuenta que las disposiciones contenidas en la ley 1437 de 2011, persiguen el objetivo o tienen como finalidad la descongestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, por lo tanto, simplificar procedimientos que no impliquen el desconocimiento de las garantías procesales.

No obstante lo anterior, es evidente que el legislador incluyó o introdujo algunas normas especiales que, de manera particular, establecieron la procedencia del recurso de apelación contra específicas decisiones interlocutorias, a modo de ejemplo y de forma enunciativa, huelga citar las siguientes: i) la que decide las excepciones previas (art. 180), ii) el auto que resuelve sobre la intervención de terceros (art. 226), yiii) el que decreta una medida cautelar (art. 236) (...)”.

En atención a lo expuesto, se revocará el auto proferido por el Magistrado Ponente, con el cual se rechazó el recurso de apelación y en su lugar, se dispondrá darle trámite a este medio de impugnación.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Oral Especial de Decisión,

RESUELVE

REVÓCASE el auto proferido por el Magistrado Ponente, Dr. Dohor Edwin Varón Vivas, con el cual rechazó por improcedente la apelación contra el proveído que admitió un llamamiento en garantía, dentro del proceso de **REPARACIÓN**

DIRECTA promovido por el señor **JORGE HUMBERTO GALLEGO Y OTROS** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

En su lugar, el funcionario deberá decidir el recurso de apelación formulado.

NOTIFÍQUESE

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión de la fecha según Acta N° 034 de 2020.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maqistrado



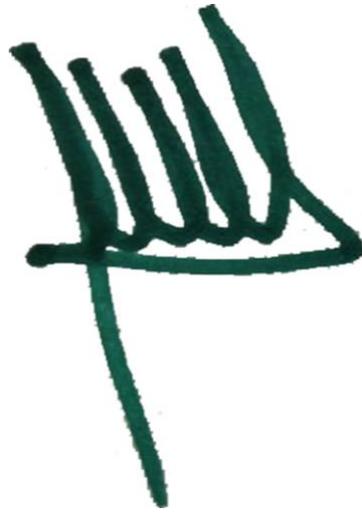
AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 088 de fecha 22 de Julio de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base line, with a single vertical stroke extending downwards from the center.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17-001-33-39-752-2015-00176-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Sustanciador: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de JULIO de dos mil veinte (2020)

A.I. 220

Procede esta Sala Unitaria a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con el cual DENEGÓ su petición dirigida a que se insistiera ante algunas entidades bancarias, para materializar el embargo y secuestro de unas sumas de dinero de propiedad de la accionada, decretadas dentro del proceso EJECUTIVO promovido por la señora **CONSUELO GARCÍA OSPINA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Con la demanda, cuya copia reposa de folios 1 a 11 del cuaderno principal, la parte actora pretendió se librara mandamiento de pago por las siguientes sumas de dinero:

- (i) \$ 96'456.078,86 por concepto del mayor valor a cancelar por las mesadas reajustadas a favor de la accionante.

- (ii) Los intereses de mora liquidados sobre la anterior suma a la máxima tasa legal autorizada (1.5 veces el interés bancario corriente), al tenor de lo dispuesto en los artículos 177 del Decreto 01 de 1984 y 884 del Código de Comercio.

(iii) Las diferencias pensionales que se causen a partir del año 2015, que deberán cancelarse dentro de los cinco (5) días siguientes al 30 de cada mes.

(iv) Por los intereses causados sobre las mesadas que se causen luego de la presentación de la demanda.

Lo anterior, como consecuencia del cumplimiento parcial de la sentencia emanada del Juzgado 1º Administrativo de Descongestión de Manizales el ocho (8) de octubre de 2012, con la cual se dispuso el reajuste de la pensión de jubilación de la accionante.

LA PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado 6º Administrativo de Manizales negó la solicitud de la parte actora, tendiente a que se ‘insistiera’ ante los bancos DAVIVIENDA, DE OCCIDENTE y BANCOLOMBIA, para que procedieran a embargar los dineros de COLPENSIONES /fls. 179-182/.

En el proveído apelado se refiere que en auto anterior se decretó el embargo de los dineros de la entidad demandada, medida limitada a la suma de \$ 200'000.000, atendiendo a que se trata de un cobro ejecutivo para satisfacer prestaciones pensionales reconocidas en una sentencia judicial; sin embargo, se anota, las 3 entidades bancarias certificaron que las cuentas que posee la entidad querellada se hallan amparadas por el beneficio de la inembargabilidad por ser dineros de destinación específica, correspondientes al sistema de seguridad social.

La parte demandante seguidamente insistió en la práctica de la medida cautelar, toda vez que el crédito que da origen a la ejecución forzosa tiene su origen en acreencias laborales que adicionalmente han sido reconocidas mediante sentencia judicial.

En la decisión materia del recurso, la jueza hace un breve resumen del entendimiento brindado por la jurisprudencia constitucional al principio de inembargabilidad de los recursos incorporados en el presupuesto general de

la Nación, con las excepciones referidas al pago de créditos laborales, sentencias judiciales y títulos ejecutivos que emanen del Estado.

Posteriormente aclara que los recursos del sistema de seguridad social tienen la connotación de parafiscales, y no hacen parte del Presupuesto General de la Nación, pues tienen destinación específica para los fines del artículo 48 de la carta política, por lo que respecto de estos no son aplicables las excepciones al mandato de inembargabilidad desarrollado en el precedente judicial citado, y con ello, negó la petición de la parte actora tendiente a insistir ante las entidades bancarias para el embargo de dichos recursos.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

La parte demandante formuló recurso de apelación con el escrito que se halla de folios 185 a 197 del cuaderno principal.

En primer término, sostiene que con el auto que negó la solicitud de insistir en la efectividad de la medida cautelar ante las entidades bancarias, en la práctica lo que hizo la funcionaria judicial fue dejar sin efecto una decisión anterior, con la cual había accedido a la medida de embargo y secuestro de estos dineros, en contravía de lo instituido en el canon 285 del CGP, habida cuenta que el auto se halla ejecutoriado. Asegura que con la nueva decisión de inembargabilidad, se desconoce que el crédito que persigue la accionante es precisamente pensional, por lo que es dable cancelarlo con los dineros parafiscales.

Agrega que la providencia apelada contiene una lacónica negativa frente a la petición de hacer efectiva una medida cuyo decreto se halla en firme, sin realizar al menos un juicio de proporcionalidad y racionalidad de la decisión, por la colisión de principios que representa, indicando que de acuerdo con lo establecido en los cánones 593-10, 594 y 599 del CGP, resultaría procedente insistir en la efectividad del embargo.

Finalmente estima, el auto apelado desconoce la jurisprudencia que de manera pacífica han proferido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional

sobre las excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos públicos.

CONSIDERACIONES

Pretende la parte actora se revoque el auto proferido por la Jueza 6ª Administrativa de Manizales, con el cual le fue negada la solicitud de insistencia ante las entidades bancarias mencionadas (DAVIVIENDA, DE OCCIDENTE y BANCOLOMBIA), con el fin de que se efectivice la orden de embargo y secuestro de los dineros de propiedad de COLPENSIONES, medida que había sido ordenada por la misma funcionaria judicial.

Salvo lo establecido en los artículos 297 a 299 del Código de lo Contencioso Administrativo (C/CA) contenido en la Ley 1437 de 2011, no existe ninguna otra formulación procesal en dicha obra, por lo que en algunas situaciones deberá acudir al Código General del Proceso (L. 1564/12) en virtud del artículo 306 del primer ordenamiento mencionado.

No obstante, el párrafo único del artículo 243 del C/CA establece que, “La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil (entiéndase General del Proceso)”

En este orden, el mismo precepto 243 estatuye que también son apelables “los siguientes autos proferidos en la misma instancia (primera anota la Sala) por los jueces administrativos: ...2. El que decrete una medida cautelar...”, lo que armoniza con el mandato 236 ibídem /Se subraya/, y sin que en el artículo se prevea el que impugna ahora la accionante.

En ese orden, el auto que ha sido recurrido por vía de apelación resulta insusceptible de ese medio de defensa, lo que obliga a su rechazo, pues no se trató de la impugnación del proveído que dispuso el mandamiento ejecutivo, ni se trata de otro que enliste el artículo 243 del C/CA.

Es por lo expuesto que la **SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL**,

RESUELVE

RECHÁZASE, por improcedente, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto del Juez 6° Administrativo de Manizales con el cual denegó la solicitud de insistencia de embargo, dentro del proceso **EJECUTIVO** promovido por la señora **CONSUELO GARCÍA OSPINA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

EJECUTORIADO este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al despacho de origen, previas las anotaciones que sean del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Augusto Morales Valencia', enclosed within a large, light blue circular stamp or seal.

AUGUSTO MORALES VALENCIA

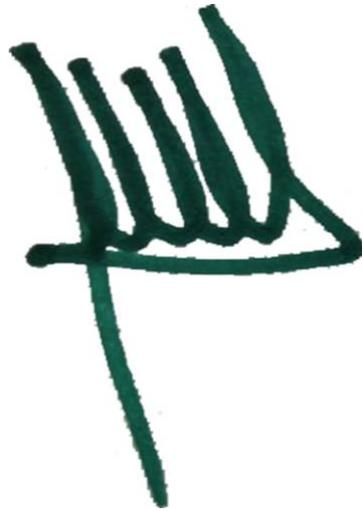
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 088 de fecha 22 de JULIO de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling a stylized 'H' or a similar symbol.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-33-33-002-2018-00133-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de JULIO de dos mil veinte (2020)

A.I. 222

Mediante sentencia de 21 de febrero de 2020 /fls. 9 a 15 cdn. 2/, este Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia emanada del Juzgado 2º Administrativo de Manizales /fls. 138-145 cdno.1/. De manera involuntaria, como referencia de la providencia se indicó un número de radicado distinto al del proceso, pues se señaló 17001-33-33-001-2018-00133-02, cuando en realidad el radicado es **17001-33-33-002-2018-00133-02**, por lo cual su apoderado impetra se corrija el lapsus /fl. 18 cdno 2/.

El artículo 286 del Código General del Proceso (CGP) (aplicable por remisión del art. 306 del C/CA) indica a letra:

“Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos que por error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.” /Subrayas de la Sala/.

En este orden, con fundamento en el precepto reproducido, aplicable en virtud del artículo 306 de la Ley 1437/11, y no obstante la poca relevancia que pareciera tener, pues ninguna incidencia tiene en el texto del fallo; empero, para precaver cualquier equívoco que pudiera afectar a los sujetos

procesales, habrá de corregirse el número del radicado indicado en la sentencia de la cual se depreca su enmienda.

Por lo expuesto,

RESUELVE

CORRÍJESE el número de radicación indicado en el encabezado de la sentencia dictada por este Tribunal en segunda instancia el 21 de febrero de 2020, confirmatoria del fallo de primer grado, dictada dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**; en el sentido de que el radicado correcto del proceso es **17001-33-33-002-2018-00133-02**.

NOTIFÍQUESE

Discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha según Acta N° 034 de 2020.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



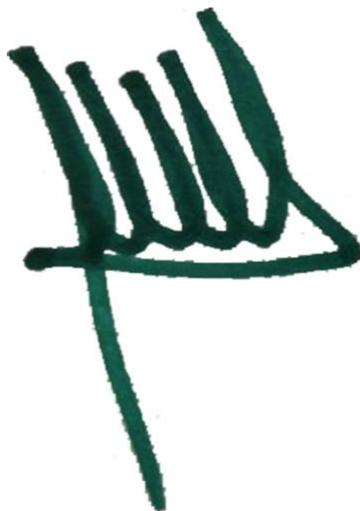
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 088 de fecha 22 de JULIO de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base, with a long vertical stroke extending downwards from the left side.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

17-001-33-33-003-2019-00344-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Sustanciador: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de JULIO de dos mil veinte (2020)

A.I. 219

Procede esta Sala de Decisión a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto proferido por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con el cual accedió al decreto de una medida cautelar impetrada por la parte actora, consistente en el embargo de unas sumas de dinero, dentro del proceso **EJECUTIVO** promovido por la señora **SILVIA FRANCO MARÍN** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL**.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Con la demanda que reposa a folios 2 y 3 del cuaderno principal, pretende la parte actora se libere mandamiento ejecutivo por las siguientes sumas de dinero:

- (i) \$ 78'156.642, que corresponde a las mesadas pensionales causadas desde el 18 de noviembre de 2010 hasta el 21 de mayo de 2019.
- (ii) \$ 14'776.171, equivalente a la indexación de dicha suma.
- (iii) Por las costas que genere el proceso ejecutivo.

Dichos valores se calcularon como consecuencia del incumplimiento de la entidad accionada frente a lo ordenado en sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales el 23 de marzo de 2017, con la cual dispuso el

reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a favor de la demandante.

LA PROVIDENCIA APELADA

De manera concomitante al mandamiento de pago librado por las sumas pedidas con la demanda ejecutiva, el Juez 3° Administrativo mencionado ordenó el embargo de los dineros que la entidad demandada tuviera depositados en cuentas de ahorros, corrientes y CDT en diversas entidades bancarias de la ciudad de Manizales, con observancia de las restricciones previstas en el artículo 594 del Código General del Proceso (CGP), y limitando el embargo a la suma de \$ 139'399.219 /fl. 20/.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

Actuando de manera oportuna, la entidad accionada apeló el proveído recién identificado, con el escrito que reposa a folios 23 y 24 de la actuación.

Como soporte de su desacuerdo con la decisión del juez de instancia, expone que de acuerdo con la Circular N° 002 de 16 de enero de 2015, expedida por el Director de Presupuesto Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los bienes de uso público ostentan el carácter de inembargables, atendiendo al mandato consagrado en el artículo 63 de la Constitución Política.

Acota que en desarrollo de este postulado, y de conformidad con la Ley del servidor público que reciba una orden de embargo sobre recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación está obligado a hacer las gestiones pertinentes para obtener su desembargo, por lo que acogiendo dicho mandato legal, aporta certificación sobre el carácter inembargable de las cuentas pertenecientes a la Policía Nacional, expedida por el Director Administrativo y Financiero de dicha institución.

Agrega que una vez consultada la base de datos de la entidad, la cuenta de cobro que dio origen al proceso ejecutivo se encuentra en turno para ser pagada, y por expresa disposición del mandato 15 de la Ley 962 de 2005, no es posible alterar este orden, so pena de vulnerar el derecho a la igualdad de otros acreedores.

PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE DEMANDANTE

Durante el término de traslado del recurso de apelación, la parte demandante allegó pronunciamiento que reposa en el escrito de folios 26 y 27.

Estima que los reparos de la POLICÍA NACIONAL no están llamados a salir avantes, pues la medida de embargo está dirigida de manera exclusiva a los dineros propiedad de esa entidad, y no a aquellos que son inembargables en virtud de la Constitución y la ley, de acuerdo con lo establecido en los artículos 594 del CGP y 195 de la Ley 1437 de 2011.

En cuanto al argumento esbozado por la entidad ejecutada consistente en el turno que debe esperar la parte actora para la satisfacción de su crédito, estima que esta razón se cae de su propio peso, ya que de nada serviría llegar a una conciliación con la entidad en la que esta se compromete a pagar la obligación en determinada fecha, si luego el crédito es sometido a un sistema de turnos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora se revoque el auto proferido por el Juez 3º Administrativo de Manizales, con el cual decretó la medida cautelar de los dineros de propiedad de la POLICÍA NACIONAL, fundamentando su inconformidad a partir del carácter inembargable de las cuentas de la entidad.

En principio, el artículo 63 de la Carta Política dispone en su tenor literal:

“ARTICULO 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

El Decreto 111 de 1996, que contiene el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, establece en su artículo 19:

“Inembargabilidad. Son inembargables las rentas incorporadas en el presupuesto general de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman.

No obstante la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias. Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4° del título XII de la Constitución Política.

Los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo, so pena de mala conducta (L. 38/89, art. 16; L. 179/94, arts. 6°, 55, inc. 3°)” /Resalta el Tribunal/.

El mandato de inembargabilidad de los recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación también se halla consagrado en las normas que regulan las medidas cautelares adoptadas en desarrollo de procesos judiciales, y de manera puntual el artículo 594 del CGP establece en lo pertinente que,

“Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:

1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social (...)

3. Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje (...)

.PARÁGRAFO. Los funcionarios judiciales o administrativos se abstendrán de decretar órdenes de embargo sobre recursos inembargables. En el evento en que por ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberán invocar en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia.

Recibida una orden de embargo que afecte recursos de naturaleza inembargable, en la cual no se indicare el fundamento legal para la procedencia de la excepción, el destinatario de la orden de embargo, se podrá abstener de cumplir la orden judicial o administrativa, dada la naturaleza de inembargable de los recursos. En tal evento, la entidad destinataria de la medida, deberá informar al día hábil siguiente a la autoridad que decretó la medida, sobre el hecho del no acatamiento de la medida por cuanto dichos recursos ostentan la calidad de inembargables. La autoridad que decretó la medida deberá pronunciarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de envío de la comunicación, acerca de si procede alguna excepción legal a la regla de inembargabilidad. Si pasados tres (3) días hábiles el destinatario no se recibe oficio alguno, se entenderá revocada la medida cautelar (...)” /Resalta el Tribunal/

El canon 195 de la Ley 1437 de 2011 también introduce mandatos relacionados con el embargo de recursos de las entidades públicas:

“El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:

1. Ejecutoriada la providencia que imponga una condena o apruebe una conciliación cuya contingencia haya sido provisionada en el Fondo de Contingencias, la entidad obligada, en un plazo máximo de diez (10) días, requerirá al Fondo el giro de los recursos para el respectivo pago.

2. El Fondo adelantará los trámites correspondientes para girar los recursos a la entidad obligada en el menor tiempo posible, respetando el orden de radicación de los requerimientos a que se refiere el numeral anterior.

3. La entidad obligada deberá realizar el pago efectivo de la condena al beneficiario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos.

(...) **PARÁGRAFO 1o.** El Gobierno Nacional reglamentará el procedimiento necesario con el fin de que se cumplan los términos para el pago efectivo a los beneficiarios. El incumplimiento a las disposiciones relacionadas con el reconocimiento de créditos judicialmente reconocidos y con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos acarreará las sanciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar.

PARÁGRAFO 2o. El monto asignado para sentencias y conciliaciones no se puede trasladar a otros rubros, y en todo caso serán inembargables, así como los recursos del Fondo de Contingencias. La orden de embargo de estos recursos será falta disciplinaria” /Resalta el Tribunal/.

Pese a los términos perentorios en los que se hallan redactadas las prescripciones normativas sobre el carácter inembargable de los recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, a esta prohibición no debe brindarse una interpretación extrema, que conlleve al desconocimiento

de otros principios o prerrogativas de orden superior, cuyo ámbito también es tutelado por el texto fundamental.

En esta línea de intelección, la Corte Constitucional ha entendido que el mandato de inembargabilidad ha de ceder en un juicio de ponderación ante otros igualmente relevantes desde el punto de vista constitucional, dando lugar a las siguientes excepciones (Sentencia C-1154 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández):

“El Legislador ha adoptado como regla general la inembargabilidad de los recursos públicos consagrados en el Presupuesto General de la Nación. Pero ante la necesidad de armonizar esa cláusula con los demás principios y derechos reconocidos en la Constitución, la jurisprudencia ha fijado algunas reglas de excepción, pues no puede perderse de vista que el postulado de la prevalencia del interés general también comprende el deber de proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de cada persona individualmente considerada. La primera excepción tiene que ver con la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas; La segunda regla de excepción tiene que ver con el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias; y la tercera excepción a la cláusula de inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación, se origina en los títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible”
/Subraya el Tribunal/.

Incluso, al analizar la constitucionalidad del Estatuto Orgánico de Presupuesto, en la Sentencia C-354 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell),

el tribunal constitucional había dejado en claro la siguiente regla sobre la interpretación matizada que tiene ese canon normativo:

“(…) El principio de inembargabilidad general que consagra la norma resulta ajustado a la Constitución, por consultar su reiterada jurisprudencia. No obstante, es necesario hacer las siguientes precisiones: La Corte entiende la norma acusada, con el alcance de que si bien la regla general es la inembargabilidad, ella sufre excepciones cuando se trate de sentencias judiciales, con miras a garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos a las personas en dichas sentencias. Los funcionarios competentes deben adoptar las medidas que conduzcan al pago de dichas sentencias dentro de los plazos establecidos en las leyes, siendo posible la ejecución diez y ocho meses después de la ejecutoria de la respectiva sentencia

(…) Los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos”/Resaltados no son originales/.

Finalmente, el Consejo de Estado acorde con la postura adoptada en sede constitucional, incluso prohijando la posibilidad de embargar dineros con destinación específica. Así, en Auto de seis (6) de noviembre de 2019 con ponencia de la Magistrada María Adriana Marín en el expediente N° 62544 reiteró:

“A partir de los pronunciamientos jurisprudenciales a que se ha hecho referencia, se extrae que son excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos públicos, los créditos u obligaciones: i) de origen laboral, con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas; ii) aquellos contenidos en sentencias judiciales, para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias; iii) los que provienen de títulos emanados del Estado que contengan obligaciones claras, expresas y exigibles; y iv) los recursos de destinación específica como los provenientes del Sistema General de Participaciones, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tengan como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados dichos recursos (educación, salud, agua potable y saneamiento básico). (...) En efecto, la inembargabilidad de los rentas provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Sistema General de Participaciones y de los recursos asignados a los entes territoriales, aparece consagrada en los artículos 16 de la Ley 38 de 1989, 1° del Decreto 2282 de 1989, 19 del Decreto 111 de 1996, 18 de la Ley 715 de 2001, 21 del Decreto 28 de 2008 y 25 de la Ley 1751 de 2015, normas que fueron declaradas condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional en los términos expuestos en las sentencias a que se hizo referencia en esta providencia, es decir, bajo el entendido de que existen ciertas excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos públicos”.

Abordando el principio de inembargabilidad de los dineros incorporados en el Presupuesto General de la Nación desde el punto de vista de la hermenéutica vertida en los pronunciamientos parcialmente trasuntados, no se trata de una regla con carácter inflexible ni de un rigidez absoluta, pues debe leerse en

consonancia con otros elementos de orden superior igualmente relevantes, como la seguridad jurídica que subyace al cumplimiento de las sentencias judiciales, los derechos laborales y la confianza legítima que emana de los documentos proferidos por el Estado.

De ahí que las excepciones frente al mandato general de inembargabilidad hallen plena justificación con el texto fundamental.

En este contexto, la orden de embargo proferida por el juez de primer grado se inscribe dentro de los parámetros excepcionales descritos, no solo por tratarse de una obligación surgida de una providencia judicial que se halla ejecutoriada, sino por cuanto la esencia de dicho crédito atañe a una prestación pensional, la cual hace parte de los beneficios que goza de un amplio espectro de protección constitucional, teniendo en cuenta lo que representa en términos de salvaguarda para el titular del derecho.

Por otra parte, no sobra insistir que la medida cautelar ha de entenderse circunscrita al monto por el cual se libró el mandamiento de pago y a los recursos que por vía constitucional y legal pueden ser sujetos de esta medida, previsión que también adoptó el funcionario judicial al ceñir su ámbito de aplicación a las restricciones consagradas en el citado artículo 594 del CGP. En este orden, se confirmará la decisión apelada.

Es por lo expuesto que la **SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL**,

RESUELVE

CONFÍRMASE el auto proferido por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con el cual accedió al decreto de una medida cautelar impetrada por la parte actora, consistente en el embargo de unas sumas de dinero, dentro del proceso **EJECUTIVO** promovido por la señora **SILVIA FRANCO MARÍN** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL**.

EJECUTORIADO este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al despacho de origen, previas las anotaciones que sean del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



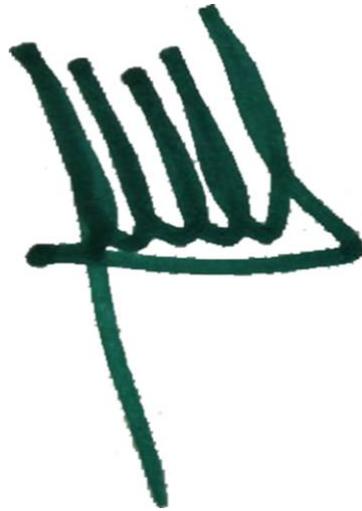
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 088 de fecha 22 de JULIO de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling the name 'Hector Jaime Castro Castañeda'.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-
Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 112

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Reparación Directa
Radicación: 17001-33-33-001-2014-00063-02
Demandante: Cristina Palacio Arboleda y otros
Demandados: Instituto Nacional de Vías – INVIAS
Departamento de Caldas
Municipio de Manizales
Municipio de Villamaría

Llamada en
Garantía: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 037 del diecisiete de julio de 2020

Manizales, veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el Departamento de Caldas contra la sentencia del siete (7) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora Cristina Palacio Arboleda y otros contra el Instituto Nacional de Vías – INVIAS², el Departamento de Caldas, el Municipio de Manizales y el Municipio de Villamaría.

ANTECEDENTES

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 11 de febrero de 2014 (fls. 1 a 14, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, INVIAS.

1. Que se declare administrativamente responsables a las entidades accionadas por los perjuicios causados a la parte demandante como consecuencia de la muerte del señor Jhon Elver Arias Patiño, ocurrida el 13 de diciembre de 2011 en accidente de tránsito en vía alterna a la entrada del Municipio de Villamaría – Sector Estación de Servicio “La Villa”.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las entidades demandadas al pago de los siguientes perjuicios a favor de cada uno de los demandantes, en la siguiente proporción:

DEMANDANTE	CALIDAD EN QUE CONCURRE	PERJUICIOS MORALES (s.m.l.m.v.)	PERJUICIOS MATERIALES (Lucro Cesante)	DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN (s.m.l.m.v.)
Cristina Palacio Arboleda	Cónyuge	100	\$132'293.200	100
Cristian Camilo Arias Palacio	Hijo	100		100
Juliana Arias Palacio	Hija	100		100

3. Que se ordene a las entidades accionadas dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 191 del CPACA.

Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho (fls. 3 a 7, C.1), que en resumen indica la Sala.

1. El 13 de diciembre de 2011, en la vía alterna a la entrada del Municipio de Villamaría – Sector Estación de Servicio “La Villa”, en el puente contiguo o paralelo al puente Jorge Leyva el cual une las ciudades de Manizales y Villamaría, siendo aproximadamente las 7:10 a.m., los señores Ricardo Arévalo Parra y Jhon Elver Arias Patiño se movilizaban en un vehículo tipo motocicleta de placas HYE82B, conducido por el primero de ellos.
2. La citada motocicleta, que se desplazaba por el carril derecho en sentido Municipio de Villamaría – Municipio de Manizales, colisionó de frente con el automóvil tipo taxi de placas WBE325, conducido por el

señor Alberto Giraldo Holguín y de propiedad de la señora Sandra Liliana Álvarez Garzón.

3. Producto del accidente de tránsito, el señor Jhon Elver Arias Patiño sufrió un trauma encefálico y falleció horas más tarde en el Hospital Santa Sofía de Manizales.
4. El puente Jorge Leyva era utilizado para acceder al Municipio de Villamaría, mientras que el otro puente estaba habilitado para salir del Municipio de Villamaría a la vía Panamericana.
5. El señor Ricardo Arévalo Parra, quien iba conduciendo la motocicleta, desconocía que el 7 de diciembre de 2011 el paso vial por el que transitaba se había habilitado en ambos sentidos por el cierre del puente Jorge Leyva debido a una avalancha. Lo anterior, por cuanto no había señalización que así lo indicara, como quedó descrito en el informe policial del accidente de tránsito realizado por el patrullero Andrés Restrepo Muñoz.
6. La costumbre en el paso por el puente donde se produjo el accidente aunado a la falta de señalización, conllevó a que el señor Ricardo Arévalo Parra no se percatara de la conversión de doble vía y por ello trató de adelantar otro vehículo en ese trayecto, momento en el cual chocó con el taxi.
7. La parte demandante elevó peticiones a las entidades accionadas con el fin que le fuera informado cuál de ellas era la propietaria del puente en el que se accidentó el señor Jhon Elver Arias Patiño. Sin embargo, tales entidades respondieron que ninguna tenía a su cargo la labor de mantenimiento preventivo o correctivo de la vía.
8. Para el momento de los hechos, el señor Jhon Elver Arias Patiño contaba con 40 años de edad y laboraba como ayudante de construcción en el Municipio de Villamaría.
9. El señor Jhon Elver Arias Patiño devengaba el salario mínimo legal mensual vigente, equivalente a la suma de \$535.600, con el cual velaba por el sostenimiento de su hogar, integrado por su cónyuge, la señora Cristina Palacio Arboleda, y por sus hijos menores de edad Cristian Camilo y Juliana Arias Palacio.
10. La muerte del señor Jhon Elver Arias Patiño ha afectado a su familia, pues ésta no sólo dependía económicamente de aquél sino que además,

el fallecido constituía su apoyo personal, espiritual y moral, alterando las condiciones de existencia de los demandantes.

Fundamentos de derecho

Como fundamento jurídico de la demanda, la parte actora invocó el contenido de las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia: artículos 1, 2, 5, 6, 11, 13, 42, 43 y 90; Ley 446 de 1998; Ley 640 de 2000; Ley 1285 de 2009; y Decreto 1716 de 2009.

Manifestó la parte actora que la habilitación en doble sentido del puente en el que se accidentó el señor Jhon Elver Arias Patiño no fue señalizada como lo exige el manual de señalización vial publicado en el año 2004, en el cual se establece que corresponde a cada uno de los organismos de tránsito en su respectiva jurisdicción, aplicar y cumplir las reglamentaciones establecidas por el Ministerio de Transporte.

Expuso que las entidades encargadas del mantenimiento de la vía fueron totalmente omisivas en el cumplimiento de los deberes establecidos en la Ley 769 de 2002.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término legal conferido para tal efecto y obrando debidamente representadas, las entidades accionadas contestaron la demanda de la siguiente manera.

Municipio de Villamaría (fls. 44 a 50, C.1)

Se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no existe prueba de la responsabilidad de la entidad territorial en los hechos que dieron origen a este proceso, y que tampoco hay certeza de que la supuesta omisión que se endilga al municipio constituyera la causa eficiente del accidente.

Propuso como excepciones, las que denominó: *“FALTA DE LEGITIMACION (sic) POR PASIVA”*, en tanto el puente Jorge Leyva ubicado sobre el río Chinchiná en la entrada al municipio del mismo nombre, código 50CL03, hace parte de una vía que está a cargo del Departamento de Caldas, al cual fue entregada mediante convenio interadministrativo n° 0231 del 24 de marzo de 1995 suscrito con el Ministerio de Transporte, INVIAS y la Financiera de Desarrollo Territorial; *“INTERVENCIÓN DE UN TERCERO”*, como quiera que fue la imprudencia del conductor de la motocicleta lo que generó el accidente de tránsito, tal

como se extrae de la demanda, en la cual se admite que aquél pasó por alto el cambio de doble sentido en el puente no obstante a que cruzaba habitualmente por él, y además adelantó otro vehículo y no conservó el carril derecho obligatorio; *“FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO”*, en razón de la avalancha que averió el puente Jorge Leyva y obligó a su cierre temporal y a la habilitación de la vía en doble sentido; *“AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO”*, si se tiene en cuenta que ante la existencia de un hecho de fuerza mayor o caso fortuito no era exigible la implementación de señalización del contraflujo, más allá de la provisional y removible utilizada durante la emergencia; y *“FALTA DE NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL HECHO DE MI MANDANTE Y EL DAÑO”*, toda vez que, ante las imprudencias confesadas en la demanda, no existe causalidad entre la falta de señalización en el puente y el hecho generador del daño.

Municipio de Manizales (fls. 61 a 69, C.1)

Manifestó oponerse a las súplicas de la demanda, con fundamento en que la vía en la que se presentó el accidente de tránsito está en jurisdicción del Municipio de Villamaría y, por ende, el Municipio de Manizales no es el responsable del mantenimiento, señalización y control de la misma.

Explicó que el tramo entre la vía Panamericana y el punto de ingreso al puente de Villamaría cuenta con una calzada de dos carriles y permite la circulación en doble sentido.

Sostuvo que la vía en la que ocurrió el accidente de tránsito pasó de la red vial nacional al Departamento de Caldas, según consta en convenio interadministrativo n° 0231 del 24 de marzo de 1995, suscrito entre el Ministerio de Transporte, INVIAS, la Financiera de Desarrollo Territorial y el Departamento de Caldas.

Hizo alusión a los artículos 74, 106 y 107 de la Ley 769 de 2002, modificada por la Ley 1238 de 2008, en relación con el límite de velocidad en el tramo donde se presentaron los hechos, para concluir que los conductores debían tener precaución al acercarse al ingreso del puente, lo que al parecer no sucedió con los conductores involucrados en el accidente.

Se refirió a normas de tránsito generales para motocicletas y automóviles (artículos 66, 94 y 96 de la Ley 769 de 2002, modificada por la Ley 1238 de 2008), para señalar que fue la omisión de estos vehículos lo que ocasionó el accidente y como consecuencia, el fallecimiento del señor Jhon Elver Arias Patiño.

Manifestó que los conductores de los dos vehículos que colisionaron reportan múltiples infracciones a las normas de tránsito, accidentes de tránsito, comparendos y moras, lo cual evidencia la irresponsabilidad e imprudencia con la que circulan por las vías, poniendo en riesgo no sólo sus vidas sino las de los demás.

En ese sentido, expuso que no existen elementos materiales probatorios que permitan establecer responsabilidad en cabeza del Municipio de Manizales por acción u omisión, sino que por el contrario, hay evidencias contundentes del actuar imprudente e irresponsable de los conductores que se vieron involucrados en el accidente de tránsito, lo que indica que fue esto lo que sin duda produjo el desenlace fatal.

Formuló los siguientes medios exceptivos: *"FALTA DE LEGITIMACION (sic) EN LA CAUSA POR PASIVA"*, en razón a que la vía en la que se produjo el hecho por el que se demanda no está a cargo del Municipio de Manizales sino del Departamento de Caldas; *"CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA (sic)"*, debido a la violación de las normas de tránsito en cuanto a límite de velocidad y precaución al transitar por ese tipo de vías; y *"(...) GENERICA (sic)"*, respecto de cualquier otra excepción que se acredite en el proceso, conforme lo autoriza el artículo 282 del Código General del Proceso – CGP³.

INVIAS (fls. 85 a 93, C.1)

Se opuso a las pretensiones de la parte actora, en razón a que las causas del daño no le son imputables al INVIAS.

En efecto, manifestó que la carretera Manizales – Villamaría Código 50CL03 fue entregada al Departamento de Caldas mediante convenio interadministrativo n° 0231 del 24 de marzo de 1995, por lo que tal vía, incluidos sus puentes, pasaron a formar parte de la red vial a cargo de dicha entidad territorial.

Adujo que al tratarse de una carretera respecto de la cual el INVIAS no tiene competencia, no puede predicarse, obligación alguna de mantenimiento o manejo de tránsito a cargo de la entidad demandada.

Propuso como excepciones, las que denominó: *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, RESPECTO DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS"*, por cuanto la vía en la que se presentaron los hechos se encuentra a cargo del Departamento de Caldas y,

³ En adelante, CGP.

en tal sentido, no es posible que el INVIAS hubiere incurrido en actuación irregular alguna; “(...) *INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS* (sic)”, en virtud a que el accidente ocurrió en una vía que no se encuentra bajo la responsabilidad del INVIAS, de tal manera que resulta improcedente endilgarle algún tipo de responsabilidad, pues el mantenimiento, conservación y señalización de la carretera correspondía al Departamento de Caldas; “(...) *CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO*”, como quiera que de llegar a acreditarse responsabilidad extracontractual en el presente asunto, ésta recaería en el Departamento de Caldas; y “(...) *GENÉRICA*”, frente a cualquier otra excepción que se llegare a probar en el proceso.

Departamento de Caldas

Se tuvo por no contestada la demanda, por haber sido allegado el escrito correspondiente por fuera del término previsto (fl. 154 vuelto, C.1).

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El Municipio de Manizales llamó en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros (fls. 1 y 2, C.2), con fundamento en póliza de responsabilidad civil extracontractual n° 1002723, vigente entre el 1° de enero de 2011 y el 1° de enero de 2012.

Con auto del 13 de agosto de 2015 (fls. 9 y 10, C.2), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales admitió el llamamiento en garantía formulado por el Municipio de Manizales respecto de La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

Se precisa que aun cuando el Departamento de Caldas llamó en garantía a la compañía Liberty Seguros S.A., tal solicitud fue denegada por el Juez de primera instancia por cuanto la demanda y el respectivo llamamiento se presentaron de manera extemporánea (fl. 154 vuelto, C.1).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Por escrito que obra en folios 16 a 21 del cuaderno 2, La Previsora S.A. Compañía de Seguros se pronunció frente a la demanda instaurada así como en relación con el llamamiento formulado por el Municipio de Manizales, de la siguiente manera.

Aseguró no constarle ninguno de los hechos de la demanda, por lo que

manifestó atenerse a lo que resultare probado en el proceso.

Se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que en el presente caso existen claros eximentes de responsabilidad que exoneran de obligación indemnizatoria al Municipio de Manizales. Coadyuvó entonces los medios exceptivos propuestos por esta entidad territorial, particularmente el de falta de legitimación en la causa por pasiva.

En punto al llamamiento en garantía, explicó que la póliza goza de una serie de condiciones en cuanto a amparos, coberturas, valores asegurados, deducibles y exclusiones. En ese sentido, si se llegare a declarar la existencia de alguna situación que encaje dentro de las exclusiones de la póliza o por fuera de la cobertura de ésta, la aseguradora se vería exenta legal y contractualmente de indemnizar al asegurado.

Propuso las siguientes excepciones: ***“INEXISTENCIA DE OBLIGACION (sic) DE INDEMNIZAR AL ASEGURADO, MUNICIPIO DE MANIZALES”***, en el evento de demostrarse que el daño fue consecuencia de la inobservancia de disposiciones legales o de normas técnicas, pues la póliza expresamente señala que no ampara la responsabilidad civil del asegurado en esos casos; ***“INOPERANCIA DE LA POLIZA (sic) BASE DEL LLAMAMIENTO COMO FORMULA (sic) INDEMNIZATORIA RESPECTO DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA”***, si con posterioridad al proceso se comprueba la existencia de situaciones que no encajan en la cobertura de la póliza; ***“EXCEPCION (sic) DE PRESCRIPCION (sic) DE LA ACCION (sic)”***, teniendo en cuenta que los hechos de la demanda tuvieron ocurrencia el 13 de diciembre de 2011, pero la aseguradora sólo fue avisada y notificada del siniestro en el mes de octubre de 2015; y ***“EXCEPCION (sic) DE LÍMITE DE VALOR ASEGURADO”***, en el caso que para la época de la sentencia la suma asegurada (\$1.500'000.000 menos deducible de 10% sobre el valor de la pérdida) se haya agotado por pagos hechos con anterioridad con cargo a la misma vigencia, que no dejarían suma disponible para atender la reclamación pretendida.

LA SENTENCIA APELADA

El 7 de junio de 2018, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (fls. 285 a 305, C.1), a través de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con las siguientes consideraciones.

Inicialmente encontró acreditada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta tanto por el INVIAS como por el Municipio de

Manizales y el Municipio de Villamaría. Lo anterior, con fundamento en que así hubiere sido construido por el Municipio de Villamaría el puente en el que ocurrió el accidente de tránsito, que se encuentra alterno al puente Jorge Leyva, la obligación de administrar, mantener, reparar e intervenir la vía recaía en el Departamento de Caldas, conforme al convenio interadministrativo n° 0231 del 24 de marzo de 1995.

A continuación, refirió que las entidades tienen el deber de señalizar las vías públicas, y que cuando lo omiten o lo hacen de manera defectuosa, incurren en una falla en el servicio público que les ha sido encomendado.

Señaló que el 6 de diciembre de 2011 en horas de la mañana, se presentó una avalancha que ocasionó el daño del puente Jorge Leyva que hasta ese momento permitía salir de Villamaría a Manizales.

Expuso que ante el cierre del puente Jorge Leyva, se habilitó el puente alterno para que fuera transitado en sentido Villamaría – Manizales.

Indicó que el 13 de diciembre de 2011 en horas de la mañana, se presentó un accidente de tránsito en el puente paralelo al denominado Jorge Leyva, entre un vehículo tipo taxi y la motocicleta en la que se movilizaba como parrillero el señor Jhon Elver Arias Patiño con dirección a la ciudad de Manizales.

Sostuvo que el accidente se produjo porque la motocicleta, al adelantar un vehículo, invadió el carril derecho en el que transitaba el taxi, desconociendo por falta de señalización, según se afirma en la demanda, que el puente por el que se movilizaba había sido habilitado para acceder a Villamaría desde Manizales.

Explicó que como la conservación y mantenimiento de la vía en la que ocurrieron los hechos correspondía al Departamento de Caldas por tratarse de una vía de segundo orden cuya transferencia se hizo a través del convenio interadministrativo n° 0231 del 24 de marzo de 1995, recaía en dicha entidad territorial el deber de señalizarla conforme al Manual de Señalización Vial adoptado en el año 2004 por el Ministerio de Transporte.

Adujo que de conformidad con el informe de tránsito, el croquis levantado y las declaraciones rendidas en la investigación penal adelantada por estos hechos y que fue trasladada al expediente, para la fecha del accidente de tránsito en el cual perdió la vida el señor Jhon Elver Arias Patiño, no existía ninguna señal horizontal o vertical que advirtiera a los conductores que el puente alterno se había habilitado en dos sentidos.

Manifestó que según quedó consignado en el informe técnico elaborado dentro de la investigación penal iniciada, si bien el factor determinante del accidente fue la invasión del carril contrario por parte de la motocicleta, lo cierto es que hubo un factor contribuyente cual fue la falta de señalización en la vía de ocurrencia de los hechos.

De conformidad con lo anterior, consideró el Juez de primera instancia que el Departamento de Caldas había incurrido en una falla en el servicio por incumplir su deber de señalizar la vía en la que ocurrió el accidente de tránsito.

Ahora bien, estimó que en el presente asunto el hecho de un tercero había concurrido con la falla en el servicio del Departamento de Caldas, por cuanto el conductor de la motocicleta en la que se desplazaba el señor Jhon Elver Arias Patiño actuó de manera imprudente e irresponsable, toda vez que no estaba adelantando ningún vehículo que lo hiciera invadir el carril contrario sino que simplemente transitaba en sentido contrario al taxi, y adicionalmente no es creíble que no tuviera conocimiento de la avalancha que sacó de servicio el puente de acceso a Villamaría y que desde el 6 de diciembre de 2011 era utilizado tanto de salida como de entrada a dicho municipio.

Acotó que las cinco infracciones de tránsito que registra el señor Ricardo Arévalo Parra se consideran como indicio del irrespeto a las señales de tránsito por parte de aquél.

Consideró entonces el Juzgado de primera instancia que la condena impuesta al Departamento de Caldas debía ser reducida en un 60%, atendiendo que la causa determinante del daño fue el hecho de un tercero, al cual concurrió la falta de señalización vial.

En cuanto a la liquidación de perjuicios, el Juez *a quo* reconoció 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de los demandantes por concepto de perjuicios morales; y la suma de \$83'606.479,15 por lucro cesante para ser dividida por partes iguales entre los accionantes.

Negó el reconocimiento del daño a la vida de relación reclamado, explicando que tal concepto había sido reclasificado en la categoría de perjuicios por vulneración o afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, y que además no había sido probado en el expediente. Acotó que la congoja, tristeza y desolación de los demandantes por la muerte de su ser querido ya fue resarcido con el reconocimiento de perjuicios morales.

Finalmente condenó en costas a la parte demandada en cuantía equivalente al 50% del valor que llegare a arrojar la liquidación respectiva, con fundamento no sólo en la prosperidad parcial de las pretensiones de la parte actora sino en la omisión de contestar la demanda en la oportunidad procesal establecida.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante y el Departamento de Caldas interpusieron recursos de apelación contra el fallo de primera instancia, de la siguiente manera.

Parte demandante (fls. 324 a 333, C.1)

Manifestó que la ausencia total de señalización fue el hecho determinante en la producción del accidente con ocasión del cual falleció el señor Jhon Elver Arias Patiño; mientras que la invasión de carril fue tan solo un hecho contribuyente.

Sostuvo que la falta de señalización implicaba peligro para los usuarios, en tanto no se prevenía acerca del cambio de doble sentido de la vía. Acotó que de haberse cumplido con dicha obligación legal, el conductor de la motocicleta hubiera advertido y eventualmente evitado el trágico accidente.

Adujo que no se trata de averiguar cuál de los dos automotores incurrió en culpa por violación a las normas de tránsito sino de establecer si existe daño antijurídico imputable al Departamento de Caldas, lo que quedó ampliamente demostrado en el proceso.

De otra parte, explicó que el daño a la vida de relación es un perjuicio de carácter autónomo, extrapatrimonial, no necesariamente vinculado a lesiones de tipo corporal, y causado principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras que hacen agradable la existencia.

Con base en lo expuesto, consideró que en el caso concreto se encuentra demostrado el daño a la vida de relación, por cuanto la ausencia del señor Jhon Elver Arias Patiño privó a su familia de departir con él en todos los momentos de su vida y de recibir su protección, pues incluso la muerte de aquel obligó a la demandante a laborar, pese a que siempre fue ama de casa.

Departamento de Caldas (fls. 308 a 313, C.1)

Aseguró que el supuesto daño se produjo por la conducta imprudente y negligente del conductor de la motocicleta, quien a pesar de las condiciones de la vía, excedió los límites de velocidad permitidos y no extremó las medidas de precaución necesarias para su desplazamiento, lo cual aumentó la exposición al riesgo de verse involucrado en un accidente de tránsito.

Adujo que la condena en contra del Departamento de Caldas se da por el simple hecho de que éste era el propietario de la vía en la que ocurrieron los hechos, sin hacer una valoración conjunta del material probatorio allegado, de los cuales se extrae que la causa determinante del daño no fue la falta de señalización sino el hecho de un tercero y de la culpa de la propia víctima.

En efecto, sostuvo que tanto el conductor de la motocicleta como la víctima del accidente se expusieron al riesgo al invadir el carril contrario, ejerciendo una maniobra de adelantamiento, pese a que existía demarcación de doble línea continua en dicho tramo, y al transitar con exceso de velocidad.

Afirmó además que ambos ocupantes de la motocicleta debían llevar cascos reglamentarios como lo indica el Ministerio de Transporte, situación que no parece haber ocurrido atendiendo las heridas sufridas por el occiso.

Expuso que en razón de la avalancha ampliamente conocida por los habitantes del sector, se tenía dispuesta una señalización provisional y removible durante la emergencia, la cual era suficiente para haberle servido a quienes transitaban en la motocicleta como medio persuasivo a fin de que transitaran con precaución, máxime si se trataba de dos personas que residían en Villamaría y tenían conocimiento previo de las condiciones de ingreso y salida del municipio.

En relación con la condena en costas, indicó que el Departamento de Caldas celebró acuerdo de reestructuración de pasivos en el marco de la Ley 550 de 1999, y que en la cláusula tercera del mismo se pactó que sólo se pagaría el capital ordenado en las sentencias judiciales, sin reconocer intereses, costas y agencias en derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 28 a 37, C.6)

La parte actora intervino para reiterar los planteamientos expuestos en el recurso de apelación, consistentes en que no hubo concurrencia de culpas, por lo que el Departamento de Caldas debe responder de manera completa

por los perjuicios ocasionados, incluyendo el daño a la vida de relación que no fue reconocido en primera instancia.

Instituto Nacional de Vías – INVIAS (fls. 15 y 16, C.6)

Alegó que de conformidad con las pruebas allegadas al expediente, se demostró que la vía en la que ocurrieron los hechos no era competencia del INVIAS sino del Departamento de Caldas, al cual fue entregada en virtud del convenio interadministrativo n° 0231 del 24 de marzo de 1995. Por lo anterior, solicitó confirmar la providencia recurrida y como consecuencia, declarar probadas todas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Departamento de Caldas (fls. 17 a 27, C.6)

Sostuvo que la providencia de primera instancia no le otorgó la fuerza probatoria que correspondía a ciertos elementos probatorios como el croquis, en el cual se indicó como hipótesis del accidente la invasión del carril por parte de la motocicleta. Así mismo, estimó que no se habían evaluado las pruebas restantes en concatenación con el resultado dañoso.

Afirmó que la falla endilgada al Departamento de Caldas no constituyó la causa determinante del daño, pues éste provino de manera exclusiva de los hechos de un tercero y de la propia víctima, quienes de manera negligente se expusieron al riesgo, según se indicó en el recurso de apelación interpuesto.

Por lo demás, reiteró los argumentos expuestos en la alzada.

Municipio de Manizales (fls. 38 y 39, C.6)

Manifestó que de las pruebas obrantes en el expediente se acredita que la ocurrencia del accidente se debió a dos factores determinantes: la acción del conductor de la motocicleta al invadir el carril contrario y la falta de señalización vial en el sitio que advirtiera el doble sentido de tránsito de la vía.

Indicó que el mantenimiento, conservación y señalización de la vía le correspondía al Departamento de Caldas, por cuanto aquella fue entregada a tal entidad mediante el convenio interadministrativo n° 0231 de 1995.

En el anterior sentido, expuso que el Municipio de Manizales no tiene responsabilidad alguna en los hechos que dieron origen a esta demanda.

Municipio de Villamaría (fls. 13 y 14, C.6)

Manifestó que tal como lo concluyó el Juez de primera instancia, de las pruebas allegadas se encuentra acreditado que el Departamento de Caldas es la entidad responsable del mantenimiento, conservación y señalización de la vía donde ocurrieron los hechos, lo que significa que existe falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Municipio de Villamaría.

Llamada en garantía

Guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 24 de septiembre de 2018, y allegado el 30 de noviembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.6).

Admisión y alegatos. Por auto del 11 de febrero de 2019 se admitieron los recursos de apelación (fl. 4, C.6); posteriormente se corrió traslado para alegatos (fl. 9, ibídem), derecho del cual hicieron uso las partes (fls. 13 a 14, 15 a 16, 17 a 27, 28 a 37 y 38 a 39, C.6). El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 30 de mayo de 2019 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 40, C.6), la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el Departamento de Caldas contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquellos fueron formulados.

Problema jurídico

De conformidad con los supuestos de hecho y de derecho planteados en la demanda, la Sala estima que el problema jurídico en el presente asunto se contrae a resolver los siguientes interrogantes:

- *¿Se acreditó la inexistencia o deficiencia de señalización en el puente alterno al puente Jorge Leyva con dirección Villamaría – Manizales, que diera cuenta sobre la presencia de un contraflujo para el 13 de diciembre de 2011?*
- *De ser así lo anterior, ¿la inexistencia o deficiencia de señalización vial constituye la causa eficiente y necesaria del accidente de tránsito con ocasión del cual perdió la vida el señor Jhon Elver Arias Patiño? O, por el contrario, ¿el hecho de un tercero y la conducta de la víctima influyeron de manera determinante y exclusiva en la causación del daño antijurídico que se dice padecido por los demandantes?*
- *En caso de que se configure responsabilidad estatal, ¿procede el reconocimiento de los perjuicios alegados por los demandantes, particularmente el correspondiente al daño a la vida de relación?*

Para resolver la controversia planteada, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** elementos generales de responsabilidad del Estado; **ii)** régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de daños derivados de la ausencia o deficiencia en la señalización de una vía pública; y **iii)** acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad en el caso concreto.

1. Elementos generales de la responsabilidad

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

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación tales como la falla del servicio, el daño especial, o la denominada teoría del riesgo, los cuales obedecen a diversas situaciones en las que el

Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

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

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

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

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

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

Por regla general, corresponde a la parte demandante la comprobación plena de los hechos de su demanda, en los términos del artículo 167 del CGP, es decir, de los tres elementos que permiten deducir la responsabilidad.

2. Régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de daños derivados de la ausencia o deficiencia en la señalización de una vía

pública

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico "*venite ad factum, iura novit curia*" (dame los hechos, el Juez dará el Derecho), que significa que en materia de acciones de reparación directa se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por el actor o los sujetos procesales⁴.

Las imputaciones jurídicas de la demanda realizadas contra las entidades accionadas aluden a la omisión en la señalización del contraflujo que fue dispuesto en el puente alternativo al puente Jorge Leyva con dirección Villamaría – Manizales, que a la postre permitió la colisión de la motocicleta en la que se transportaba el señor Jhon Elver Arias Patiño con un vehículo tipo taxi que iba en sentido contrario.

Conforme a las condiciones descritas en la *causa petendi*, considera este Tribunal que el asunto debe definirse con fundamento en el régimen de responsabilidad por falla en el servicio, criterio de imputación que además de haber sido insinuado en la demanda, procede frente a supuestos en los cuales se analiza la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada⁵.

Aunado a lo anterior, la misma Alta Corporación ha determinado que para que se pueda establecer la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por las deficiencias u omisiones en la señalización de vías públicas, es indispensable demostrar la falla en el servicio consistente en la omisión por parte de la administración en el cumplimiento de sus deberes de vigilancia y control respecto de la realización de obras públicas y del tránsito en las vías, con el fin de prevenir los riesgos que con ellos se generen⁶. En efecto, señaló:

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Radicación número: 47001-23-31-000-1995-03986-01(16413).

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicado número: 41001-23-31-000-1993-07585-01(30114).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 6 de julio de 2006. Radicado número: 19001-23-31-000-1993-06001-01(15001).

(...)

Específicamente en cuanto a los daños antijurídicos originados en la omisión, defectuosa o tardía señalización de las vías públicas, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha insistido siempre que solamente se indemnizan cuando se han producido por la falla en el servicio probada de la administración. En efecto, han sido frecuentes los casos en los que la omisión o la indebida señalización constituyen la causa del daño indemnizable, para lo cual es determinante el análisis concreto de las circunstancias de modo, tiempo y lugar. A manera de ejemplo, se tienen los casos en que la Sala debió analizar si el deslizamiento intempestivo de tierras exigía la adopción inmediata de señales preventivas⁷, o si es indemnizable el daño generado por la omisión de medidas preventivas que informen cambios transitorios en las vías públicas⁸, o si es indispensable, para efectos de no generar responsabilidad del Estado, la señalización de sitios de alto riesgo⁹, o si es exigible la señalización de vías en reparación¹⁰, o si constituye una falla en el servicio la simple indicación, con señales rudimentarias, de obstáculos en la vía pública¹¹.

Así las cosas, es claro que para derivar la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por las deficiencias u omisiones en la señalización de vías públicas es indispensable demostrar, a más del daño antijurídico y el nexo causal, la falla en el servicio consistente en el desconocimiento de los deberes de la administración de vigilar la realización de las obras públicas, controlar el tránsito en calles y carreteras y prevenir los riesgos que con ellos se generan.

(...). (Líneas fuera del texto).

Así pues, procede resolver la cuestión en estudio con base en el régimen de falla probada del servicio, conforme al cual deben acreditarse por la parte

⁷ Cita de cita: En la sentencia del 13 de febrero de 2003, expediente 12.509, la Sala concluyó la responsabilidad de la administración porque la causa eficiente y determinante del accidente de tránsito no fue el deslizamiento de tierras sino la falla en el servicio de señalización de zona en riesgo.

⁸ Cita de cita: En la sentencia del 8 de noviembre de 2001, expediente 12.820, la Sala condenó a la administración por la muerte de un niño que conducía una bicicleta y no advirtió que, por un evento cultural, el sentido de las calles de su barrio fue modificado transitoriamente sin que las autoridades de tránsito adopten las medidas preventivas del caso.

⁹ Cita de cita: En la sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente 14.536, se analizó la pretensión de indemnización de daños ocurridos por el desprendimiento de la banca en una carretera nacional.

¹⁰ Cita de cita: Sentencia del 4 de septiembre de 2003, expediente 11.615. En esa ocasión se condenó a la administración por la lesión de un conductor de una volqueta que rodó al abismo en una vía en reparación y no existían señales preventivas.

¹¹ Cita de cita: Sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232 y 15.646 acumulados. En esa ocasión, se probó la muerte de un joven que conducía, en las horas de la noche, una motocicleta que tropezó con un hueco ubicado en el carril derecho de una vía intermunicipal. Las autoridades que adelantaban obras en esa vía habían colocado telas rojas y artefactos para anunciar el riesgo, pero ninguno de ellos cumplía con los requisitos de las señales preventivas señalados en la ley.

actora los presupuestos que permitan endilgar responsabilidad a las entidades enjuiciadas.

3. Elementos del régimen de responsabilidad por falla en el servicio. Acreditación en el caso concreto

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas anteriormente, los presupuestos que permiten endilgar responsabilidad a una entidad demandada se concretan en el daño antijurídico sufrido por el interesado, la conducta anormal de la administración, y finalmente, una relación de causalidad entre esta última y aquél, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio; aspectos cuya configuración en el *sub examine* se analizan a continuación.

3.1 El daño

En relación con la noción de daño, como primer requisito del proceso de determinación de la responsabilidad que le pueda caber a la entidad enjuiciada, la Sala observa que ese concepto se distingue del referido al perjuicio, entendido el primero como el hecho o situación objetiva verificable con los sentidos, que lesiona de manera definitiva un derecho o interés lícito o altera su goce pacífico; el segundo corresponde al menoscabo patrimonial subjetivo sufrido por la víctima del daño y como consecuencia directa de este, que comporta su faz indemnizable¹². Esa misma postura ha sido adoptada por el Consejo de Estado¹³.

¹² Antaño la Corte Suprema de Justicia afirmó que “(...) el daño, considerado en sí mismo, es la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio, al tiempo que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”. Sala de Negocios Generales, 13 de diciembre de 1943, M.P. Dr. Cardozo Gaitán.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Exp. 20001-23-31-000-1998-03813-01(18451). Ver también sentencia del 19 de octubre de 2011, de la misma Corporación y Sección, con ponencia de la Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz. En la primera providencia, el Alto Tribunal expuso: “(...) es necesario reiterar que el daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad, y una vez verificada su configuración, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar. En ese orden de ideas, el daño, en su aspecto objetivo, debe ser entendido como la lesión de un derecho, interés o atributo de la persona, sin que exista la necesidad de relacionarlo con la actividad que lo causó, pues es una entidad fenoménica u ontológica que lejos de estar relacionado con el deber ser de las cosas, es un dato objetivo apreciable por los sentidos y, por consiguiente, una entidad natural. De allí que, la mera ocurrencia del daño y su nota de antijuricidad es el presupuesto indispensable que genera el deber de reparar. (...) La labor del juez, en principio, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, como violación a un interés legítimo, esto es, como fenómeno, como dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia, luego, aquél asume una posición axial frente al mismo, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado éste, comprobar la posibilidad de imputación o no, a la entidad demandada”.

Es preciso recordar que en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, no basta la demostración de la ocurrencia del daño puro y simple para exigir del Estado la obligación de repararlo, sino que se exige que el mismo sea calificado como antijurídico¹⁴.

La antijuridicidad del daño representa, entonces, la ausencia del deber jurídico de soportarlo por parte de quien lo sufre. Ahora, el daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo se torna imprescindible que se acrediten los aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama, a saber: **i)** debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, como se indicó; **ii)** que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; **iii)** que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, de manera que no puede limitarse a una mera conjetura o alea.

En el caso que convoca la atención del Tribunal, según lo expuesto en la demanda y de conformidad con el material probatorio aportado al proceso, el daño antijurídico alegado por la parte actora se concreta en el lamentable fallecimiento del señor Jhon Elver Arias Patiño en hechos ocurridos el 13 de diciembre de 2011 alrededor de las 7:10 a.m., en el puente alterno al puente Jorge Leyva que comunica al Municipio de Villamaría con la ciudad de Manizales. De ello da cuenta lo siguiente:

- El Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 13 de diciembre de 2011 (fls. 52 y 53, C.3), indicó que en la citada fecha, en la vía alterna a la entrada al Municipio de Villamaría – Sector Estación de Servicio La Villa, alrededor de las 7:10 a.m., se presentó un choque de dos vehículos, uno tipo automóvil de servicio público y el otro tipo motocicleta en la que transitaba como parrillero el señor Jhon Elver Arias Patiño, el cual resultó herido.
- En términos similares se describió el hecho en el Informe Ejecutivo de la Policía Judicial –FPJ-3- del 13 de diciembre de 2011 (fls. 54 a 58, C.3), suscrito por el policía de tránsito, patrullero Jhoan Andrés Restrepo Muñoz.
- Según consta en la atención médica prestada al señor Jhon Elver Arias Patiño por el Hospital Santa Sofía de Caldas el 13 de diciembre de 2011 (fls. 101 a 104, C.3), el paciente ingresó en la misma fecha, a las 8:30

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 05001-23-25-000-1992-3233-01(13233).

a.m., remitido del Hospital San Antonio de Villamaría por TEC severo, con diagnóstico de ingreso de *“TRAUMATISMO DE LA CABEZA NO ESPECIFICADO”*, y falleció a las 4:49 p.m., con diagnóstico de *“HEMORRAGIA INTRACEREBRAL EN HEMISFERIO NO ESPECIFICADA”*.

- El 13 de diciembre de 2011 a las 5:50 p.m. se realizó Inspección Técnica a Cadáver –FPJ-10– (fls. 88 a 91, C.3), en relación con el señor Jhon Elver Arias Patiño.
- El 14 de diciembre de 2011, servidores de la Policía Judicial rindieron Informe Ejecutivo de la Policía Judicial –FPJ-3– (fls. 84 a 98, C.3), en relación con la inspección técnica realizada al cadáver del señor Jhon Elver Arias Patiño en las instalaciones del Hospital Santa Sofía de esta ciudad.
- En el Informe Pericial de Necropsia nº 2011010117001000432 del 14 de diciembre de 2011 (fls. 137 a 142, C.3), practicado al cuerpo del señor Jhon Elver Arias Patiño por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se concluyó que *“El trauma presentado por el paciente al sufrir accidente de transporte en calidad de pasajero de una moto, le produce grave trauma cráneo encefálico, lo que lo lleva a presentar un shock neurogénico y posteriormente la muerte”*.
- El Registro Civil de Defunción expedido por la Registraduría Municipal de Manizales da cuenta que el 13 de diciembre de 2011, a las 5:00 p.m., falleció el señor Jhon Elver Arias Patiño (fl. 4, C.1).

Se halla pues acreditado el daño a que se refiere la demanda, de la manera descrita en la prueba documental antes referida; lo cual también fue corroborado por la prueba testimonial recaudada.

3.2 Falla en el servicio

Habida cuenta que la imputación realizada por la parte demandante alude a la omisión en el cumplimiento del deber legal de señalización vial, procede esta Sala de Decisión a establecer primeramente la existencia de un contenido obligatorio a cargo de las entidades accionadas en esta materia, para luego determinar, con base en las pruebas allegadas, si se configuró la falla invocada.

3.2.1 Deber de mantenimiento, conservación y señalización vial. Existencia de una obligación legal o reglamentaria

Los artículos 16 y 19 de la Ley 105 de 1993, “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”, establecieron lo siguiente en relación con las vías departamentales y su conservación:

Artículo 16º.- Integración de la infraestructura de transporte a cargo de los departamentos. *Hacen parte de la infraestructura Departamental de Transporte, las vías que hoy son de propiedad de los Departamentos; las que son hoy responsabilidad de la Nación - Fondo Vial Nacional o del Fondo Nacional de Caminos Vecinales - y que el Gobierno Nacional en cumplimiento de lo ordenado en esta Ley, les traspase mediante convenio a los departamentos, al igual que aquellas que en el futuro sean departamentales, las que comunican entre sí dos cabeceras municipales, así como la porción territorial correspondiente de las vías interdepartamentales que no sean parte de la red Nacional; al igual que los puertos y muelles fluviales y los aeropuertos, en la medida que sean de su propiedad o que le sean transferidos. Para el cumplimiento del programa de transferencia de las vías de la Nación a los Departamentos, el Ministerio de Transporte elaborará un plan gradual de transferencia de vías, de tecnología y de recursos económicos, apropiados por el Fondo de Cofinanciación de Vías creado por esta Ley, de tal forma que ello les permita una eficaz administración, conservación y rehabilitación de las carreteras que reciban.*

(...)

Artículo 19º.- Construcción y conservación. *Corresponde a la Nación y a las Entidades Territoriales la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de su propiedad, en los términos establecidos en la presente Ley.*

En relación con el deber de mantenimiento, conservación y señalización de las vías públicas para evitar accidentes, el Consejo de Estado ha advertido lo siguiente:

La seguridad de la circulación en las vías públicas, no puede estar comprometida u obstaculizada por situaciones anormales, que en eventos como el de autos, constituyen una trampa mortal para los usuarios de las mismas. Significa lo anterior que además de construir carreteras adecuadas a los requerimientos del tráfico y mantenerlas en buen estado, la administración tiene el deber primario de ejercer el control, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que ordenan su señalización y advierten los peligros. (...)

En síntesis, para establecer la imputación del daño en eventos como el referido

en la demanda, ha de tenerse en cuenta que tratándose de la construcción, mantenimiento, o recuperación de vías, la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que puedan sufrir los particulares que transiten por las mismas, se deduce cuando se acredita que tales daños fueron causados como consecuencia del incumplimiento del deber de adoptar las medidas necesarias y eficaces tendientes a prevenir a las personas sobre la existencia de esos riesgos a fin de que éstas puedan adoptar las medidas necesarias para evitarlos¹⁵.

En materia de señalización vial, resultan aplicables las normas que sobre el particular trae el Código Nacional de Tránsito, así como el Manual de Señalización Vial – Dispositivos para la Regulación del Tránsito en Calles, Carreteras y Ciclorrutas de Colombia, adoptado por el Ministerio de Transporte a través de Resolución n° 1050 del 5 de mayo de 2004. Lo anterior, como quiera que, de un lado, constituye la reglamentación oficial en materia de señalización vial, irrestricta para cualquier autoridad¹⁶, y de otro, la implementación de un contraflujo, en razón de un derrumbe que obstaculiza una vía pública, definitivamente deviene en la ejecución de trabajos sobre la malla vial a cargo del propietario de la vía o de quien deba hacer su mantenimiento, lo que de contera implica el sometimiento a la señalización que sobre el particular haya dispuesto el ordenamiento jurídico.

Se observa entonces que evidentemente existe un deber legal de señalización vial en los eventos en que sea necesaria la adopción de un contraflujo como medida para mantener el tránsito vehicular, implementando las señales y dispositivos que trae el Manual de Señalización Vial para facilitar el contraflujo y mantener informados y prevenidos a los usuarios de la vía.

3.2.2 Hechos acreditados

Con base en los elementos materiales probatorios allegados al expediente, y en aras de establecer si el daño antijurídico padecido por la parte accionante puede ser atribuido a las entidades demandadas, procede esta Sala de Decisión a reseñar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos que dieron origen a esta demanda y que se encuentran acreditados en el expediente.

Previo a ello, el Tribunal considera necesario precisar que la entrevista recaudada por la policía judicial al señor Evere Hernando Jiménez Giraldo,

¹⁵ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 16058, C.P. Enrique Gil Botero; sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 20133, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez, entre otras.

¹⁶ Resolución n° 1050 del 5 de mayo de 2004: **Artículo 2.** *Toda entidad pública o persona natural o jurídica que desarrolle la actividad de señalización vial, deberá ceñirse estrictamente al reglamento contenido en el citado Manual.*

dentro de la investigación penal adelantada por la muerte del señor Jhon Elver Arias Patiño, no puede ser valorada para resolver el asunto sometido a examen, teniendo en cuenta que **i)** no fue practicada con audiencia de la parte contra la cual se aduce en esta demanda; y **ii)** fue recibida en la etapa de indagatoria de la investigación penal, sin la formalidad del juramento y, por tanto, no reúne las características para ser considerada como testimonio, de conformidad con el CGP¹⁷.

Precisado lo anterior, procede la Sala a reseñar los hechos que se encuentran acreditados en el expediente:

1.1 Accidente de tránsito

En el puente alterno al puente Jorge Leyva que comunica Villamaría con Manizales, el 13 de diciembre de 2011, alrededor de las 7:10 a.m., se presentó un accidente de tránsito entre un vehículo tipo taxi y una motocicleta manejada por el señor Ricardo Arévalo Parra y en la que transitaba como parrillero el señor Jhon Elver Arias Patiño.

Así quedó señalado en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 13 de diciembre de 2011 (fls. 52 y 53, C.3), y en el Informe Ejecutivo de la Policía Judicial –FPJ-3- del 13 de diciembre de 2011 (fls. 54 a 58, C.3), suscritos ambos por el policía de tránsito, patrullero Jhoan Andrés Restrepo Muñoz.

En relación con la dinámica del accidente, el citado patrullero precisó lo que se indica a continuación y que consta en el Informe Técnico n° 006 en Accidentes de Tránsito del 19 de febrero de 2012 (fls. 180 a 188, C.3), lo cual concuerda con el Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 13 de diciembre de 2011 (fls. 52 y 53, C.3) y el croquis elaborado:

El participante N° 1 conducía el vehículo tipo Automóvil, de la empresa Flota el Ruiz, de placas WBE – 325, transitaba sentido Manizales – Villamaria (sic), en la Vía alterna a Villamaria (sic), departamento de Caldas.

El participante N° 2 conducía el vehículo tipo Motocicleta, de placas HYE – 82B, transitaba sentido Villamaria (sic) – Manizales, en la Vía alterna a Villamaria (sic), departamento de Caldas.

En las condiciones antes descritas el participante N° 2, al llegar al sector de la estación de servicio “La Villa”, más específicamente frente a la discoteca “La

¹⁷ A idéntica conclusión ha llegado el Consejo de Estado, entre otras, en las sentencias del 12 de marzo de 2015 (Radicación número: 52001-23-31-000-2002-01265-01(30341)), 9 de octubre de 2014 (Radicación número: 07001-23-31-000-2002-00228-01(29033)) y 29 de octubre de 2012 (Radicación número: 20001-23-31-000-1999-00274-01(21377)).

33", sitio caracterizado como una curva, invade el carril contrario, colisionando con el participante N° 1 (fl. 187, C.3).

1.2 Identificación de la vía

Determinar con exactitud las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que acaecieron los hechos que se imputan a las entidades demandadas exige establecer primeramente y con certeza la vía sobre la cual ocurrió el accidente que dio origen a esta demanda. Al respecto, obran en el expediente los siguientes documentos:

- El Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 13 de diciembre de 2011 (fls. 52 y 53, C.3), indica que la vía en la que se presentó la colisión fue en la vía alterna a la entrada al Municipio de Villamaría – Sector Estación de Servicio La Villa.
- El Informe Ejecutivo de la Policía Judicial –FPJ-3- del 13 de diciembre de 2011 (fls. 54 a 58, C.3), elaborado por el policía de tránsito, patrullero Jhoan Andrés Restrepo Muñoz, identifica la vía del accidente como vía alterna a la entrada a Villamaría – Sector Estación de Servicio La Villa.
- En el Informe Técnico n° 006 en Accidentes de Tránsito del 19 de febrero de 2012 (fls. 180 a 188, C.3), elaborado por el patrullero Jhoan Andrés Restrepo Muñoz, se precisó que el accidente de tránsito ocurrió en la vía alterna a la entrada al Municipio de Villamaría – Sector Estación de Servicio La Villa.
- El Informe Investigador de Campo –FPJ-11 del 7 de mayo de 2012 (fls. 152 a 159, C.3), reitera que el hecho se produjo en la vía alterna a la entrada al Municipio de Villamaría – Sector Estación de Servicio La Villa.
- El Informe Investigador de Campo –FPJ-11 del 7 de mayo de 2012 (fls. 152 a 159, C.3), incorporó oficio de la Unidad de Gestión Técnica de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Manizales en relación con las características, señales de tránsito, pasos peatonales y límites de velocidad existentes y establecidos en la vía alterna entrada al Municipio de Villamaría, sector Estación de Servicio “La Villa”, exactamente sobre el puente (fls. 160 y 161, ibídem), el cual contiene registro fotográfico (fl. 162, C.3).

Así las cosas, se encuentra plenamente establecida la vía donde ocurrió el accidente de tránsito, con ocasión del cual perdió la vida el señor Jhon Elver Arias Patiño.

1.3 Propiedad de la vía. Entidad competente de su mantenimiento y señalización

El Ministerio de Transporte, el INVIAS, la Financiera de Desarrollo Territorial – FINDETER y el Departamento de Caldas suscribieron convenio interadministrativo n° 0231 del 24 de marzo de 1995 (fls. 3 a 9, C.5), con el objeto de darle cumplimiento a los establecido en los artículos 12, 16, 24, 27 y 60 de la Ley 105 de 1993, que ordenaban transferir las vías que no hicieran parte de la red nacional de carreteras.

En ese sentido, se transfirieron al Departamento de Caldas las vías que se encontraban a cargo del INVIAS de acuerdo con inventario anexo, en el cual se observa la siguiente (fl. 7, C.5):

NOMENCLATURA	CARRETERA	DIS	TPD	PAV.	S/PAV.	TOTAL
				KMS.	KMS.	KMS.
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
50CL03	MANIZALES - VILLA MARIA (sic)	5	5417	5		5
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)

En el convenio interadministrativo se pactaron como obligaciones del Departamento de Caldas, entre otras, las siguientes: **i)** recibir mediante acta los 738 kilómetros de carreteras de acuerdo con el anexo correspondiente; y **ii)** administrar, mejorar, rehabilitar y mantener las vías recibidas en cumplimiento del convenio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley 105 de 1993.

Según consta en acta suscrita el 21 de julio de 1995 (fls. 10 a 18, C.5), el Director General del INVIAS entregó al Gobernador de Caldas un total de 24 carreteras conforme al convenio interadministrativo n° 0231 del 24 de marzo de 1995, dentro de las cuales se especificó la siguiente: “18. MANIZALES – VILLA MARIA (sic), identificada en la nomenclatura vial de conformidad con la Resolución No. 830 del 5 de febrero de 1992 con el código 50CL03 y con una longitud de cinco (5) kilómetros pavimentados, que estuvo a cargo del Distrito de Obras Públicas No. 5 con sede en Manizales, con las especificaciones establecidas en el inventario anexo: Inventario geométrico (1 folio)” (fl. 15, ibídem).

En el acta quedó constancia de que el Departamento de Caldas se comprometía a partir de la fecha de suscripción de tal documento, “(...) a efectuar el mantenimiento, conservación, señalización, construcción y remodelación de obras de las carreteras anteriormente citadas y cesa totalmente la responsabilidad del Instituto Nacional de Vías sobre las mismas” (fl. 17, ibídem).

Acorde con el Decreto 1735 del 28 de agosto de 2001 (fls. 19 a 35, C.5), la vía Manizales – Villamaría no hace parte de la red nacional de carreteras a cargo del INVIAS.

Conforme al testimonio del ingeniero Julio Enrique Guevara Jaramillo¹⁸, quien labora al servicio del INVIAS, la vía Manizales – Villamaría, integrada por carretera y puente de nombre Jorge Leyva, fue entregada directamente por el testigo en el año 1995 al señor Gobernador de Caldas de la época, en desarrollo del convenio interadministrativo mencionado; fecha a partir de la cual la entidad receptora adquiriría la obligación de mantenimiento, señalización y seguridad vial.

Explicó el declarante que el puente Jorge Leyva tenía dirección Manizales – Villamaría, y que posteriormente el Municipio de Villamaría construyó un puente alterno con sentido Villamaría – Manizales, dejando constancia de que desconocía si para tal construcción medió algún acto administrativo entre el Municipio de Villamaría y el Departamento de Caldas.

Recalcó el testigo que el único acto que conoce que da cuenta de la propiedad y responsabilidad de la vía es el convenio interadministrativo que firmó el INVIAS con el Departamento de Caldas.

Precisó el citado ingeniero que la construcción de obras o mejoras en ciertas vías a través de convenios administrativos por parte de entidades diferentes a la propietaria de la vía, no le quita a ésta la responsabilidad que le compete en cuanto al mantenimiento y señalización.

De conformidad con lo anterior, concuerda esta Sala de Decisión con la decisión adoptada por el Juzgado de primera instancia de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del INVIAS y de los municipios de Villamaría y Manizales, pues es evidente que la vía en la que ocurrieron los hechos es propiedad del Departamento de Caldas.

1.4 Existencia de contraflujo en la vía para el 13 de diciembre de 2011

¹⁸ Minuto 3:52 a 44:32 del audio contenido en el CD obrante a folio 219, C.1.

Según las pruebas arrojadas al expediente, se demostró que debido a una avalancha ocurrida en la zona el 6 de diciembre de 2013, fue cerrado el puente Jorge Leyva que comunicaba la ciudad de Manizales con el Municipio de Villamaría y, por tanto, tuvo que implementarse un contraflujo que permitiera la circulación de los vehículos en esa dirección, para lo cual se utilizó el puente alterno que en principio tenía un único sentido de Villamaría a Manizales.

En efecto, de lo anterior, dan cuenta las siguientes pruebas:

- Oficio n° S.P. 400-053 del 28 de junio de 2012 (fl. 19, C.1), suscrito por la Secretaría de Planeación del Municipio de Villamaría, en el cual informa que la avalancha se presentó en horas de la madrugada del 6 de diciembre de 2011, que ocasionó daños en el costado del Municipio de Manizales, y que desde ese día se iniciaron acciones tendientes a la protección del mismo.
- Testimonio rendido por el ingeniero Julio Enrique Guevara Jaramillo¹⁹, quien afirmó que a raíz de una creciente, el puente Jorge Leyva fue cerrado, por lo que el puente alterno quedó funcionando en ambos sentidos Manizales – Villamaría.
- Oficio n° D.S.G. 200 415 del 28 de junio de 2012 (fls. 227 y 228, C.3), suscrito por la Secretaría de Gobierno del Municipio de Villamaría, con el cual informó lo siguiente:

Para el día 13 de Diciembre del año 2011, la vía de acceso al Municipio de Villamaría (sic), de conformidad con la información suministrada por la Secretaría de Planeación de esta ciudad, en su oficio S.P. 400-1.214-1, sobre el Puente Jorge Leyva, se encontraba cerrado como medida preventiva a raíz de la avalancha ocurrida el martes 6 de diciembre del año 2011, que socavó los cimientos de dicho puente.

Antes de dicha fecha, el citado ingreso a este municipio desde Manizales, por información general, se hacía a través del mencionado Puente Jorge Leyva, desconoce esta Secretaría, desde cuando (sic) se utiliza la vía en doble sentido, por el otro puente ubicado en la entrada al Municipio.

Igualmente, para el 13 de diciembre del 2011, desconocemos que (sic) tipo de señales existían, que indicaran la utilización de dicha vía en doble sentido sobre el (sic) otro de los puentes aludido. Tampoco posee esta dependencia registros legibles y/o documentos fotográficos de la señalización instalada en dicho lugar,

¹⁹ Minuto 3:52 a 44:32 del audio contenido en el CD obrante a folio 219, C.1.

para el 13 de diciembre de 2011, ni qué autoridad es la responsable de realizar la señalización en el lugar cuando de reparaciones se trata”.

- El Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 13 de diciembre de 2011 (fls. 52 y 53, C.3) señaló como una de las características de la vía en la que ocurrió el accidente, la cual constaba de una sola calzada, la utilización de uno de los carriles en doble sentido, anotando que el vehículo tipo taxi iba en sentido Manizales – Villamaría, mientras que la motocicleta se dirigía de Villamaría a Manizales.
- En el Informe Técnico nº 006 en Accidentes de Tránsito del 19 de febrero de 2012 (fls. 180 a 188, C.3), elaborado por el patrullero Jhoan Andrés Restrepo Muñoz, se afirmó que la calzada en la cual ocurrió el accidente se utilizaba anteriormente sólo en sentido Villamaría – Manizales y que después comenzó a utilizarse en doble sentido, en razón a que la vía por la cual transitaban de Manizales a Villamaría había sido cerrada.

1.5 Señalización del contraflujo en la vía para el 13 de diciembre de 2011

Sobre la existencia o no de señalización que informara la presencia de contraflujo en el puente alterno al puente Jorge Leyva, en el expediente obran las siguientes pruebas:

- En el Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 13 de diciembre de 2011 (fls. 52 y 53, C.3), el patrullero Jhoan Andrés Restrepo Muñoz indicó en relación con las características de la vía, la ausencia de señales en la misma, así:

(...)

SEÑALES:

PARE	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
CEDA EL PASO	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
NO GIRE	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
SENTIDO VIAL	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
NO ADELANTAR	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
VELOCIDAD	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
OTRA _____	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
NINGUNA	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

DEMARCACIÓN:

ZONA PEATONAL	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
LIBRE DE PARE	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
LÍNEA CENTRAL	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

LÍNEA DE BORDE	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
LÍNEA DE CARRIL	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
OTRA _____	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
REDUCTOR VEL.	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
NINGUNA	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Adicionalmente, en las observaciones el patrullero dejó nuevamente constancia de que “(...) *la vía se encuentra en reparación (sic) y no posee la señalización adecuada*” (fl. 53, C.3).

- En el Informe Ejecutivo de la Policía Judicial –FPJ-3- del 13 de diciembre de 2011 (fls. 54 a 58, C.3), el policía de tránsito, patrullero Jhoan Andrés Restrepo Muñoz, dejó anotación de que se trataba de un “(...) *vía en obra sin señalización*” (fl. 54, ibídem).
- En el Informe Técnico nº 006 en Accidentes de Tránsito del 19 de febrero de 2012 (fls. 180 a 188, C.3), elaborado por el patrullero Jhoan Andrés Restrepo Muñoz, se indicó la señalización de la vía para el momento de realizar el citado informe, pero se aclaró que “*Para la fecha del accidente la vía no presentaba ningún tipo de señalización ya fuere horizontal, vertical, solo el elemento de seguridad pasivo*” (fl. 182, ibídem). Incluso, se contrastaron fotografías del lugar de los hechos, que dan cuenta de la señalización al momento de los hechos y la instalada posterior a ello.
- En los interrogatorios rendidos por los señores Ricardo Arévalo Parra (fls. 192 a 195, C.3) y Alberto Giraldo Holguín (fls. 196 a 198, ibídem), indiciados en la investigación penal adelantada por la muerte del señor Jhon Elver Arias Patiño, manifestaron que no advirtieron ninguna señal de que la vía estuviera siendo utilizada en doble sentido.

Analizadas las pruebas reseñadas anteriormente, las cuales en su casi totalidad provienen de un funcionario público en ejercicio de las funciones propias de su cargo, quien evidenció de manera directa, personal e inmediata las condiciones en las que se encontraba la vía para el momento del accidente con ocasión del cual perdió la vida el señor Jhon Elver Arias Patiño, y de las cuales dejó expresa anotación, considera el Tribunal que se encuentra acreditado que el 13 de diciembre de 2011 no existía señalización alguna que diera cuenta sobre la existencia de contraflujo en la vía alterna al puente Jorge Leyva que comunicaba los municipios de Villamaría y

Manizales²⁰, y que por ende, impidiera el tránsito por el carril izquierdo de la calzada donde la motocicleta colisionó con el vehículo tipo taxi.

3.2.3 Atribución del daño antijurídico

De conformidad con lo expuesto, para esta Corporación se encuentra acreditado que respecto de la vía en la que ocurrió el accidente tantas veces mencionado, el propietario de dicha carretera secundaria, esto es, el Departamento de Caldas, no desarrolló labor alguna de señalización del contraflujo, lo cual constituye una evidente falla en el servicio por parte de la entidad territorial.

3.3 Nexos de causalidad

El simple incumplimiento de las obligaciones de señalización vial a cargo del Departamento de Caldas no genera una responsabilidad automática por la ocurrencia de un accidente, pues es necesario establecer si la referida omisión fue la causa del hecho o si se configuró alguna causal que rompiera la imputación.

Así lo ha señalado el Consejo de Estado²¹, al sostener que “(...) *el simple incumplimiento de las disposiciones contenidas en las normas que regulan los requisitos y condiciones de las señales preventivas en carreteras y vías públicas, no genera, en el evento de ocurrir un accidente, la responsabilidad automática de la entidad encargada de colocar y conservar las señales respectivas. Será necesario, entonces, estudiar el caso concreto, a fin de establecer si existió daño antijurídico, falla en el servicio y si la ausencia de las señales que reclama el demandante, o la insuficiencia de las mismas, fue la causa de dicho accidente o si, como lo sostienen las entidades demandadas, se presentó la causal que rompe la imputación, relativa a la culpa exclusiva de un tercero*”.

En ese orden de ideas, se pregunta el Tribunal: ¿la inexistencia de señalización que diera cuenta sobre la presencia de un contraflujo constituye la causa eficiente en la producción del daño antijurídico que se dice padecido por los demandantes? O, por el contrario, ¿la conducta de un tercero y de la misma víctima rompe cualquier nexo causal?

²⁰ Como hubiera sido la utilización de conos, cintas antirreflectoras, o separadores de carriles, como lo prescribe el Manual de Señalización Vial, con todo lo cual se encauzara el tráfico sólo por un carril de la calzada, prohibiendo el tránsito por el otro.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 6 de julio de 2006. Radicación: 19001-23-31-000-1993-06001-01(15001).

En el Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 13 de diciembre de 2011 (fls. 52 y 53, C.3) se anotó como hipótesis del accidente la invasión de carril por parte de la motocicleta en la que se transportaba el señor Jhon Elver Arias Patiño. En efecto, en el aparte pertinente se consignó: “*VEHÍCULO No. 2 [correspondiente a la motocicleta según el croquis] COD. HIPÓTESIS 157 VERSIÓN COND. Invasión carril contrario*” (fl. 53, ibídem).

No obstante lo anterior, en el citado documento se dejó igualmente consignada la ausencia de señalización en la vía que diera cuenta de la existencia de un contraflujo en la vía.

El patrullero que atendió el accidente de tránsito elaboró Informe Técnico nº 006 en Accidentes de Tránsito del 19 de febrero de 2012 (fls. 180 a 188, C.3), para el cual realizó inspección al lugar de los hechos, fijándolo fotográficamente y con base en la inspección a los vehículos involucrados y del Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 13 de diciembre de 2011, manifestó:

Teniendo en cuenta las características de la vía y el sentido por el cual transitaban los vehículos, esto sumado a la posición final de los vehículos; podemos concluir que:

- 1. El participante N° 2 al invadir el carril contrario y ya que el lugar del accidente fue una curva perdió visibilidad alguna de los vehículos que transitaban por el carril contrario y colisiono (sic) con el participante N° 1.*
- 2. Ya que no se encontraron elementos técnicos de juicio que permitieran determinar la velocidad de los participantes no es posible incluir estas variables en las conclusiones de la ocurrencia de modo del accidente.*
- 3. Como se evidencia en las fotografías se observa una ausencia total de señalización en la vía y teniendo en cuenta que la calzada en la cual ocurrió el accidente en fecha anterior se utilizaba solo en sentido Villamaria (sic) – Manizales y después se comenzó a utilizar en doble sentido ya que la calzada por la cual transitaban en sentido opuesto fue cerrada, tuvo esto influencia en el accidente puesto que en un momento de olvido el participante N° 2 pudo pensar que iba transitando por todo su derecho de vía (fl. 188, C.3).*

En ese orden de ideas, el patrullero sostuvo como teoría del accidente, la siguiente:

FACTOR DETERMINANTE.

FACTOR HUMANO: Invasión carril contrario por parte del participante N° 2.

FACTOR CONTRIBUYENTE.

FACTOR HUMANO: Falta de señalización en la vía el día de ocurrencia de los hechos (fl. 188, C.3).

De conformidad con la Ley 769 de 2002 y el Manual de Señalización Vial se encuentra claro que la implementación de un contraflujo en una vía pública requiere la presencia de señales de tránsito y de otros dispositivos cuyo objeto es precisamente canalizar o encauzar el tránsito por los carriles permitidos.

Se acreditó en el proceso que el sector del contraflujo no contaba con la señalización requerida ni con los dispositivos complementarios a las señales aludidas, lo que significa que el carril izquierdo de la calzada permaneció con libre tránsito, ofreciendo la confianza a quien por allí circulaba, de que su paso era seguro, pues se trataba de una vía usada anteriormente en una sola dirección con destino a la ciudad de Manizales.

Así pues, al aplicar la teoría de la causalidad adecuada, esa omisión en la señalización en la forma descrita, constituye una causa determinante en la producción del accidente, pues permitió la circulación por un carril que estaba habilitado para el tránsito en doble sentido y, en consecuencia, facilitó la colisión entre los dos vehículos.

Ahora, en relación con el hecho de un tercero y la culpa de la víctima como supuestas causas eficientes y determinantes en el daño antijurídico padecido por los actores, se encuentra demostrado en el proceso lo siguiente:

Conforme a lo expuesto en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 13 de diciembre de 2011 (fls. 52 y 53, C.3), en concordancia con el Informe Técnico nº 006 en Accidentes de Tránsito del 19 de febrero de 2012 (fls. 180 a 188, ibídem), se acreditó que, dada la ubicación de los vehículos accidentados en el sitio de la colisión, es evidente que la motocicleta en la que se movilizaba el señor Jhon Elver Arias Patiño transitaba por el carril izquierdo de la vía que de Villamaría conduce a Manizales, y que lo hizo justo en la curva donde se encontró de frente con el otro automotor que circulaba en contraflujo.

Los artículos 94 y 96 del Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002) prevén las normas generales y las específicas a las que deben sujetarse, entre otros, los conductores de motocicletas según este caso específico, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 94. NORMAS GENERALES PARA BICICLETAS, TRICICLOS, MOTOCICLETAS, MOTOCICLOS Y MOTOTRICICLOS.

Los conductores de bicicletas, triciclos, motocicletas, motociclos y mototriciclos, estarán sujetos a las siguientes normas:

Deben transitar por la derecha de las vías a distancia no mayor de un (1) metro de la acera u orilla y nunca utilizar las vías exclusivas para servicio público colectivo.

Los conductores de estos tipos de vehículos y sus acompañantes deben vestir chalecos o chaquetas reflectivas de identificación que deben ser visibles cuando se conduzca entre las 18:00 y las 6:00 horas del día siguiente, y siempre que la visibilidad sea escasas.

Los conductores que transiten en grupo lo harán uno detrás de otro.

No deben sujetarse de otro vehículo o viajar cerca de otro carruaje de mayor tamaño que lo oculte de la vista de los conductores que transiten en sentido contrario.

No deben transitar sobre las aceras, lugares destinados al tránsito de peatones y por aquellas vías en donde las autoridades competentes lo prohíban. Deben conducir en las vías públicas permitidas o, donde existan, en aquellas especialmente diseñadas para ello.

Deben respetar las señales, normas de tránsito y límites de velocidad.

No deben adelantar a otros vehículos por la derecha o entre vehículos que transiten por sus respectivos carriles. Siempre utilizarán el carril libre a la izquierda del vehículo a sobrepasar.

Deben usar las señales manuales detalladas en el artículo 69 de este código.

Los conductores y los acompañantes cuando hubieren, deberán utilizar casco de seguridad, de acuerdo como fije el Ministerio de Transporte.

La no utilización del casco de seguridad cuando corresponda dará lugar a la inmovilización del vehículo.

(...)

ARTÍCULO 96. NORMAS ESPECÍFICAS PARA MOTOCICLETAS, MOTOCICLOS Y MOTOTRICICLOS. *Las motocicletas se sujetarán a las siguientes normas específicas:*

1. Deben transitar ocupando un carril, observando lo dispuesto en los artículos 60²² y 68²³ del Presente Código.
2. Podrán llevar un acompañante en su vehículo, el cual también deberá utilizar casco y la prenda reflectiva exigida para el conductor.
3. Deberán usar de acuerdo con lo estipulado para vehículos automotores, las luces direccionales. De igual forma utilizar, en todo momento, los espejos retrovisores.
4. Todo el tiempo que transiten por las vías de uso público, deberán hacerlo con las luces delanteras y traseras encendidas.
5. El conductor y el acompañante deberán portar siempre en el casco, conforme a la reglamentación que expida el Ministerio de Transporte, el número de la placa del vehículo en que se transite, con excepción de los pertenecientes a la fuerza pública, que se identificarán con el número interno asignado por la respectiva institución.
6. No se podrán transportar objetos que disminuyan la visibilidad, que incomoden al conductor o acompañante o que ofrezcan peligro para los demás usuarios de las vías. (Líneas fuera de texto).

²² **“ARTÍCULO 60. OBLIGATORIEDAD DE TRANSITAR POR LOS CARRILES DEMARCADOS.** Los vehículos deben transitar, obligatoriamente, por sus respectivos carriles, dentro de las líneas de demarcación, y atravesarlos solamente para efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce.

PARÁGRAFO 1o. Los conductores no podrán transitar con vehículo automotor o de tracción animal por la zona de seguridad y protección de la vía férrea.

PARÁGRAFO 2o. Todo conductor, antes de efectuar un adelantamiento o cruce de una calzada a otra o de un carril a otro, debe anunciar su intención por medio de las luces direccionales y señales ópticas o audibles y efectuar la maniobra de forma que no entorpezca el tránsito, ni ponga en peligro a los demás vehículos o peatones”.

²³ **“ARTÍCULO 68. UTILIZACIÓN DE LOS CARRILES.** Los vehículos transitarán de la siguiente forma: Vía de sentido único de tránsito.

En aquellas vías con velocidad reglamentada para sus carriles, los vehículos utilizarán el carril de acuerdo con su velocidad de marcha.

En aquellas vías donde los carriles no tengan reglamentada su velocidad, los vehículos transitarán por el carril derecho y los demás carriles se emplearán para maniobras de adelantamiento.

Vías de doble sentido de tránsito.

De dos (2) carriles: Por el carril de su derecha y utilizar con precaución el carril de su izquierda para maniobras de adelantamiento y respetar siempre la señalización respectiva.

De tres (3) carriles: Los vehículos deberán transitar por los carriles extremos que queden a su derecha; el carril central sólo se utilizará en el sentido que señale la autoridad competente.

De cuatro (4) carriles: Los carriles exteriores se utilizarán para el tránsito ordinario de vehículos, y los interiores, para maniobras de adelantamiento o para circular a mayores velocidades dentro de los límites establecidos.

PARÁGRAFO 1o. Sin perjuicio de las normas que sobre el particular se establecen en este código, las bicicletas, motocicletas, motociclos, mototriciclos y vehículos de tracción animal e impulsión humana, transitarán de acuerdo con las reglas que en cada caso dicte la autoridad de tránsito competente. En todo caso, estará prohibido transitar por los andenes o aceras, o puentes de uso exclusivo para los peatones.

PARÁGRAFO 2o. Se prohíbe el tránsito de motocicletas y motociclos por las ciclorrutas o ciclo vías. En caso de infracción se procederá a la inmovilización”.

El artículo 73²⁴ de la Ley 769 de 2002 contempla expresamente como una prohibición especial la consistente en adelantar a otro vehículo en curvas; infracción que es sancionada con la imposición de una multa e inmovilización del vehículo para el caso de las motocicletas, conforme al artículo 131²⁵ de la misma disposición normativa.

Así pues, el señor Ricardo Arévalo Parra, quien conducía la motocicleta, incurrió en dos infracciones comprobadas al Código Nacional de Tránsito, pues transitaba por un carril que no era el suyo por tratarse de una motocicleta, y en el evento que hubiera pretendido adelantar otro vehículo, circunstancia que no está demostrada, le estaba prohibido hacerlo en plena curva.

De otro lado, aun cuando el Departamento de Caldas manifiesta en su recurso de apelación que el conductor de la motocicleta y la víctima del suceso se desplazaban a alta velocidad y sin portar los cascos reglamentarios o que éstos no cumplían las exigencias técnicas requeridas, lo cierto es que no existe prueba alguna en el expediente que dé por acreditadas tales circunstancias.

Por el contrario, en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 13 de diciembre de 2011 (fls. 52 y 53, C.3) no se hizo manifestación alguna al respecto, mientras que en el Informe Técnico nº 006 en Accidentes de Tránsito del 19 de febrero de 2012 (fls. 180 a 188, ibídem) se precisó que no existían elementos técnicos de juicio que permitieran determinar la velocidad de los participantes, por lo que no era posible incluir dicha variable en las conclusiones de la ocurrencia del accidente.

Este Tribunal debe indicar que no comparte algunas de las apreciaciones hechas por el Juez de primera instancia en relación con la conducta

²⁴ **“ARTÍCULO 73. PROHIBICIONES ESPECIALES PARA ADELANTAR OTRO VEHÍCULO.** *No se debe adelantar a otros vehículos en los siguientes casos:*

(...)

En curvas o pendientes”.

²⁵ **“ARTÍCULO 131. MULTAS.** *Los infractores de las normas de tránsito serán sancionados con la imposición de multas, de acuerdo con el tipo de infracción así:*

(...)

D. Será sancionado con multa equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv) el conductor y/o propietario de un vehículo automotor que incurra en cualquiera de las siguientes infracciones:

(...)

D.6. Adelantar a otro vehículo en berma, túnel, puente, curva, pasos a nivel y cruces no regulados o al aproximarse a la cima de una cuesta o donde la señal de tránsito correspondiente lo indique. En el caso de motocicletas se procederá a su inmovilización hasta tanto no se pague el valor de la multa o la autoridad competente decida sobre su imposición en los términos de los artículos 135 y 136 del Código Nacional de Tránsito”. (Líneas fuera de texto).

desplegada por el conductor de la motocicleta, y que dieron lugar a que la condena impuesta al Departamento de Caldas se redujera en un 60%.

En efecto, el Juez *a quo* dio por acreditado que los tripulantes de la motocicleta residían en Villamaría y laboraban en Manizales, por lo que debían conocer que el único acceso a su lugar de residencia era el puente alternativo, el cual estaba habilitado en doble sentido ante el cierre del puente Jorge Leyva el 6 de diciembre de 2011. Adicionalmente estimó que en caso de no haber salido o entrado a Villamaría antes de que se cerrara el puente Jorge Leyva, lo cierto es que tal circunstancia constituía un hecho notorio para los habitantes de Villamaría y más aún para los conductores de vehículos que transitaran entre aquel municipio y la capital del departamento, por lo que no era cierto que el conductor de la motocicleta ignorara que el puente que salía de Villamaría a Manizales estuviera habilitado en doble sentido.

Debe señalarse que al expediente no se allegó prueba alguna que diera cuenta de que los señores Jhon Elver Arias Patiño y Ricardo Arévalo Parra laboraran en el Municipio de Manizales o que transitaran continuamente hacia la capital de este departamento, como erradamente lo infiere el Juez de primera instancia. De hecho, según se adujo en la demanda (fl. 46, C.1), el fallecido laboraba en Villamaría, y tal como consta en el interrogatorio rendido por el conductor de la motocicleta dentro de la investigación penal adelantada (fls. 192 a 195, C.3), éste vivía en el mismo municipio.

En ese sentido, no puede asegurarse, como lo hizo el Juez *a quo*, que quienes se desplazaban en la motocicleta el 13 de diciembre de 2011, eran conocedores de que la vía se había habilitado en doble sentido.

Así la avalancha que ocasionó el cierre del puente Jorge Leyva pudiera catalogarse como hecho notorio, lo cierto es que tal circunstancia no puede constituir por sí sola una conducta que permita endilgarle responsabilidad al tercero o a la víctima por el hecho dañino. Lo anterior, como quiera que, de un lado, las señales de tránsito fueron creadas con el fin de advertir la presencia de determinados riesgos, limitaciones, prohibiciones o restricciones sobre el uso de la vía, o para identificarla y guiar al usuario, sin importar si éste conoce o no la misma. Y de otra parte, era obligación de la entidad encargada del mantenimiento y conservación de la carretera, proveer la señalización que correspondía para protección del tráfico en ese sector.

No puede aceptarse el argumento consistente en que la señalización no hubiera alterado el resultado dañino o hubiera impedido que el motociclista

transgrediera las normas de tránsito y no invadiera el carril contrario, pues no sólo se estaría haciendo apología al incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de señalización vial, sino que adicionalmente partiría de una premisa falsa, pues si bien el tercero conductor de la motocicleta incumplió normas de tránsito, este hecho por sí solo no constituye la causa eficiente del daño, teniendo en cuenta que se trataba de una vía de una sola calzada, habilitada para el tránsito en un solo sentido. Es claro que en la producción del daño intervino la existencia del contraflujo y la inexistente señalización al respecto.

Esta Sala considera entonces que no debe tenerse como única causa del accidente la invasión de carril, conforme se indicó en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito del 13 de diciembre de 2011 (fls. 52 y 53, C.3). Lo anterior, como quiera que lo allí consignado se hizo a manera de hipótesis, sujeta a la demostración que fuera del caso; decisión que en modo alguno puede atar a esta Jurisdicción, máxime si igualmente se dejó anotación de la inexistencia de señalización sobre la presencia de un contraflujo en la vía.

Así pues, no puede hablarse de que la muerte del señor Jhon Elver Arias Patiño se produjo única y exclusivamente en razón a la conducta de éste o del conductor de la motocicleta, pero sí de que el desconocimiento a dos normas de tránsito contribuyó de manera cierta y eficaz a la materialización del daño que se reclama.

En ese entendimiento, como está demostrado que tanto el Departamento de Caldas como el tercero involucrado en los hechos influyeron de manera contundente a la causación del daño, es predicable el principio de la concausalidad y la consiguiente reducción en la apreciación del daño respecto de la demandada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.357 del Código Civil.

Con base en lo anterior, es imperativo reducir la condena impuesta al Departamento de Caldas en un 50%, pues la insuficiencia de señalización del contraflujo constituyó una causa determinante del hecho, sin perjuicio de la contribución propia de la conducta del tercero.

4. Liquidación de perjuicios

Dado que la parte demandante cuestionó en su recurso de apelación que en primera instancia no se accediera a reconocer el denominado daño a la vida de relación, esta Sala de Decisión entrará a analizar si dicho reconocimiento procede.

Pretenden los accionantes en su demanda el reconocimiento de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, por concepto de lo que denominaron “*Daño a la Vida de Relación*” (fl. 49, C.1), en razón a que el daño no se reduce exclusivamente a la pérdida del cónyuge y padre, sino que abarca consecuencias en la vida de relación de los afectados, que modifican el comportamiento familiar y social de éstos (ibídem).

Ha de aclararse preliminarmente que el daño de alteración grave a las condiciones de existencia, antes denominado daño a la vida de relación, fue incluido por el Máximo Tribunal en lo Contencioso en sentencia de unificación²⁶ como parte de una tercera categoría de daños inmateriales autónomos, catalogados como “(...) *cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.*” (Negrilla fuera de texto).

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha explicado que esta clase de daños inmateriales, entre otras características, involucra afectaciones relevantes que producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales; esto es, “(...) *no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones*”²⁷, todo lo cual debe ser acreditado en el curso del proceso por quien lo alega.

La demostración de este tipo de perjuicio inmaterial apareja la reparación integral a través de medidas no pecuniarias a favor de la víctima directa y su núcleo familiar más cercano (cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad) y, excepcionalmente, en casos de extrema gravedad, da lugar al reconocimiento de una indemnización pecuniaria de hasta 100 salarios

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección ‘C’. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 24 de octubre de 2013. Radicación número: 68001-23-15-000-1995-11195-01(25869).

²⁷ Apartes citados en sentencia del 28 de agosto de 2014 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Radicación número: 05001-23-25-000-1999-00163-01(32988).

mínimos legales mensuales vigentes, exclusivamente para el perjudicado directo.

En el caso concreto, específicamente frente a la señora Cristina Palacio Arboleda y sus hijos Cristian Camilo y Juliana Arias Palacio, considera el Tribunal que el perjuicio alegado como daño a la vida de relación no fue acreditado, pues no existe prueba alguna sobre la existencia de una variación o alteración anormal que afectara las condiciones de existencia de los demandantes mencionados, y que hiciera imperioso la reparación no pecuniaria.

En ese sentido, se confirmará la negativa del Juzgado de primera instancia de acceder al reconocimiento de dicho perjuicio.

Conclusión

Según quedó analizado a lo largo de esta providencia, el daño antijurídico padecido por los demandantes es jurídicamente imputable al Departamento de Caldas, en razón de la falla en el servicio por omisión en el deber de señalización respecto del contraflujo que para el 13 de diciembre de 2011 se encontraba implementado en la vía alterna al puente Jorge Leyva que comunica a los municipios de Villamaría y Manizales; hecho dañino al cual contribuyó un tercero de manera cierta y eficaz, razón por la cual es procedente disminuir a la mitad el *quantum* de la condena. En ese sentido, se impone modificar el fallo recurrido.

Costas

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, en concordancia con el numeral 5 del artículo 365 del CGP, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente.

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

FALLA

Primero. MODIFÍCASE el ordinal tercero de la sentencia del siete (7) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora Cristina Palacio Arboleda y otros, contra el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, el Departamento de Caldas, el Municipio de Manizales y el Municipio de Villamaría, en el sentido de disponer que la condena impuesta al Departamento de Caldas se reduce en un 50% por concurrencia del hecho de un tercero.

Segundo. En lo demás, CONFÍRMASE el fallo objeto de apelación, de conformidad con las consideraciones hechas.

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

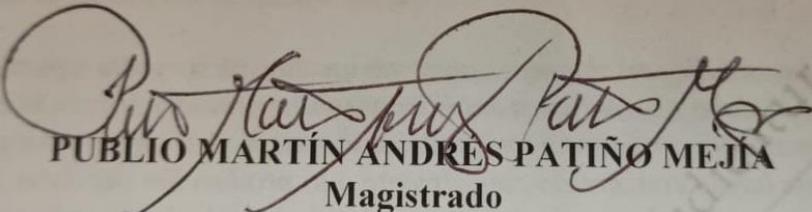
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

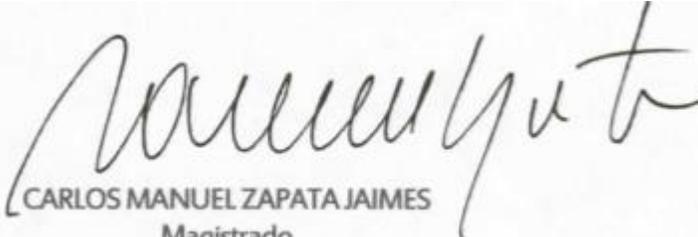
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 088

FECHA: 22 de julio de 2020

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base line, with a single vertical stroke extending downwards from the base line.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de julio de dos mil dieciocho (2018).

PROCESO NO.	17001-33-39-008-2016-00070-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ISABEL MAZO GARCÍA
ACCIONADO	HOSPITAL DE CALDAS ESE
VINCULADOS	NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, DEPARTAMENTO DE CALDAS Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES

Procede la Sala Primera de Decisión 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 Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 1° de marzo de 2019 dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Se suplica por la parte nulidiscente que se hagan los siguientes pronunciamientos:

1. Que se declare la nulidad de las Resolución nro. HC 055 del 1° de junio de 2015, por medio de la cual se desconocieron y negaron los factores salariales proporcionales de 1997 correspondientes a la pensión de jubilación negando derecho adquiridos.
2. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se declare que la actora tiene pleno derecho a que el Hospital de Caldas le reconozca y ordene pagar su pensión de jubilación en cuantía de \$350.160,58 efectiva a partir del 1° de julio de 1997, fecha de retiro del servicio, y además se proceda a liquidar los reajustes pensionales decretados en las Leyes 4 de 1976 y 71 de 1988.
3. Se condene al Hospital de Caldas a pagar a la actora una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro oficial, o sea, \$350.160,58, conforme al

régimen ordinario aplicable a los empleados del sector público, Leyes 33/85, 62/85, 71/88 y las demás normas concordantes.

4. Se ordene liquidar y pagar a favor de la demandante y a expensas del Hospital de Caldas, la totalidad de las diferencias entre lo que se ha venido cancelando en virtud de la Resolución nro. 563 del 11 de agosto de 1997 y la sentencia que ponga fin al proceso, a partir de la fecha de retiro del servicio oficial hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de los factores salariales demandados, teniendo en cuenta para la cuantía definitiva: proporcional de prima de navidad para 1997, proporcional prima de servicios para 1997, proporcional prima de vacaciones para 1997, además de aquellos que no se tuvieron en cuenta en las resoluciones mencionadas.

5. Que se condene a la accionada a pagar a la parte demandante sobre las mesadas ya reconocidas y canceladas en virtud de la Resolución nro. 563 del 11 de agosto de 1997, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al IPC o al por mayor.

6. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo en los términos previstos en el inciso segundo del artículo 192 del CCA; igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.

7. Que se condene a la accionada a pagar los intereses moratorios, conforme lo ordenado en el inciso tercero del artículo 192 del CCA.

8. Que se condene en costas al Hospital de Caldas.

9. Que en el fallo que acceda a pretensiones, se ordene expedir al apoderado primera copia que preste mérito ejecutivo, así como copia auténtica con constancia de ejecutoria.

10. Que una vez quede en firme el fallo que acceda a pretensiones, al momento de comunicar a la entidad accionada, se le remita copia auténtica con fecha exacta de la constancia de ejecutoria.

HECHOS

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

- ✓ La señora Isabel Mazo de García prestó sus servicios al Estado como auxiliar de enfermería en el Hospital de Caldas por más de 20 años.
- ✓ El Hospital de Caldas le reconoció y pagó una pensión vitalicia de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reconocimiento que se realizó a través de Resolución nro. 563 del 11 de agosto de 1997, en cuantía de \$340.817,49, efectiva a partir del 1° de julio de 1997.
- ✓ Mediante oficio solicitó la revisión de la pensión para que se le tuvieran en cuenta los proporcionales de prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones de 1997, interrumpiendo con ello cualquier prescripción; petición que se atendió de manera desfavorable a través del acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política: artículos 2, 6, 25, 53 y 58; Código Civil: artículo 10; Ley 57/87; Ley 1437 de 2011; Ley 4 de 1966; Decreto 1743 de 1966; Decreto 3135 de 1968; Ley 5 de 1969; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Ley 71 de 1988.

Señaló que la entidad accionada al expedir el acto administrativo demandado violó la ley, pues concedió de manera incompleta la prestación de la accionante ya que no incluyó en el IBL aquellos factores proporcionales de salario a los que tenía derecho, ya que al revisar la forma en que se calculó la prestación, es diáfano que entre el 1° de enero y el 30 de junio de 1997 recibió otras sumas de dinero que no están incluidas en el ingreso base de liquidación.

Para apoyar su posición citó la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, radicado 2006-07509.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO: frente a los hechos afirmó que no le constan, y seguidamente se opuso a las pretensiones de la demanda al afirmar que no se ha transgredido ninguna disposición en razón a que no existe, ni existió, obligación asignada al ministerio frente a las pretensiones de la demanda relacionadas con el pago de cotizaciones a pensión ni el pago de la misma.

Indicó que no está de acuerdo con que se ordene la reliquidación pensional de la demandante por cuanto es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y en tal sentido su pensión debió liquidarse con el promedio de lo devengado entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de retiro definitivo, junto con lo determinado en el Decreto 1558 de 1994.

Hizo además referencia al precedente jurisprudencial en relación con el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición, que incluyó la sentencia SU-230 de 2015, C-258 de 2013, auto 326 de 2014, SU-427 de 2016 y providencia del 25 de febrero de 2016 del Consejo de Estado, para concluir que no hay lugar a calcular la pensión en los términos solicitados en la demanda.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** adujo que si bien es cierto la Ley 60 de 1993 dispuso que la Nación y los entes territoriales concurrieran con la institución hospitalaria en la financiación del pasivo pensional causado a 31 de diciembre de 1993, no trasladó la obligación a los entes concurrentes, y por ello los pasivos causados continuarán siendo de las entidades de salud en su condición de empleadoras, y como en este caso además se discuten aspectos propios de la pensión y no relativos al contrato de concurrencia, no es el ministerio el que debe responder por las resultas del proceso.
- **Pago de la obligación:** en atención a que en los términos del contrato de concurrencia la Nación giró la totalidad de los recursos que le correspondían por concurrencia, por ello se está en presencia de una obligación extinta.
- **Inexistencia de relación jurídico- sustancial entre el Hospital de Caldas y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público:** la demandante nunca prestó sus servicios al ministerio, sino que laboró en el Hospital de Caldas, cuya naturaleza jurídica hace que tenga autonomía administrativa, patrimonio propio y personería jurídica, y en tal sentido la entidad no puede actuar como garante o guardián de la institución de salud.
- **Prescripción:** sobre cualquier derecho que se reclame.
- **Genérica:** pidió se declaren las demás excepciones de fondo que se encuentren probadas.

HOSPITAL DE CALDAS: en cuanto a los hechos afirmó que son ciertos los relacionados con la vinculación de la demandante a la entidad, y con los actos administrativos proferidos en relación con la pensión de jubilación.

Sobre las pretensiones se opuso a la prosperidad de las mismas al considerar que la pensión fue reconocida de conformidad con la ley, sin que existan fundamentos de hecho o de derecho para expedir un nuevo acto administrativo.

Propuso la excepción de caducidad de la acción al considerar que se encuentra superado el término para ser presentada la demanda.

Como razones de defensa indicó, frente a la aplicación de la Ley 100 de 1993, que el artículo 36 mantuvo respecto del régimen anterior la edad, el tiempo de servicios y el monto, pero que el IBL no fue considerado en él, y en tal sentido este se calcula según los lineamientos de la norma mencionada, tal como lo determinó la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Sobre los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1989, aseveró que los beneficios de la transición están circunscritos a la aplicación de las disposiciones del régimen anterior al cual se encontraban afiliados los trabajadores, en lo relacionado con la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez; en los demás requisitos y condiciones, por expreso señalamiento de la ley, se rigen por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, sobre el Decreto 1045 de 1978 precisó que el mismo no es aplicable para efectos de la determinación de la base salarial con la cual se calculó la pensión, y resaltó además que el mismo se aplica de manera exclusiva al sector nacional, no a los niveles territoriales.

Propuso la excepción previa de:

- **Falta de integración de litisconsorcio necesario – solicitud de integración litisconsorcio necesario e integración del contradictorio:** con base en que, de un lado, siendo el Fondo Territorial de Pensiones el mayor contribuyente en el pago de la prestación periódica de la demandante, le asiste interés directo en el asunto que se somete a debate judicial, por lo que debe vincularse a la acción a través de sus administradores actuales, Municipio de

Manizales y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y de otro lado, como el Departamento de Caldas contribuye con recursos al citado fondo, también se vería afectado por cualquier decisión que eventualmente se llegare a adoptar en relación con la liquidación pensional de la accionante.

Propuso las excepciones de fondo que denominó:

- **Falta de legitimación pasiva:** argumentó que en el hipotético caso que la demandante tuviera derecho a la reliquidación de la pensión, la misma no estaría a cargo del Hospital de Caldas pues los tiempos de servicios por los cuales se haría responsable presuntamente la entidad son tiempos en los cuales no era la directa comprometida al pago con recursos propios, pues la mayor parte de ellos se deben requerir a la concurrencia para el sector salud que determinó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues con apoyo en la Ley 60 de 1993, la Ley 715 de 2001, el Decreto 306 de 2004, y la Ley 1438 de 2011, aseguró que son dineros que deben ser pagados como pasivo prestacional del sector salud público.
- **Cobro de lo no debido:** indicó que a la demandante se le reconoció la pensión de conformidad con las normas que regulan el tema, sin que pueda afirmarse que se le adeuda dinero alguno por concepto de reajuste pensional.
- **Adecuada determinación del monto de la pensión e ingreso base:** manifestó que la pensión de la demandante fue liquidada con el 75% del promedio de lo devengado entre el 1º de julio de 1996 al 20 de junio de 1997, teniendo en cuenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual mantuvo respecto al régimen anterior la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto, ya que el IBL no fue considerado, al señalar la norma que para liquidar las pensiones de quienes les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, se debería tener en cuenta el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello.
- **Prescripción trienal de mesadas pensional y prescripción de la acción:** considera que en la eventualidad de demostrarse que la accionante tiene o tenía algún asomo de derecho frente a la reclamación, pidió se ajusten las mesadas trienales de años anteriores a la reclamación con el fenómeno de la prescripción, ante la inactividad de la actora.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: en cuanto a los hechos dijo, que el departamento no tiene ningún tipo de incidencia para dirimir el conflicto toda vez que los servicios de la

accionante fueron prestados en el Hospital de Caldas; aunado a que sostuvo que no hay lugar a la reliquidación pensional por cuanto la prestación fue calculada de conformidad con la ley.

Propuso la excepción de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** sostuvo que al Departamento de Caldas no le es posible realizar el reconocimiento, liquidación, reliquidación y pago de ningún tipo de pensión de la parte actora, y no es el llamado a responder por las resultas del proceso al no tener responsabilidad alguna quedando en cabeza de los fondos de pensiones, o en su defecto del Hospital de Caldas, la obligación de cubrir cualquier tipo de reclamación referente a la pensión de la accionante.

- **Inexistencia de la obligación conforme a la ley:** el contrato de concurrencia suscrito entre el Ministerio de Salud y el Departamento de Caldas fue calculado teniendo en cuenta la liquidación y reliquidación de pensiones de todos los beneficiarios del mismo con base en los factores salariales que establece la Ley 33 de 1985, por ello los pasivos causados con posterioridad a 1993 son responsabilidad de las instituciones hospitalarias.

- **Falta de agotamiento de la vía gubernativa:** en atención a que frente a las vinculadas no se cumplió con esta exigencia legal previa a presentar la demanda.

- **Buena fe:** señaló que existen circunstancias eximentes de responsabilidad, como quiera que de acuerdo al trámite establecido en la ley sobre la reliquidación de la pensión el departamento siempre ha obrado con correcto diligenciamiento de los respectivos actos administrativos.

MUNICIPIO DE MANIZALES: frente a los hechos afirmó que no le constan y que se atiene a lo que resulte probado en el proceso, de conformidad con el artículo 199 del CPC; y adicional a ello indicó que la demandante tenía una relación laboral con el Hospital de Caldas y no con el ente territorial.

Seguidamente se pronunció sobre las pretensiones y se opuso a la prosperidad de las mismas.

En cuanto a la reliquidación de la pensión indicó que el acto administrativo demandado fue expedido por el Hospital de Caldas, y que por ello cualquier decisión que se tome en este proceso no tendría por qué involucrar al ente territorial; aunado a que afirmó que en este caso no hay lugar a reajustar la pensión en los términos solicitados en atención a que los factores salariales que deben incluirse en el IBL son aquellos sobre los cuales se realizaron cotizaciones.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** argumentó que el Municipio de Manizales no fue el que expidió el acto administrativo demandado, y en tal sentido el llamado a responder por las resultas del proceso es el Hospital de Caldas.
- **Supremacía de la Constitución Nacional:** afirmó que el Acto Legislativo 001 de 2005 estableció la prohibición de liquidar pensiones con factores salariales sobre los cuales no se hayan realizado cotizaciones.
- **Prescripción:** con fundamento en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social hizo énfasis en que la demandante tenía 3 años desde que la obligación se hizo exigible para hacer valer su derecho.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El 1° de marzo de 2019 el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia a través de la cual negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si la demandante tenía derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación en cuantía del 75% con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, anterior a la fecha de retiro.

Para resolver el meollo del asunto, tras relacionar el material probatorio, hizo alusión a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 para concluir que no es posible acceder al reajuste de la pensión en la forma solicitada, pues se evidenciaba que la prestación se había liquidado conforme al IBL establecido en la Ley 33 de 1985, aplicable en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente para la época.

La parte resolutive del fallo quedó así:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA" Y PROBADA la excepción de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN".

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: COSTAS a cargo de la PARTE DEMANDANTE, cuya liquidación y ejecución se harán en la forma prevista en el artículo 366 del Código General del proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$50.000 a favor de cada uno de los demandados, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 6 numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003.

RECURSO DE APELACIÓN

Parte Demandante:

Adujo que prestó sus servicios al Estado desde el 16 de marzo de 1970 al 30 de junio de 1997, por lo que para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la accionante ya contaba con más de 20 años de servicios, y en tal sentido tenía un derecho adquirido conforme a las Leyes 33 y 62 de 1985, sumado a que era beneficiaria de la transición de la Ley 100 de 1993.

Hizo alusión a la inaplicabilidad retroactiva de la jurisprudencia, y más en asuntos en los que se ventilen derechos laborales adquiridos según lo dispuesto en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política y en el Código Sustantivo del Trabajo, y en tal sentido aseguró que acudir a una sentencia proferida incluso después de presentada la demanda era ir en contravía de lo que el órgano de cierre de la jurisdicción administrativa había sentado como precedente, y por ello la providencia de unificación del 28 de agosto de 2018, referenciada en la sentencia de primera instancia, no podía aplicarse al presente proceso.

En cuanto a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 realizada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado adujo, que de manera tajante desconocen que el régimen de transición nunca determinó que se aplicara parte de la transición en beneficio de los pensionados y parte en contra, como asombrosamente lo están haciendo, ya que la filosofía legislativa es permitir que se aplique la norma anterior a las personas destinatarias de la misma.

Que si se atiende lo ordenado en la sentencia de unificación en este caso no se debieron negar pretensiones, ya que, si según la providencia del Máximo Tribunal Administrativo, no había lugar a incluir la totalidad de los factores percibidos en el año de retiro, la sentencia sí debió ordenar la reliquidación de la pensión con el promedio de los factores devengados en los últimos 10 años de servicio o todo el tiempo cotizado.

Respecto a la inclusión de factores salariales citó sentencia del Consejo de Estado radicado 2006-07509 para concluir que la pensión debe liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, ya que la Ley 33 de 1985 no enuncia en forma taxativa los rubros a incorporar en el IBL sino que estos están enunciados y no impiden la inclusión de otros.

Frente a los descuentos de los aportes a pensión, manifestó que la causante está cubierta por la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ello debe aplicarse de manera integral la Ley 33 de 1985 que le da derecho a una pensión equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios; y dejó claro que el descuento sobre esos nuevos factores a incluir en el IBL no deben hacerse por toda la vida laboral del trabajador sino por el último año, ya que la Ley 33 no lo consagra así como lo hace la ley 100 de 1993; sumado a que el derecho pensional no está en discusión sino solamente el reajuste, pues si no se hubieran hecho aportes no se hubiera podido reconocer la pensión, y también porque el Estatuto Tributario en su artículo 817 dispuso la prescripción de la acción de cobro de las obligaciones parafiscales.

Sobre las costas indicó que, para condenar esta condena no basta con que la parte sea vencida, sino que además se requiere de una valoración por parte del juez acerca de la conducta de los sujetos procesales; y adujo que en el presente caso tanto la parte demandante como su apoderado no realizaron conductas tendientes a dilatar el proceso, por ello no habría lugar a condenar por este rubro.

Pidió entonces se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y en consecuencia se acceda a pretensiones ordenando el reajuste de la pensión de la demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en los términos de la Leyes 33 y 62 de 1985. Y subsidiariamente pidió que en caso que se aplique la sentencia de unificación se reliquide la pensión con el promedio de los devengado en los últimos 10 años de servicios o todo el tiempo cotizado según el caso.

Aunado a ello pidió que los descuentos a que haya lugar se calculen sobre los factores ordenados y devengados en el último año de servicio, y que en caso de que no se acceda a ello, se tenga en cuenta el fenómeno de la prescripción y se indique en la sentencia que por principio de favorabilidad que esos descuentos no pueden ser superiores al retroactivo generado como consecuencia de la reliquidación pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: insistió en los argumentos planteados en el recurso de apelación.

Partes demandadas:

Departamento de Caldas: ratificó todos los argumentos expuesto en la contestación de la demanda, especialmente el tema atinente a que el ente territorial no tiene injerencia en el presente asunto.

Municipio de Manizales: guardó silencio.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público: considera que le asiste razón al juzgado de primera instancia al negar pretensiones, ya que la pensión de jubilación de la accionante se liquidó de conformidad con la ley, y por ello solicitó se confirme el fallo del *a quo*.

Hospital de Caldas: guardó silencio

MINISTERIO PÚBLICO.

No presentó concepto.

CONSIDERACIONES

Al no observarse alguna irregularidad que pueda generar nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver de fondo la impugnación.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos a dilucidar en esta instancia son los siguientes:

- ¿Cuál es el régimen de pensiones aplicable a la actora?

- ¿Qué factores salariales tiene derecho la señora Isabel Mazo de García se le tengan en cuenta al momento de conformar el ingreso base de liquidación de su pensión ordinaria?
- ¿Qué entidad es la responsable de la reliquidación de la pensión de la demandante?

Lo probado en el proceso

- Que mediante Resolución RHPS 0563 de 1997 se reconoció a partir del 1° de julio de 1997 a la señora Isabel Mazo Jiménez pensión de jubilación en cuantía de \$348.017,49, la cual se calculó con los siguientes factores devengados entre el 1° de julio de 1996 al 30 de junio de 1997 (fols. 2 a 5 C.1):

Del 1° de julio al 30 de diciembre de 1996

Sueldo	\$1.567.944
Prima de navidad:	\$171.839
Prima de servicios:	\$295.768
Prima de vacaciones:	\$190.585
Dominicales y horas extras:	\$375.218
Subsidio de transporte:	\$91.113
Bonificación	\$6.000

Del 1° de enero al 30 de junio de 1997

Sueldo	\$2.295.612
Dominicales y horas extras	\$459.001
Total devengado	\$5.453.080
Sueldo promedio para liquidar	\$454.423.33
Valor de la pensión el 75%	\$340.817,49

- Que mediante petición radicada el 1° de junio de 2015 la accionante solicitó la reliquidación de su pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, incluidos los proporcionales de prima de navidad, servicios y vacaciones de 1997 (fol. 31 y 32 *ibídem*).

- Que mediante Resolución HC-055 del 1º de junio de 2015 se resolvió la solicitud de la accionante de manera negativa, al argumentar que en el IBL de la pensión están incluidos todos los factores establecidos en la ley (fols. 21 a 23 *ibídem*).
- Que la constancia suscrita por el gerente del Hospital de Caldas el día 16 de marzo de 2015, da cuenta que la demandante laboró en ese centro asistencial en el cargo de auxiliar de enfermería del 18 de noviembre de 1960 al 31 de mayo de 1963, y del 16 de marzo de 1970 al 30 de junio de 1997 (fol. 26 C.1).
- Que según certificado de factores salariales expedido por el asesor jurídico del Hospital de Caldas E.S.E, la accionante devengó en el año 1996: ordinario diurno, subsidio de transporte, dominicales, bonificación, recargo nocturno, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios y prima de navidad. Y en el año 1997: ordinario diurno, dominicales, recargo nocturno, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad (fol. 27 y 28 C.1).
- Que según el contrato interadministrativo de concurrencia nro. 001186 de 1997, celebrado entre el Ministerio de Salud – Fondo Nacional de Pasivo Prestacional sector Salud, el Departamento de Caldas y el Municipio de Manizales, el objeto del mismo se centraba: “en virtud del presente contrato las partes concurren, en los términos señalados en el aval de fecha 4 de agosto de 1997, expedido por la Dirección de Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para el pago de la deuda prestacional correspondiente a los funcionarios y ex funcionarios de los Hospitales de Caldas E.S.E Geriátrico San isidro E.S.E y ASSBASALUD E.S.E reconocidos como beneficiarios del pasivo prestacional” (fols. 63 a 76 C.1).

Primer Problema Jurídico

¿Cuál es el régimen de pensiones aplicable a la actora?

Ha de comenzar la Sala precisando que tanto la parte demandante como demandada, e incluso el juez de primera instancia, establecen que la actora es beneficiaria de la transición de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, lo cierto es que, conforme a las pruebas allegadas, la actora es beneficiaria de la transición, pero de la Ley 33 de 1985, por lo siguiente.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 reza:

El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Ahora bien, el parágrafo 2º de la Ley 33 de 1985 estableció:

Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Al revisar el certificado que da cuenta de la vinculación de la actora, se encuentra que en él se informó, que laboró del 18 de noviembre de 1960 al 31 de mayo de 1963, y del 16 de marzo de 1970 al 30 de junio de 1997, en el cargo de auxiliar de enfermería en el Hospital de Caldas.

Lo anterior, demuestra que para el día 13 de febrero de 1985, fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, la demandante tenía más de 15 años de servicios, hecho que hace que efectivamente se encuentre cubierta por un régimen de transición, pero no de la Ley 100 de 1993 sino de la ley 33 de 1985 frente a la edad para pensión, de conformidad con lo estipulado en el parágrafo 2º del artículo primero.

Sin embargo, a pesar de que el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 establece que el beneficio de transición de esa ley aplica en lo relativo a la edad de jubilación, lo cierto es que el H. Consejo de Estado, en virtud del principio de inescindibilidad y de favorabilidad, extendió la transición a todos los aspectos del régimen de pensiones. Al respecto, el Consejo de Estado señaló lo siguiente¹:

(...) Al 13 de febrero de 1985, fecha de vigencia de la ley 33, el actor se encontraba en la segunda hipótesis aludida. Hasta antes de la expedición de la Ley 33 de 1985 la pensión de jubilación de los empleados territoriales se regía por la ley 6ª de 1945, siendo aplicable esta ley y las normas que la modificaron antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, como lo ha precisado esta Sección. A pesar de que el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, sólo remite a la edad de jubilación que regía con anterioridad a su entrada

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. siete (7) de octubre de dos mil diez (2010).

en vigencia y no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior, porque resulta más favorable al actor.

De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho". Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-168/95: "... De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.

Igualmente, el Consejo de Estado, en virtud del principio de inescindibilidad ha sostenido reiteradamente que la norma anterior aplicable debe serlo en su integridad. Al respecto, en sentencia proferida por la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación, de 20 de octubre de 2005, M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno No. 3701-04. En consecuencia, el reconocimiento pensional efectuado al demandante debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 6ª de 1945, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional, pues si se diera aplicación a una normatividad diferente, como la Ley 100 de 1993, o la Ley 33 de 1985 se estaría desmembrando el régimen transitorio.

Por su parte el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, norma anterior a la Ley 33 de 1985 estableció:

ARTÍCULO 27. PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio (Subrayado del Tribunal).

De acuerdo al anterior recuento normativo, la accionante tiene derecho a que su pensión de jubilación sea equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

Segundo Problema Jurídico

¿Qué factores salariales tiene derecho la señora Isabel Mazo de García se le tengan en cuenta al momento de conformar el ingreso base de liquidación de su pensión ordinaria?

De acuerdo a lo resuelto en el anterior problema jurídico, la norma aplicable al *sub lite* para la liquidación de la pensión no solo es la Ley 6 de 1945 sino también el Decreto 3135 de 1968, el cual indicó que la pensión de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

Por su parte el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 establece frente a los factores de salario:

ARTÍCULO 45: DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual

b) Los gastos de representación y la prima técnica

c) Los dominicales y feriados

d) Las horas extras

e) Los auxilios de alimentación y transporte

f) La prima de navidad

g) La bonificación por servicios prestados

h) La prima de servicios

i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio.

j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1.978.

k) Prima de vacaciones

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria

de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968
(Subrayado Sala de Decisión).

Según la norma reproducida, solamente los factores enlistados en esta disposición, devengados durante el último año de prestación de servicios, que en este caso es del 1° de julio de 1996 al 30 de junio de 1997, serían los que sirven de base para calcular la prestación periódica, previa deducción de los descuentos que por aportes dejaron de efectuarse, en caso de que no se hubieran realizado en su momento.

El acto administrativo de reconocimiento de pensión indicó que el IBL estaría conformado por los factores salariales percibidos en el último año de servicios comprendido entre el 1° de julio de 1996 al 30 de junio de 1997, y sobre los factores plasmó que en relación con el año 1996, del 1° de julio al 30 de diciembre, se tendrían en cuenta: el sueldo, la prima de navidad, la prima de servicios, la prima de vacaciones, dominicales y horas extras, subsidio de transporte y bonificación. Y en relación con el año 1997, del 1° de enero al 30 de junio, se incluirían: el sueldo, dominicales y horas extras.

Cuando se revisa el certificado de factores salariales, como se indicó en el acápite probatorio, se encuentra que la accionante percibió en el año 1996: ordinario diurno, subsidio de transporte, dominicales, bonificación, recargo nocturno, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios y prima de navidad.

En el año 1997 recibió: ordinario diurno, dominicales, recargo nocturno, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.

Lo anterior, permite inferir que la actora, en esos 6 meses del año 1997, devengó factores salariales que según el acto administrativo de reconocimiento de la pensión no se promediaron con los percibidos en el segundo semestre del año 1996, lo cual era necesario porque como se indicó, el IBL se conforma por los factores salariales del último año de servicios según la lista de rubros establecida en el Decreto 1045.

De acuerdo a ello, el IBL de la pensión debe estar conformado por el promedio de los factores salariales percibidos entre el 1° de julio de 1996 al 30 de junio de 1997 de: ordinario diurno, subsidio de transporte, dominicales, recargo nocturno, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación, que son los enlistados en el Decreto 1045 de 1978.

Frente a la prima de antigüedad debe advertirse que está no está enumerada en el decreto mencionado, por ello no debe hacer parte del IBL, pese a haberse percibido.

En relación con la prima de servicios, si bien está consagrada en la norma antes señalada, la misma no debe incluirse en el IBL. Lo anterior, por cuanto se ha precisado que los factores salariales consagrados en el Decreto 1045 de 1978, entre ellos el mencionado rubro, únicamente hacen parte del régimen salarial de los empleados públicos del nivel central.

Así mismo, la Ley 10 de 1990 solo extendió a los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial, el régimen prestacional (no salarial) de los empleados del nivel central; y el Decreto 1919 de 2002 solamente hizo extensivo a los empleados públicos territoriales el régimen de prestaciones sociales (no salarial) propio de los del orden nacional.

Sobre los derechos adquiridos, dice nuestra Carta Política, artículo 58:

ARTICULO 58. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 01 de 1999. el nuevo texto es el siguiente: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”.

En consecuencia, en Colombia por norma superior, se garantizan los derechos adquiridos obtenidos conforme a la ley.

Por lo anterior, aunque se probó con el certificado de factores salariales que la

demandante percibió la prima de servicios en el último año de servicios, es claro que al tratarse de un factor salarial reconocido únicamente para los empleados públicos del orden nacional, la misma se percibió en contra de las disposiciones legales, situación que impide que se genere un derecho adquirido, esto es, a que válidamente pueda incluirse en la base para la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, quien fungía como empleada pública del orden territorial; lo ilegal no puede nunca llegar a constituir derecho.

En tal sentido, se revocará la decisión de la falladora de primera instancia para declarar la nulidad de la Resolución HC-055 del 1° de junio de 2015, pues la demandante sí tiene derecho a que se le incluyan los factores salariales percibidos en el año 1997 y dejados por fuera del IBL, para que se promedien con los percibidos en el año 1996 en aras de obtener la base de liquidación a la que se le aplicará la tasa de reemplazo; autorizando, si es del caso, los descuentos de ley sobre estos nuevos factores si no se realizó la deducción correspondiente.

Deberá dejarse claro que, en el evento de que sobre la prima de servicios se hubieran efectuado descuentos para aportes a pensión, la entidad demandada debe proceder a reembolsarlos, pues lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin causa.

Tercer problema jurídico

¿Qué entidad es la responsable de la reliquidación de la pensión de la demandante?

En el *sub lite* fueron vinculadas al proceso la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Caldas y el Municipio de Manizales, en atención al contrato de concurrencia para responder por el pasivo pensional del sector salud.

Sobre este tema debe señalar la Sala que, aunque las entidades fueron vinculadas al proceso, decisión que no se comparte pero que no fue objeto de recursos, es claro que en el *sub lite* al adentrarse a estudiar de fondo el asunto se encuentra que efectivamente quién expidió el acto administrativo de reconocimiento de la pensión, y por consiguiente de negativa de la reliquidación, fue el Hospital de Caldas; y que si bien la demandada ha venido insistiendo que en virtud de unos contratos y de disposiciones legales el pasivo pensional de los trabajadores o servidores públicos que prestaron sus servicios antes del año 93 debe ser asumido por las vinculadas, es importante recordar que el objetivo del proceso no es

determinar cómo participan otras entidades en el costo del pago de esta pensión, ya que esta es una discusión que no pertenece al proceso, y que se debe dar fuera del mismo.

A pesar de que se insista en que porque no le correspondería el pago, no le corresponde reconocer el reajuste, se ha dicho que la entidad en la cual se prestó el último año de servicios es la encargada de reconocer la prestación periódica, y por tanto también la competente para decidir si debe ser reliquida o no; y la otra discusión sobre qué otras entidades deben participar en el costo de la pensión, esto es, la compartibilidad, es un tema de resorte en primer término administrativo entre las diferentes entidades responsables del pago de la pensión de la actora, y por ello en este momento es una disputa que está por fuera del proceso.

Como argumento adicional se encuentra precedente horizontal, sentencia del 26 de septiembre de 2013², ponencia de la Dra. Patricia Varela Cifuentes, mediante la cual se pronunció sobre la improcedencia de resolver situaciones de tipo administrativo, como lo es la determinación de las cuotas partes pensionales, que resulta externa al derecho de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. En efecto, en aquella providencia, se sostuvo:

La entidad accionada, E.S.E. Hospital de Caldas desde la contestación de la demanda y en su recurso de apelación ha sostenido que en el presente asunto debe vincularse en la calidad de litisconsortes necesarios a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Caldas y al Municipio de Manizales, con sustento en que dichos entes concurren en el financiamiento del Fondo Territorial de Pensiones.

Al respecto considera la Sala que la petición no tiene procedencia toda vez que habiendo sido la E.S.E. Hospital de Caldas la entidad que reconoció y liquidó la pensión de la señora María Stella Londoño de Sánchez, es la responsable prima facie, ante la controversia de un acto suyo; igualmente fue ante ésta entidad frente a la cual se agotó la vía gubernativa, resolviéndose de fondo las peticiones encausadas al reajuste pensional y si bien en la Resolución RHPS-Nº 461 98 del 28 de agosto de 1998, se establece que la mesada pensional fue dividida a prorrata entre: Pasivo Prestacional (F.T.P.) y el Hospital de Caldas E.S.E. y pagaderas a través del Fondo Territorial de Pensiones, ello no puede incidir en forma alguna al goce efectivo del derecho de la señora Londoño Sánchez.

² Tribunal Administrativo de Caldas. Sala de Decisión. Magistrada Ponente: Dra. Patricia Varela Cifuentes. Sentencia nº 0276 del 26 de septiembre de 2013. Radicado: 17-001-33-31-005-2010-00254-02. Demandante: María Stella Londoño Sánchez. Demandado: E.S.E. Hospital de Caldas.

Lo anterior si se tiene en cuenta que las situaciones de tipo administrativo, esto es la determinación de cuotas partes pensionales, monto de obligaciones entre co-responsables y demás formas jurídicas que se desarrollen al interior de la entidad demandada para efectos de reconocer y pagar la pensión de jubilación a la accionante, le son externas a su derecho. No puede pretenderse por parte de la demandada, incluir en la discusión jurídica sobre la correcta determinación del monto pensional a entes que no incidieron en forma directa en el reconocimiento, circunscrito ello al acto administrativo que le dio nacimiento en cabeza de la demandante a exigir el pago de las mesadas, máxime que los actos que definieron la concurrencia en el pago de la pensión de la actora son anteriores al reconocimiento de dicha prestación, concurrencia que no demostró el Hospital que haya variado a la fecha.

Es decir no es relevante al proceso la forma en que internamente se defina el pago, es decir, de dónde es financiada la prestación, sino que por el contrario el problema jurídico que estudia esta jurisdicción es el correcto reconocimiento del derecho pensional, lo que obedece a derechos de carácter constitucional sobre los cuales no es admisible traba para su efectivo goce y disfrute, por haber sido reconocido conforme a leyes vigentes.

Por lo anterior se descarta la solicitud de vinculación litisconsorcial, toda vez que no tiene relación con el asunto principal de debate. (Resalta la Sala).

En consecuencia, es del caso señalar que esta Sala también comparte los argumentos jurídicos allí expuestos, y por ello la entidad con legitimación en la causa por pasiva material para hacerse responsable de la reliquidación de la pensión de la actora es el Hospital de Caldas E.S.E, pues fue la que reconoció el derecho, y conforme a la jurisprudencia anterior, no obsta para que en virtud del contrato de concurrencia y mediante el procedimiento administrativo correspondiente se asignen las cuotas partes que le corresponde asumir a cada una de las entidades que deban participar en la concurrencia.

Por lo anterior, la entidad responsable en este caso de la reliquidación pensional será el Hospital de Caldas, y frente a las otras entidades se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasivo material planteada por las 3 vinculadas. Sin perjuicio que posteriormente entre ellas se realicen actividades y procedimientos para cuotas partes.

Sobre la prescripción, de conformidad con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, teniendo en cuenta que el reconocimiento de la pensión se realizó mediante Resolución RHPS-563 de 1997, que la petición en la que se instó a la reliquidación se presentó el 1° de junio de 2015, y que la demanda se radicó el 22 de febrero de 2016, es claro que el escrito de petición interrumpió la prescripción pero solo 3 años hacia atrás, por lo que efectivamente se configura este fenómeno procesal frente a las mesadas anteriores al 1° de junio de 2013.

Decisión de segunda instancia.

En el caso concreto el Tribunal considera que se impone revocar la providencia del 1° de marzo de 2019, en el sentido de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasivo material propuesta por la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Caldas y el Municipio de Manizales.

Se declarará la nulidad de la Resolución nro. HC-055 del 1° de junio de 2015 y se accederá a la reliquidación de la pensión para que en el IBL se incluyan los factores percibidos en el último año de prestación de servicios de: ordinario diurno, subsidio de transporte, dominicales, recargo nocturno, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación percibidos entre el 1° de julio de 1996 y el 30 de junio de 1997, pero con efectos fiscales a partir del 1° de junio de 2013 por prescripción trienal.

Las sumas reconocidas serán reajustadas conforme la siguiente fórmula:

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

R= suma actualizada

Rh= suma a actualizar

Índice final= índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia

Índice inicial= índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

Por tratarse de pagos sucesivos o continuos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

También se autorizará a que si sobre los factores que se ordenan incluir no se realizaron los descuentos de ley, la entidad los efectúe en el porcentaje que le correspondía al trabajador, debidamente indexados.

Se autoriza además a que, si sobre el factor de prima de servicios se realizaron descuentos para aportes a pensión, los mismos sean reintegrados a la actora, de manera indexada.

COSTAS

En el presente asunto se condenará en costas de ambas instancias al Hospital de Caldas, en atención a que la sentencia de primera instancia será revocada, y a que la parte demandante se vio en la necesidad de asumir el pago de abogados y gastos procesales para atender el proceso, lo cual se refleja como mínimo de sus actuaciones procesales.

La liquidación y ejecución se harán por el juzgado de primera instancia, conforme artículo 366 del Código General del Proceso.

Las agencias en derecho de conformidad con el artículo 6 numeral 3.1.3 inciso 2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura se tasan en un valor de \$108.000 a cargo del Hospital de Caldas y a favor de la parte demandante.

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 la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 1° de marzo de 2019 dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **ISABEL MAZO DE GARCÍA** contra **EL HOSPITAL DE CALDAS** y como vinculados **LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, EL DEPARTAMENTO DE CALDAS Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES** según lo consignado en la parte motiva, y en su lugar:

DECLARAR PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva material propuesta por La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Caldas y el Municipio de Manizales.

DECLARESE la nulidad de la Resolución HC-055 del 1° de junio de 2015.

A título de restablecimiento del derecho se **ORDENA** al Hospital de Caldas E.S.E a reliquidar la pensión de jubilación que devenga la señora **ISABEL MAZO DE GARCÍA**, tomando como base el 75% del promedio de los factores salarios percibidos en el último año de prestación de servicios como son: ordinario diurno, subsidio de transporte, dominicales, recargo nocturno, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación percibidos entre el 1° de julio de 1996 y el 30 de junio de 1997, pero con efectos fiscales a partir del 1° de junio de 2013 por prescripción trienal.

Las sumas de dinero reconocidas en la sentencia a favor de la demandante, deberán ser ajustadas en su valor aplicando la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia.

De los mayores valores determinados, se autoriza a la demandada a realizar las deducciones para el sistema pensional respecto de los factores salariales ahora reconocidos, siempre que en su oportunidad no se hubieren realizado los descuentos, y en el porcentaje que le correspondía al trabajador, debidamente indexados.

Se autoriza a que si sobre el factor prima de servicios se realizaron descuentos para aportes a pensión, los mismos sean reintegrados a la actora, en la proporción que estos rubros hayan influido en el valor total del aporte que le correspondía a la actora como trabajadora, debidamente indexados.

La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, **PREVINIÉNDOSE** a la parte actora de la carga prevista en el inciso 2° del precepto citado.

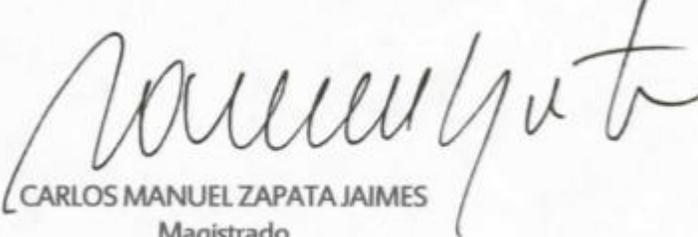
TERCERO: CONDENAR en costas de ambas instancias al Hospital de Caldas; por agencias en derecho se fija la suma de \$108.000 a favor de la parte demandante y a cargo del Hospital de Caldas.

La liquidación y ejecución se harán por parte del Juzgado de primera instancia conforme artículo 366 del Código General del Proceso.

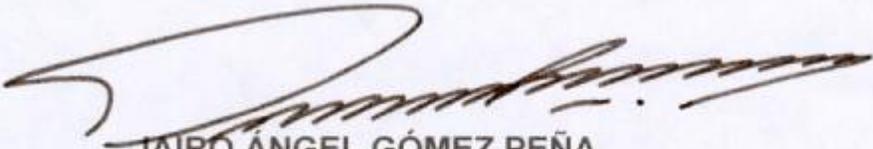
CUARTO: ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

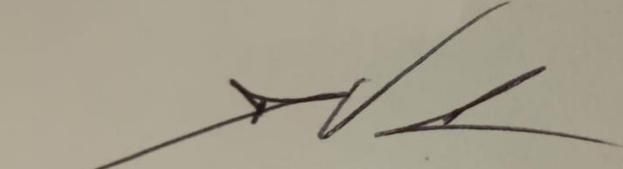
Proyecto discutido y aprobado en reunión de Sala de Decisión Virtual realizada el 16 de julio de 2020 conforme Acta n° 032 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

<p style="text-align: center;">TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 088 de fecha 22 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p>

<p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

RADICADO	17001-33-39-008-2017-00273-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	SIGIFREDO MURILLO MEJÍA
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

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 contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 1° de marzo de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Se suplica por la parte actora que se hagan los siguientes pronunciamientos:

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución nro. GNR 85725 del 18 de marzo de 2016 por medio de la cual se desconoció y negó la inclusión de la totalidad de los factores salariales correspondientes, negando con esta sus derechos adquiridos.
2. Que se declare la nulidad de la Resolución nro. VPB 31238 del 4 de agosto de 2016, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación que confirmó la Resolución nro. GNR 85725 del 18 de marzo de 2016.
3. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se declare que el actor tiene pleno derecho a que Colpensiones le reconozca y pague su pensión de jubilación en cuantía de \$1.012.698,96 efectiva a partir del 25 de junio de 2007, fecha de

retiro del servicio oficial, con los reajustes pensionales decretados en las Leyes 4 de 1976 y 71 de 1988.

4. Se condene a la accionada a pagar una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la totalidad de los factores de salario devengados y pagados con ocasión de la homologación y nivelación salarial de la planta de cargos del Municipio de Manizales, inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, o sea, \$1.012.698,96 conforme al principio de favorabilidad, y al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector público, Leyes 33/85, 62/85, 71/88 y las demás normas concordantes, recurriendo a estas para la forma de liquidación, pues el demandante consolidó más de 40 años de edad con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que se hace beneficiario del régimen de transición.

5. Se ordene liquidar y pagar a favor del demandante la totalidad de las diferencias entre lo que se ha venido cancelando en virtud de la Resolución nro. 7734 del 13 de enero de 2006, reliquidada mediante Resolución nro. 7926 de 2007, GNR 194003 del 26 de junio de 2015 y GNR nro. 85725 del 18 de marzo de 2016 y la sentencia que ponga fin al proceso, a partir de la adquisición de su fecha de retiro del servicio oficial hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de factores demandados, teniendo en cuenta para efectos de la cuantía definitiva los factores de: prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios, prima de servicios, horas extras, prima técnica, además de aquellos que se tuvieron en cuenta en las resoluciones mencionadas.

6. Que se condene a la accionada a pagar a la parte demandante sobre las mesadas ya reconocidas y canceladas en virtud de la Resolución nro. 7734 del 13 de enero de 2006, reliquidada mediante Resolución nro. 7926 de 2007, GNR 1940003 del 26 de junio de 2015 y GNR nro. 85725 del 18 de marzo de 2016, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al IPC o al por mayor.

7. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo en los términos previstos en el inciso segundo del artículo 192 del CCA; igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.

8. Que se condene a la accionada a pagar los intereses moratorios, conforme lo ordenado en el inciso tercero del artículo 192 del CCA.

9. Que se condene en costas a Colpensiones.

10. Que en el fallo que acceda a pretensiones, se ordene expedir al apoderado primera copia que preste mérito ejecutivo, así como copia auténtica con constancia de ejecutoria.

11. Que una vez quede en firme el fallo que acceda a pretensiones, al momento de comunicar a la entidad accionada, se le remita copia auténtica con fecha exacta de la constancia de ejecutoria.

HECHOS

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

✓ El señor Sigifredo Murillo Mejía cotizó para pensión 1286 semanas, tanto en el sector privado como en el público, por lo que el Instituto de Seguro Social le reconoció y pagó una pensión vitalicia de jubilación conforme a la Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003 y el Decreto 758 de 1990 a través de Resolución nro. 7734 del 13 de enero de 2006, reliquidada a través de Resolución nro. 7926 de 2007, en cuantía de \$603.003, efectiva a partir del 30 de junio de 2007.

✓ Para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el accionante contaba con más de 40 años de edad, por lo que era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36. Pero conforme a su situación fáctica, el tiempo cotizado a pensión entre el sector público y privado le permite ser beneficiario de varias normas, como la Ley 100 de 1993, Ley 71 de 1998, Acuerdo 049 de 1990 y Decreto 758 de 1990.

✓ Mediante Decreto nro. 0338 del 12 de octubre de 2012 el Municipio de Manizales modificó el Decreto nro. 083 de 2012, mediante el cual se homologan y nivelan salarialmente los empleados administrativos pertenecientes a la planta de personal del sector educación, y como el actor laboró hasta el 24 de junio de 2007, mediante Resolución nro. 648 del 11 de abril de 2014 se le reconoció un retroactivo.

✓ El accionante presentó petición ante la accionada el 27 de febrero de 2015 a través de la cual solicitó la revisión y reliquidación de la prestación, solicitud que Colpensiones resolvió de manera favorable mediante Resolución nro. 194003 del 26 de junio de 2015, en cuantía de \$851.669, a partir del 27 de febrero de 2012.

✓ Nuevamente se presentó solicitud de reajuste de la pensión el 4 de noviembre de 2015, en aras de que se incorporaran todos los factores homologados y nivelados salarialmente, interrumpiendo con ello cualquier prescripción, pero adujo que el trámite dado por la entidad fue parcialmente ilegal, pues si bien reliquidó la pensión mediante Resolución GNR nro. 85725 del 18 de marzo de 2016, en cuantía de \$936.026, efectiva a partir del 4 de noviembre de 2012, lo hizo con fundamento en la Ley 71 de 1988, es decir, negó la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios.

✓ Se interpuso contra la anterior decisión recurso de apelación, el cual fue resuelto de manera negativa a través de Resolución nro. VPB 31238 del 4 de agosto de 2016.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política: artículos 2, 6, 25, 53 y 58; Código Civil: artículo 10; Ley 57/87; Ley 1437 de 2011: artículo 138; Ley 100 de 1993: inciso 2 del artículo 36; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Ley 4 de 1966; Decreto 1743 de 1966: artículo 4; Decreto 3135 de 1968; Ley 5 de 1969, Ley 71 de 1988 y Decreto 2709 de 1994.

Adujo que la entidad violó la ley al momento de reconocer la pensión de jubilación del demandante pues lo hizo de manera incompleta, al dejar de lado otros factores salariales devengados y certificados en el año anterior al retiro definitivo del servicio.

Advirtió que conforme al aspecto fáctico que gobierna la situación del accionante, el tiempo cotizado a pensión entre el sector público y privado le permite ser beneficiario de varias normas, como la Ley 100 de 1993, la Ley 71 de 1988, el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990; por ello, en este caso se debe tener en cuenta la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación de las fuentes formales del derecho, aduciendo que en este caso sería la Ley 71 de 1988, la cual establece la posibilidad de incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

Hizo alusión al concepto de salario, así como a jurisprudencia del Consejo de Estado, en especial la del 4 de agosto de 2010, para indicar que deben tenerse como factores salariales para determinar la base de la pensión todos los dineros devengados con ocasión de la relación laboral, percibidos como retribución por los servicios prestados en el último año de servicios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES: luego de pronunciarse sobre los hechos de la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones.

Propuso las siguientes excepciones:

- **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:** resaltó que no existe obligación por parte de la entidad, ya que el demandante es beneficiario de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ello los factores salariales a incluirse en el IBL son los determinados en el Decreto 1158 de 1994, y en tal sentido lo petitionado por la parte accionante no se ajusta a las normas que regulan el reconocimiento de su pensión, lo que permite inferir que los actos administrativos demandados se ajustan a derecho.
- **Buena fe:** Colpensiones al negar lo petitionado por la parte actora obró con pleno convencimiento de actuar conforme a lo establecido en la ley.
- **Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas:** Colpensiones no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad, ya que la Constitución Política en su artículo 346 así lo señala.
- **Innominada:** se desprende de los hechos exceptivos que sean probados y advertidos en el transcurso del proceso y que sean favorables a la entidad, los cuales pide sean declarados.
- **Prescripción:** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT propuso esta excepción.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia que data del 1° de marzo de 2019 negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico, si el demandante tenía derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación en cuantía del 75% y con inclusión de todos los factores salariales devengados y pagados con ocasión de la homologación y nivelación salarial, en el último año de servicios, anterior a la fecha de retiro definitivo.

Para resolver el meollo del asunto, tras relacionar el material probatorio, hizo alusión a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 para concluir que no es posible acceder al reajuste de la pensión en la forma solicitada, pues se probó que el IBL tenido en cuenta para la liquidación de su pensión de vejez, actualizado anualmente con el IPC, esto es, el previsto en la Ley 100 de 1993, era más favorable al demandante; además de inferir que resulta improcedente la aplicación del IBL previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con lo dispuesto en la mencionada providencia de unificación mencionada.

La parte resolutive del fallo quedó así:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO" e "IMPOSIBILIDAD JURÍDICA PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS".

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: COSTAS a cargo de la PARTE DEMANDANTE, cuya liquidación y ejecución se harán en la forma prevista en el artículo 366 del Código General del proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$100.000, de acuerdo con lo prescrito en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia a través de memorial que reposa de folios 119 a 128 del expediente.

Indicó que debe tenerse en cuenta que, el reconocimiento de la prestación se hizo con base en lo preceptuado en la Ley 71 de 1988, por tener el accionante aporte al sistema con tiempos laborados en sector público y privado; norma que establece que el salario para liquidar la pensión será el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Que, si se tiene en cuenta el concepto de salario, se concluye que este se relaciona con la retribución de los servicios personales, el cual se recibe de manera habitual sea la denominación que se le dé, y por ello la pensión debe calcularse con inclusión de todos los factores salariales que se percibieron por el accionante en este término.

Hizo alusión a la inviabilidad de aplicar la jurisprudencia retroactivamente y más en asuntos en los que se ventilen derechos laborales adquiridos según lo dispuesto en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política y en el Código Sustantivo del Trabajo, y en tal sentido aseguró que acudir a una sentencia proferida incluso después de presentada la demanda era ir en contravía de lo que el órgano de cierre de la jurisdicción administrativa había sentado como precedente, y por ello la providencia del 28 de agosto de 2018, referenciada en la sentencia de primera instancia, no podía aplicarse al presente proceso.

En cuanto a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sostuvo que la norma jamás habló en su literalidad que se aplicara parte de la transición en beneficio de los pensionados y parte en su contra, como asombrosamente se está haciendo en las sentencias de los órganos de cierre.

Frente a los descuentos de los aportes a pensión, manifestó que el demandante está cubierto por la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ello debe aplicarse de manera integral la Ley 33 de 1985 que le da derecho a una pensión equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, y dejó claro que el descuento sobre esos nuevos factores a incluir en el IBL no deben hacerse por toda la vida laboral del trabajador sino por el último año, ya que la Ley 33 no lo consagra así como sí lo hace la ley 100 de 1993, sumado a que el derecho pensional no está en discusión sino solamente el reajuste, pues si no se hubieran hecho aportes no se hubiera podido reconocer la pensión, y también porque el Estatuto Tributario en su artículo 817 dispuso la prescripción de la acción de cobro de las obligaciones parafiscales.

Pidió entonces se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y en consecuencia se acceda a pretensiones y se ordene la reliquidación de la pensión con inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios, en los términos de la Ley 71 de 1988 y el concepto de salario.

Que se ordene que los descuentos a que haya lugar se calculen sobre los factores ordenados y devengados en el último año de servicios.

Subsidiariamente pidió que, de no acceder a lo anterior, se tenga en cuenta el fenómeno de la prescripción, y se indique en la providencia que por principio de favorabilidad dichos descuentos no pueden ser superiores a los retroactivos generados como consecuencia de la reliquidación pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada: insistió en que por estar el demandante cubierto por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no es posible reliquidar la pensión en los términos solicitados en la demanda, según la sentencia SU-230 de 2015, C-395 de 2017 y el fallo de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018.

MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto.

CONSIDERACIONES

No se observa alguna irregularidad en lo adelantado en el proceso que pueda dar lugar a declarar una nulidad, y por ello procede la Sala a resolver de fondo la litis.

Problemas jurídicos

1. ¿Son aplicables las subreglas establecidas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, sobre el alcance de la transición de la Ley 100 de 1.993, incluso para regímenes especiales y también para las demandas presentadas antes de la expedición de la providencia mencionada?
2. ¿Tienen derecho el señor Sigifredo Murillo Mejía a que se reliquide su pensión de vejez con la totalidad de factores percibidos en el último año de prestación de servicios?
3. ¿Qué factores salariales se deben tener en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación de la pensión; especialmente se deben tener en cuenta los ingresos recibidos por concepto de homologación y nivelación salarial?
4. ¿Hay prescripción trienal de las mesadas pensionales?

Lo probado en el proceso

- Según Registro Civil de Nacimiento el señor demandante nació el 23 de junio de 1942 (fol. 41 vuelto C.2).

- Mediante Resolución nro. 7734 del 13 de enero de 2006 se reconoció una pensión de vejez al señor Sigifredo Murillo Mejía por haber cotizado 6862 días para el sistema general de pensiones en el ISS, el cual se computó con 635 días laborados como servidor público no aportado al ISS, para un total de 7497 días equivalente a 1071 semanas.

Al ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se indicó en el acto administrativo que según la normativa anterior no cumplía requisitos del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, y por ello el régimen aplicable en su caso era la Ley 71 de 1988. En tal sentido se le liquidó su pensión con el 75% de un ingreso base de cotización conformado por el promedio de los devengado o cotizado durante el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado con el IPC, lo que en este caso arrojó la suma de \$663.780, por lo que obtuvo entonces una mesada de \$497.835 que quedó en suspensión hasta que se demostrara el retiro del servicio (fol. 53 a 55 C.1).

- Según certificado expedido por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, El señor Sigifredo Murillo Mejía se retiró del servicio el 24 de junio de 2007 (fol. 70).

- A través de Resolución nro. 7926 del 30 de noviembre de 2007 se reconoció la pensión de vejez al accionante a partir del 30 de junio de 2007 en cuantía de \$603.003. Se adujo en el acto administrativo nuevamente que el actor estaba cubierto por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pero en este momento se indicó que la norma a aplicar era el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990 en virtud del principio de favorabilidad (fol. 56 y 57).

- A través de Resolución nro. 648 del 11 de abril de 2014 el Municipio de Manizales reconoció al demandante un retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial desde el 1° de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2011 (fol. 67 a 69).

- Se presentó petición ante Colpensiones el día 27 de febrero de 2015 mediante la cual se solicitó, entre otras cosas, se reajustara la pensión con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios con los valores obtenidos por

homologación y nivelación salarial (fol. 58 a 61). Esta petición fue resuelta a través de Resolución GNR 194003 del 26 de junio de 2015 en la cual se explicó que no era posible reajustar la prestación con los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios porque el demandante no cumplía los requisitos de la Ley 33 de 1985, pero que su pensión sí debía ser ajustada según el Decreto 758 de 1990 con una tasa de reemplazo del 84% aplicada a un IBL de \$1.013.891, para obtener una mesada de \$851.669 para el año 2012, efectiva a partir del 27 de febrero de ese año (fol. 62 a 66)

- Mediante petición radicada el 4 de noviembre de 2015 ante Colpensiones, el accionante solicitó nuevamente reajustar su pensión, entre otras cosas, para que se tuvieran en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicios con los valores producto del proceso de homologación y nivelación salarial (fol. 26 a 29), solicitud que fue resuelta con Resolución nro. GNR 85725 del 18 de marzo de 2016 en la cual se indicó que la pensión debía reliquidarse con fundamento en la Ley 71 de 1988, es decir, con una tasa de reemplazo del 75% aplicada a un IBL por valor de \$1.248.034, para una mesada pensional en la suma de \$1.081.838 para el año 2016, pero efectiva a partir del 4 de noviembre de 2012 (fol. 30 a 36).

- El día 5 de mayo de 2016 se interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, el cual se desató a través de Resolución nro. VPB 31238 del 4 de agosto de 2016 que modificó el artículo primero de la Resolución GNR 85725 del 18 de marzo de 2016 en el sentido que la fecha de efectividad de la pensión era el 27 de febrero de 2012, pero ratificó la negativa de la reliquidación de la pensión con la inclusión de la totalidad de factores percibidos en el último año de servicios (fol. 38 a 49).

- En el acto administrativo se realizó una consideración relacionada con que a través de Resolución nro. GNR 85725 del 18 de marzo de 2016 se liquidó la prestación con base en la totalidad de semanas cotizadas y al porcentaje de liquidación se le aplicó el 75% de acuerdo con la Ley 71 de 1988, reconociendo una mesada de \$1.081.838 para el año 2016. Pero que al revisar la nueva reliquidación y en aplicación del principio de favorabilidad la misma se le negaba por no generar saldo a favor.

Que en su caso se realizó el estudio pensional con la Ley 71 de 1988, Ley 797 de 2003 y Decreto 758 de 1990, y en consecuencia se reconoció la pensión de vejez con la normativa más favorable, que en este caso era el Decreto 758 de 1990.

Primer problema jurídico

¿Son aplicables las subreglas establecidas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, sobre el alcance de la transición de la Ley 100 de 1.993, incluso para regímenes especiales y también para las demandas presentadas antes de la expedición de la providencia mencionada?

Tesis: Teniendo en cuenta que la misma sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 autorizó la aplicación de las subreglas establecidas en ella a casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial, se entiende que es posible su aplicación al caso bajo estudio.

Por otro lado, también se determinó, que las subreglas establecidas en esa jurisprudencia, le son aplicables, incluso a regímenes especiales, como sería en este caso la de pensión por aportes.

Marco jurisprudencial

El Consejo de Estado en sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 28 de agosto de 2018, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, en torno al régimen de transición de la ley 100 de 1.993, estableció las siguientes subreglas:

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

(...)

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último

año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

De la anterior sentencia de unificación se puede extractar:

- Que el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cobija únicamente la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión estipulado en la ley anterior.
- Que la expresión “monto de la pensión” hace referencia únicamente al porcentaje o tasa de remplazo aplicable al IBL, y, por tanto, a las personas cobijadas por el régimen de transición se les debe liquidar su pensión con el IBL en la forma señalada en el artículo 21 y/o inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según corresponda.
- Que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión solamente los factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

Ahora sobre los efectos de la unificación, sostuvo:

Efectos de la presente decisión

113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política³⁶. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.

118. Como uno de los efectos de esta decisión comprende los procesos administrativos en curso, la Sala solicita de manera imperiosa a las entidades administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que, al momento de efectuar el reconocimiento de la pensión, expliquen precisa, completa y detalladamente cada uno de los factores y/o valores numéricos tenidos en cuenta en la liquidación, de forma que sea comprensible al usuario y

garantice un debido proceso administrativo (subrayado Sala de Decisión).

Se entiende conforme a lo anterior, que las subreglas que anteriormente extractamos, le son aplicables, incluso a las demandas presentadas con anterioridad a la expedición de esa jurisprudencia.

Ahora, aunque de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pareciera que se refiriera únicamente a la aplicación de la Ley 33 de 1985 como régimen anterior a esta disposición, lo cierto es que las subreglas allí establecidas también se aplican a otros regímenes incluso especiales anteriores a la Ley 100 de 1993.

En tal sentido se pronunció el H. Consejo de Estado en providencia del 19 de febrero de 2020¹, al resolver en sede de tutela un cargo de indebida aplicación del precedente jurisprudencial y concluyó:

Es de resaltar que el tribunal constitucional tampoco discrimina entre los regímenes especiales a la hora de establecer y aplicar las reglas del régimen de transición, reglas que, para los efectos del caso concreto, estaban contenidas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 y que fueron aplicadas sin vulnerar algún derecho fundamental, es forzoso concluir que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Antioquia se dictó respetando el ordenamiento jurídico, diferente que la accionante no la comparta o que la misma no lo favorezca desde una perspectiva económica.

En suma, hay dos aspectos a destacar: primero, que las sentencias invocadas en la solicitud de amparo no tienen la entidad suficiente para construir un cargo por desconocimiento del precedente, habida cuenta que la tesis que contienen ya fue recogida. Segundo, que la autoridad accionada no incurrió en ninguna irregularidad al tener en cuenta y fallar el caso de acuerdo a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, ya que esta providencia es aplicable a todos los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, incluido el que regula a los funcionarios de la Rama Judicial. (Resalta la Sala).

Por lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas acoge de la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018 para resolver este caso, que incluso sobre los efectos de este fallo dispuso lo siguiente:

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, radicado 11001-03-15-000-2019-05288-00(AC), Consejero ponente: Milton Chaves García.

Corolario de lo anterior, es el hecho de que el aplicar en el caso bajo estudio las subreglas establecidas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2028, no se puede considerar una vulneración a una supuesta retroactividad de la sentencia de unificación, y que está autorizada su aplicación aún para el régimen de pensión por aportes.

Segundo y tercer problema jurídico

¿Tienen derecho el señor Sigifredo Murillo Mejía a que se reliquide su pensión de vejez con la totalidad de factores percibidos en el último año de prestación de servicios?

¿Qué factores salariales se deben tener en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación de la pensión; especialmente se deben tener en cuenta los ingresos recibidos por concepto de homologación y nivelación salarial?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que el accionante no tienen derecho a que el IBL de la pensión esté conformado por los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios, ya que el ingreso base de liquidación debió calcularse según los postulados de la Ley 100 de 1993 y con los factores salariales del Decreto 1158 de 1994, o sobre los que haya cotizado. Sin embargo, sí tiene derecho a que los valores de los factores salariales que fueron incluidos en el IBL de la pensión sean actualizados a los valores reconocidos en virtud de la homologación y nivelación salarial realizada en el Municipio de Manizales.

Conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que como se indicó será la que acoge esta corporación, se entiende que en aplicación de estas deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior.

Sin embargo, la liquidación del IBL debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma, en atención al tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

Así pues, si al 1º de abril de 1994 (empleados nacionales), o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), a la persona beneficiaria del régimen de transición le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, la liquidación será el promedio de lo

devengado en el tiempo que le hiciera falta para acceder a la prestación, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior. Lo anterior, con la correspondiente actualización con base en la variación del IPC.

Ahora, sobre los factores que se deben tener en cuenta, según lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, conforme al Decreto 1158 de 1994, esto es: asignación básica mensual; gastos de representación; prima técnica, cuando sea factor de salario; primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; remuneración por trabajo dominical o festivo; remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y bonificación por servicios prestados.

Debe advertirse que, aunque en el recurso de apelación se indicó que al accionante se le liquidó su pensión según la Ley 71 de 1988, lo cierto es que según lo consignado en los actos administrativos, en especial en la Resolución VPB 31238 del 4 de agosto de 2016, que desató un recurso de apelación, por favorabilidad se dejó el monto de la pensión que había sido calculada según el Decreto 758 de 1990, incluso aclaró que no le era aplicable la Ley 33 de 1985, por cuanto no cumplía los requisitos de esta norma (fol. 47).

Así las cosas, y en virtud de la nueva postura acogida por este Tribunal Administrativo de Caldas, según las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, el demandante no tiene derecho a que se le reliquide su pensión con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

A pesar de lo explicado, la Sala no puede pasar por alto lo relativo a la homologación y nivelación salarial que fue realizada, para el caso del Municipio de Manizales, mediante el Decreto nro. 083 de 2008 y el Decreto nro. 0388 del 12 de octubre de 2012 - aspecto sobre el cual no se pronunció la *a quo*.

Debe indicarse que esta homologación y nivelación salarial trajo como consecuencia que los salarios percibidos por los cargos administrativos de la Secretaría de Educación financiada con recursos del sistema general de participaciones fueran equiparados con los funcionarios pertenecientes al sector central del Municipio de Manizales; y por ello, para el caso específico del señor Sigifredo Murillo Mejía mediante Resolución nro. 648 del 11 de abril de 2014 se reconoció un retroactivo por este concepto entre el 1º de enero de

2003 al 31 de diciembre de 2011 (fol. 68), ya que en el certificado visible a folio 71 se indicó que sus factores salariales hasta el 31 de diciembre de 2002 fueron cancelados por el Departamento de Caldas.

Lo expuesto, permite concluir que al modificarse su asignación básica todos los emolumentos y prestaciones sociales percibidas en virtud de la homologación y nivelación salarial también variaron, y al ser así, los valores que fueron tenidos en cuenta para calcular su pensión no se ajustaban a lo que en realidad debía percibir, y por consiguiente la pensión de vejez también se reconoció en un valor inferior al que correspondía.

Por ello, a efectos de conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, se deben tener en cuenta los factores salariales que se dispusieron en el acto administrativo de reconocimiento de la prestación periódica, pero su cuantía deberá ajustarse a los valores obtenidos por concepto de homologación y nivelación salarial, situación que claramente varía el valor de la mesada pensional.

En tal sentido concluye la Sala que sí es procedente acceder a la pretensión relativa a que el IBL de la pensión de vejez se reajuste con base en la nivelación y homologación salarial, en tanto la entidad demandada no demostró que en la liquidación efectuada en el reconocimiento de esta prestación se hubieran incluido esos factores salariales en sus valores homologados.

Por ello, la sentencia de primera instancia deberá ser revocada parcialmente, para en su lugar declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. GNR 85725 del 18 de marzo de 2016 y de la Resolución nro. VPB 31238 del 4 de agosto de 2016, y en su lugar acceder a la reliquidación de la pensión de vejez que percibe el demandante para que los factores salariales que fueron incluidos en el IBL de la pensión sean reajustados con los valores reconocidos al señor Sigifredo Murillo Mejía en virtud de la homologación y nivelación salarial.

Las sumas reconocidas serán reajustadas conforme la siguiente fórmula:

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

R= suma actualizada

Rh= suma a actualizar

Índice final= índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia

Índice inicial= índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

Por tratarse de pagos sucesivos o continuos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Cuarto problema jurídico

¿Hay prescripción trienal de las mesadas pensionales?

En tratándose del fenómeno jurídico de la prescripción conviene acudir al Decreto 1848 de 1969, norma que establece en su artículo 102:

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Al accionante se le reconoció su pensión en el año 2006, pero solo se incluyó en nómina en el año 2007, cuando se retiró del servicio.

La homologación y nivelación salarial fue reconocida al señor Murillo Mejía en el año 2014, y la última petición de reliquidación de la pensión de vejez se radicó el 5 de mayo de 2016. La demanda se presentó el 24 de febrero de 2017.

Significa lo expuesto que la fecha a partir de la cual se debe contar la prescripción es desde que se reconoció la homologación y nivelación, pues en este momento surgió el derecho a solicitar la reliquidación de la pensión por nuevos valores de los factores salariales que hacían parte del IBL.

Por lo anterior, es claro que entre la fecha en que efectivamente se reconoció la homologación y nivelación salarial, el reclamo ante la entidad para que se reliquidara la pensión y la presentación de la demanda no transcurrieron más de 3 años, por lo que se declarará no probada la excepción de prescripción.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, los hechos debidamente acreditados y en un cambio de postura al acoger las sentencias de unificación de las altas cortes, especialmente la del Consejo de Estado que debe aplicarse a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial, estima esta Sala de decisión que a la parte actora no le asiste derecho de acceder a la reliquidación pensional que reclama en tanto el IBL de las pensiones de las personas sujetas al régimen de transición debe calcularse conforme a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y no de la forma como lo solicitó la parte actora, y por esta razón se confirmará la sentencia de primera instancia en relación con este tema.

Sin embargo, el demandante sí tiene derecho a que se reliquide su pensión de vejez en tanto los rubros que fueron incluidos en el IBL de la pensión deben reajustarse con los valores reconocidos en virtud de la homologación y nivelación salarial de la que fue objeto el señor Sigifredo Murillo Mejía, y por ello se revocará la sentencia de primera instancia en este aspecto, para ordenar se reajuste su prestación periódica.

Costas

En el presente asunto no se condenará en costas por dos razones. La primera, porque la reclamación en sede judicial se realizó con fundamento en la tesis que para el momento de prestación de la demanda planteaba el Consejo de Estado en relación con el régimen de transición; y la segunda, porque en este caso las pretensiones de la parte actora prosperaron parcialmente.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 1° de marzo de 2019 dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **SIGIFREDO MURILLO MEJÍA** contra **LA ADMIISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, según lo consignado en la parte motiva, y en su lugar:

DECLARESE la nulidad parcial de la Resolución nro. GNR 85725 del 18 de marzo de 2016 y de la Resolución nro. VPB 31238 del 4 de agosto de 2016.

En consecuencia, se ordena a Colpensiones que proceda a reliquidar la pensión de vejez que percibe el demandante reajustando los factores salariales que fueron incluidos en el IBL de la pensión con los valores reconocidos en el proceso de homologación y nivelación salarial de la que fue beneficiario el demandante.

Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas conforme al artículo 187 *ibídem*, es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma cómo deberán hacer esos ajustes.

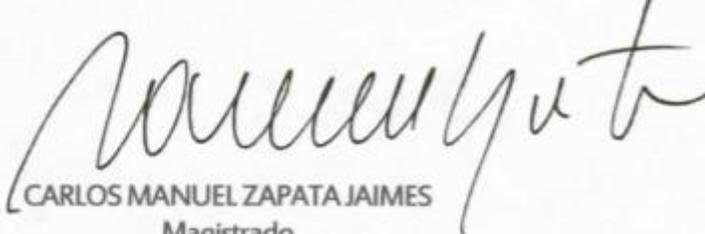
SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMÁS la providencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por lo brevemente expuesto.

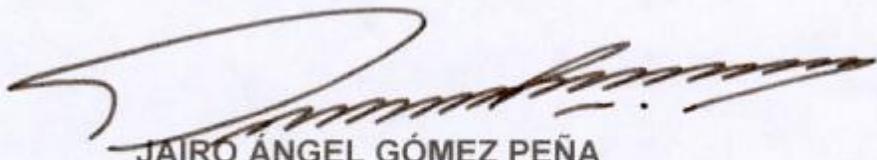
CUARTO: ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

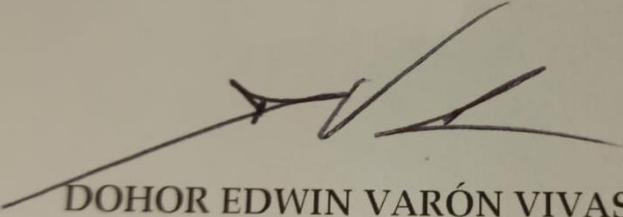
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 16 de julio de 2020, conforme Acta n° 032 de la misma fecha.



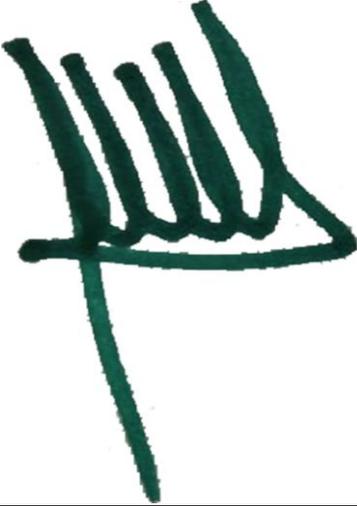
CARLOS MANUEL ZAPATA JIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

<p align="center">TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 088 de fecha 22 de julio de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p>

<p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 220

Manizales, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-39-006-2018-00406-02
Naturaleza: Protección de derechos e intereses colectivos
Demandantes: María José Marín Gómez
Demandado: Municipio de Manizales
Vinculado: Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P.

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a emitir fallo de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación propuesto contra la sentencia del 20 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, mediante la cual se declaró la vulneración de los derechos colectivos *“al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, a la seguridad y salubridad pública y al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública [y] a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente”* y se profirieron órdenes para su protección.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

Se solicita en la demanda amparar los derechos colectivos que vienen siendo vulnerados por la entidad accionada y en consecuencia se ordene adoptar las medidas necesarias para que cese su vulneración, efectuando las reparaciones y mantenimiento necesario en la estructura física de los andenes que circundan la propiedad horizontal ubicada en la carrera 1D # 10 – 25, barrio Villa Pilar, Célula 16, núcleo 3, del municipio de Manizales. Igualmente que se efectúen los trabajos de manejo y control de arborización urbana en dicha zona.

1.2. Sustento Fáctico Relevante.

Manifestó la accionante que, ha puesto en conocimiento de la administración municipal mediante reiterados oficios desde el año 2016, el mal estado en que se encuentran algunos tramos de andenes -de tránsito público- alrededor de la propiedad horizontal ubicada en la carrera 1D # 10 – 25, barrio Villa Pilar, Célula 16, núcleo 3, del municipio de Manizales.

Advierte que en respuestas emitidas por la Secretaría de Obras Públicas del municipio de

Manizales que datan de los años 2016, 2017 y 2018 se ha manifestado que según inspección efectuada por la misma autoridad se pudo constatar la existencia de “...un tramo de andén en regular estado, el cual presenta fractura, hundimiento y desprendimiento de bloques de concreto que generan inconvenientes para el tránsito peatonal en el sector...” señalando igualmente que “...se observa tramo de muro en mal estado, que genera riesgo de colapso, pues presenta grietas y socavación”; problemas frente a los cuales, a pesar de haber sido identificados por el ente territorial, este únicamente se ha limitado a señalar -se itera, en repetidas respuestas emitidas en años 2016, 2017 y 2018- que el sitio en mención ha sido añadido al inventario de necesidades viales para ser atendido de conformidad con el orden de prioridades y a los recursos con que se cuente en la vigencia fiscal o en la siguientes.

1.3. Derechos colectivos invocados y fundamentos de derecho.

Sobre el particular la parte actora se limitó a señalar que a su juicio los derechos colectivos vulnerados o en riesgo son: - *la prevención de desastres previsibles técnicamente*; - *el derecho a acceder a una infraestructura de servicios que garantice la seguridad y salubridad pública*; - *La movilidad en condiciones de seguridad*; - *el pleno goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público y* - *el acceso a una prestación de servicios eficiente y oportuna.*

1.4. Pronunciamiento frente a la demanda.

El **Municipio de Manizales** (fls. 36-40, cdo. 1) indicó que no se están vulnerando derechos o intereses colectivos pues el deterioro progresivo de las estructuras es algo connatural a las mismas, deterioro que ha sido identificado por el ente territorial y se encuentra en el inventario de necesidades próximo a atender de conformidad con el orden de prioridades.

La **Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P.** (fls. 50-57, cdo. 1) señaló que no cuenta con legitimación alguna por pasiva en lo que respecta a las pretensiones dirigidas al mantenimiento o reparación de infraestructuras peatonales, como son los andenes ubicados en el sitio en controversia.

En lo que respecta a la pretensión de la parte actora, sobre la realización de trabajos de manejo y control de arborización urbana en dicha zona, manifestó que por parte de la referida E.S.P., se ha efectuado en forma continua e ininterrumpida las labores de rocería y mantenimiento de las zonas verdes públicas a su cargo -sin que se encuentre a su cargo símil tarea en zonas privadas-, a tal punto que la demanda instaurada al margen de pretender la realización de tales tareas, no efectúa ningún tipo de aseveración fáctica que relate un incumplimiento en tal sentido, ni aporta prueba alguna de que se estén vulnerando derechos por la omisión en tales tareas.

1.5. Providencia impugnada.

El *a quo* declaró la existencia de vulneración a los derechos colectivos “*al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, a la seguridad y salubridad pública y al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública [y] a la seguridad y*

prevención de desastres previsibles técnicamente” y se profirieron órdenes para su protección.

Como sustento de sus decisiones, analizó el alcance de los derechos colectivos invocados, así como la normatividad y antecedentes jurisprudenciales pertinente acerca de los andenes como parte del espacio público, para posteriormente señalar que quedaron probadas en el expediente las malas condiciones de los andenes y muros de contención que se ubican a la altura de la carrera 1D # 10 – 25 del barrio Villa Pilar, del municipio de Manizales, sin que pueda el ente territorial limitar su intervención al mero señalamiento de que el problema se encuentra identificado pero será atendido en vigencias fiscales posteriores.

En ese sentido, mencionó que no existen dudas sobre la naturaleza del bien objeto de controversia *“de uso público”*, razón por la cual con el fin de proteger los derechos invocados ordenó la realización de las obras necesarias para su intervención, otorgando el plazo de 6 meses al ente territorial para su ejecución.

Finalmente, ordenó la desvinculación de la Empresa Metropolitana de Aseo S.A. E.S.P. al advertir que no se acreditó acción u omisión a ella imputable que ponga en estado de amenaza o vulneración los derechos colectivos invocados.

1.6. Impugnación del fallo.

El **municipio de Manizales** inconforme con la decisión proferida la entidad demandada presentó recurso de apelación (fls. 109-110, cdo. 1), limitando su oposición a señalar que el tiempo otorgado para el cumplimiento del fallo, esto es, seis meses, resulta insuficiente para desarrollar los trámites administrativos (Asignación presupuestal y Contratación), así como la materialización las obras de ingeniería pertinentes. En tal sentido, solicita que se otorgue mayor tiempo para el cumplimiento del fallo.

1.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con lo expuesto en el recurso de apelación, se centra en establecer: *¿Debe modificarse el fallo objeto de apelación en pro de otorgar mayor tiempo a la entidad demandada para el cumplimiento de las órdenes impartidas?*

Para efectos de resolver el cuestionamiento planteado se realizará un análisis de la naturaleza de las acciones populares y las facultades del Juez natural para determinar las medidas necesarias para la protección de derechos colectivos, así como los fundamentos específicos del recurso de alzada.

2.2. Naturaleza, finalidad y procedencia de las acciones populares.

La acción popular fue instituida en el artículo 88 inciso 1º de la Constitución Política en los siguientes términos: *“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella...”*.

Dicho precepto constitucional fue desarrollado por la Ley 472 de 1998, disponiendo en su artículo 2º inciso 2º respecto a las acciones populares que: *“...[S]e ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”*

En tal sentido, se tiene que el medio de control aquí desplegado procede contra toda acción u omisión de las autoridades o de los particulares que vulnere o amenace transgredir los derechos e intereses colectivos (art. 9º *ibídem*), pudiéndose instaurar la respectiva demanda en el tiempo que subsista la amenaza o el peligro de tales derechos o intereses (art. 11 *ídem*), bien a iniciativa de las personas naturales o jurídicas, o de las organizaciones, entidades o autoridades a que alude el precepto 12 de la citada Ley 472/98.

Sobre los criterios para su procedencia el H. Consejo de Estado ha señalado tres aspectos necesarios que deben ser acreditados en cada asunto particular: (i) *Una acción u omisión de la parte demandada.* (ii) *Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana.* (iii) *La relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses. Dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.”*¹

Aunado a lo anterior, el artículo 4º de la Ley 472 de 1998 enlista los derechos que pueden ser objeto de amparo a través del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, frente a lo cual cabe recalcar que, si bien la parte actora no realizó en la demanda un claro señalamiento sobre ellos, el *a quo* centro el análisis a las garantías colectivas contenidas en los literales g), h) y j) de dicho canon normativo referentes a la seguridad y salubridad pública, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice lo anterior, y el acceso a los servicios públicos en condiciones de eficiencia y oportunidad; lo cual se encuentra de conformidad con los hechos y pretensiones del escrito introductor.

De otra parte, tratándose del alcance de las órdenes impartidas en una sentencia donde lo discutido es la protección de los derechos e intereses colectivos, es preciso destacar que el Consejo de Estado ha señalado²:

¹ Sección Primera, 15 de diciembre de 2016, Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00084-01(AP).

² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 16 de marzo de 2012. Radicación 88001-23-31-000-2010-00071 01. Actor: Jaime Miguel Torres Padilla.

"Es de recordarse que las órdenes emanadas del juez popular no obedecen a su capricho, sino a que con su oportuno cumplimiento se protejan los derechos colectivos que se encuentran amenazados o conculcados, siendo esta la única finalidad de esta acción constitucional, pues esta corporación ha sido clara en precisar que compete al juez popular impartir las ordenes adecuadas con el fin de proteger los derechos colectivos vulnerados.

"(...) Conviene recordar que en tratándose de acciones constitucionales como la presente, al fallador le compete proferir la orden que dentro de la razonabilidad fáctica, probatoria, constitucional y legal, resulte adecuada para proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado (art. 34 Ley 472 de 1998), lo que en modo alguno le impone la obligación invariable de proferir la propuesta por el demandante, aunque pueden resultar semejantes". (Resaltado fuera de texto)

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia T-443 de 2013³, al referirse a los poderes del juez popular, consideró:

"En efecto, se debe tener en cuenta que las acciones populares poseen una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto son un mecanismo de protección de los derechos colectivos, radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero de los que al mismo tiempo son titulares cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial.

En consecuencia, como director del proceso, el juez puede conminar, exhortar, recomendar o prevenir, a fin de evitar una eventual vulneración o poner fin a una afectación actual de los derechos colectivos que se pretenden proteger, sin que tal decisión constituya un capricho del juez constitucional.⁴Es así como, un elemento esencial de las acciones populares es el carácter oficioso con que debe actuar el juez, sus amplios poderes y con miras a la defensa de los derechos colectivos.

Así, se ha establecido⁵ que es propio del juez de acción popular quien debe amparar los derechos yendo incluso más allá de lo pedido por el actor, pues el fin último de este mecanismo no es proteger al demandante, sino resguardar a la comunidad que resulta afectada; debe recordarse que el titular de los derechos colectivos es toda la colectividad, y que tales derechos guardan una relación estrecha con otros derechos como la vida y la salud respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental. Por tal motivo el juez de la acción popular, como garante de los derechos constitucionales colectivos puede, cuando resulte necesario, proferir fallos ultra y extra petita. Por ejemplo, como ha resaltado Consejo de Estado, (...) es viable que se tengan en cuenta hechos distintos a los que aparecen en la demanda, siempre que la conducta que se persiga sea la misma que la parte actora indicó como trasgresora en la demanda. En ese

³ Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Cita de cita: Al respecto, ver: Consejo de Estado, Sección Primera, Auto de 5 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Exp: (AP) 25000-23-24-000-2003-00238-01.

⁵ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 9 de agosto de 2012. Consejero ponente (E): Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00472-01(AP).

*orden de ideas, la sentencia debe ser coherente con la conducta vulneradora imputada en el escrito de la demanda*⁶.

*En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el juez de acción popular, al declarar la vulneración de los derechos colectivos y protegerlos, puede ordenar remedios que excedan las pretensiones presentadas por el actor popular en la demanda **siempre que resulte necesario**. En este sentido, en razón a la obligación positiva en cabeza del juez de proteger los derechos colectivos, si en curso del proceso se encuentra probada una circunstancia que vulnera los derechos colectivos y que no fue alegada por el demandante, el juez **está facultado para proferir fallos ultra petita y extra petita...**". (Resaltado fuera de texto)*

En este orden de ideas, el Juez en sede popular cuenta con la facultad para impartir órdenes a fin de lograr la efectiva protección de los derechos colectivos invocados, pero bajo criterios de razonabilidad fáctica, probatoria, constitucional y legal, como se reseñó en acápite anteriores.

2.3. Caso concreto.

Ahora bien, con el fin de descender a las particularidades del objeto de apelación, resulta necesario recordar que el único punto de controversia hace referencia a la inconformidad planteada por el municipio de Manizales, sobre el tiempo otorgado para el cumplimiento a las órdenes emitidas por el *a quo*, al considerar sin mayores elucubraciones que el mismo - 6 meses- resulta insuficiente.

Sobre este asunto, resulta necesario para este Tribunal señalar que, no resulta de recibo la oposición planteada por el municipio de Manizales con respecto al lapso otorgado para el cumplimiento del fallo, pues en primer lugar no puede pretenderse la entidad demandada la modificación del fallo objeto de apelación bajo la simple y abstracta manifestación de que no es posible cumplir las órdenes emitidas en el lapso de 6 meses, sin que se efectúe ningún tipo de elucubración específica sobre este tópico, esto es, cuando menos un señalamiento de aquellos procedimientos administrativos, contractuales o ingenieriles que deben ser efectuados y que se aduce tomarían más tiempo del otorgado o un cronograma que permita establecer el término que requiere la entidad accionada para realizar dichas acciones.

Ahora bien, como se advirtió en el acápite precedente el Juez natural del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos cuenta con plenas facultades para determinar las órdenes a emitir con el fin de que se protejan las garantías colectivas que vislumbre vulneradas o amenazadas, con base en unos criterios de razonabilidad.

En esta línea de intelección, la Sala no observa que el *a quo* haya otorgado un plazo que se considere irrazonable, pues las obras ordenadas, esto es, "[L]a restauración del andén ubicado en el margen de la calzada de la Carrera 1 D No. 10-25... en una extensión de 50 metros lineales; y

⁶ Cita de cita: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Agosto 9 de 2012. Consejero ponente (E): Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 73001-23-31-000-2010- 00472-01 (A P).

la reconstrucción del muro que sirve de acceso... en longitud de 6 metros lineales”, bajo reglas de la sana crítica no se observan como obras de importante envergadura que requieran un lapso mayor, aunado a que, en el proceso se acreditó que el propio ente territorial ha manifestado que dicha intervención ha sido identificada como necesaria desde el año 2017 (v. fls. 6-7 y 15-21, cdo. 1); no observándose entonces razones para ampliar el plazo conferido por el *a quo*, para una obra que se itera lleva cerca de 3 años en el “*inventario de necesidades viales*” del ente territorial y que no encarna una dificultad excepcional en su realización. Nótese además, que la demanda fue radicada en el año es de 2018 y la sentencia de primera instancia data del 20 de mayo de 2019, es decir hace más de 14 meses, por lo que el tiempo con que ha contado la entidad accionada para atender la situación que afecta los intereses y derechos colectivos ha sido más que amplio.

En tal sentido, la Sala no observa argumentos suficientes para afirmar que el tiempo otorgado para el cumplimiento del fallo resulta insuficiente, más aún, cuando se itera, la entidad accionada limitó su oposición a la sentencia recurrida a una simple manifestación genérica en la que aduce que el tiempo otorgado es insuficiente, empero, sin señalar de forma específica cuales son los términos que requiere para los trámites administrativos pertinentes y para la ejecución material de la obra.

Así, no es desconocido para esta Colegiatura que en el marco de toda obra pública existen unos trámites contractuales que requieran el cumplimiento de unos términos, empero no puede pretenderse por la entidad demandada que la sentencia recurrida sea objeto de modificación o revocatoria parcial con sustento en una mera afirmación sobre la imposibilidad de cumplir la orden constitucional en el tiempo otorgado, la cual no ha sido soportada con ningún tipo de planteamiento o esfuerzo argumentativo o probatorio sobre los lapsos que sí considera pertinentes.

Corolario, el único motivo de inconformidad que formuló el municipio de Manizales en su recurso de apelación es su consideración sobre que el tiempo otorgado para el cumplimiento de la sentencia es insuficiente, debió cuando menos señalar los procedimientos administrativos o de ejecución de las obras que requiere emprender, así como sus tiempos -cuando menos estimados-, con el fin de que este superior pueda tener certeza sobre la insuficiencia del lapso otorgado y sobre cual sería entonces en tiempo pertinente para dar cumplimiento a la orden constitucional.

En este orden de ideas, no halla eco de prosperidad el cargo de apelación formulado por el municipio de Manizales en contra de la sentencia en consecuencia se confirmará dicha decisión.

2.4. Costas.

En el presente asunto no se impondrá condena en costas al haberse tratado un asunto de interés público como es la afectación de derechos colectivos, esto al tenor de lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del **Tribunal Contencioso Administrativo De Caldas**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 20 de mayo de 2019 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos promovió la señora **María José Marín Gómez** contra el **municipio de Manizales**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

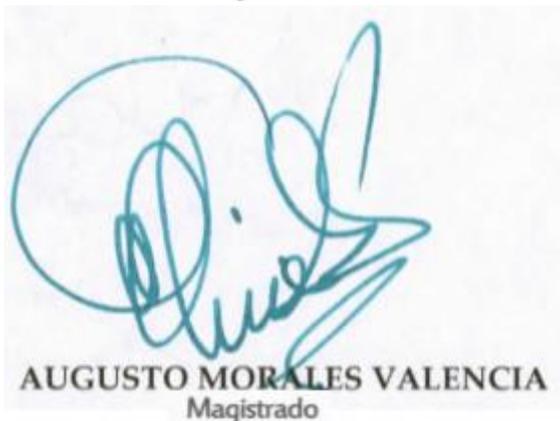
CUARTO: NOTIFÍQUESE esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 027 de 2020.

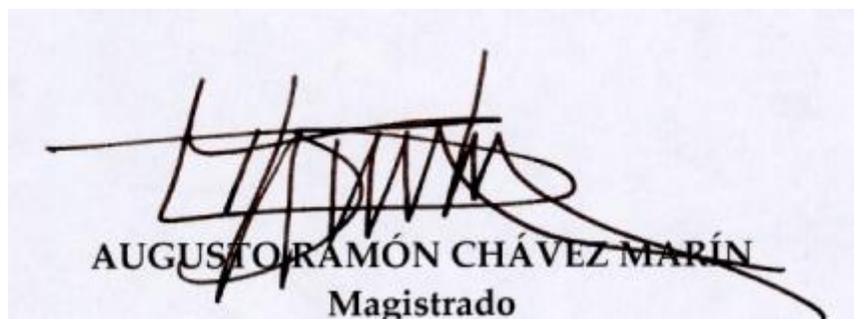
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 221

Manizales, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-33-33-002-2016-00378-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Orlando Castro Alarcón
Demandado: Universidad de Caldas

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a emitir fallo con ocasión del **recurso apelación** impetrado por la parte demandada contra de la sentencia de primera instancia proferida el 27 de febrero de 2019 por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

La parte demandante solicita en síntesis, declarar la nulidad de la resolución 0001140 del 15 de diciembre de 2014, confirmada vía recurso de reposición mediante la Resolución 146 del 11 de febrero de 2015, por medio de la cual se negó el reconocimiento de la prima técnica por evaluación del desempeño reclamada por el accionante a partir del año 2007. Igualmente, solicita la declaratoria de nulidad del Oficio F-TD-007 del 25 de agosto de 2016, *“mediante el cual la accionada se abstiene de estudiar nuevamente el caso del accionante”*.

Que en consecuencia se ordene el reconocimiento, liquidación y pago de la prima técnica por evaluación del desempeño a que tiene derecho desde el 1º de marzo de 2007 de manera sucesiva y mensual hasta cuando opere su pérdida por alguna de las causales legales y o hasta su retiro definitivo del servicio y que las sumas cuyo reconocimiento sea ordenado sean ajustadas en su valor [indexación].

1.2. SUSTENTO FÁCTICO RELEVANTE

Que la Universidad de Caldas aplicó el régimen de prima técnica en favor de los funcionarios y empleados de dicha entidad mediante el Acuerdo 078 de 1994 del Consejo Superior.

Que el accionante ha laborado al servicio de la Universidad de Caldas desde 1993, desempeñando al momento de la interposición de la demanda el cargo de Auxiliar Técnico, Código 3054, Grado 08. Que obtuvo calificación inferior al 90% para el periodo calificable comprendido entre el 1º de marzo de 2005 y 28 de febrero de 2006, razón por

la cual la entidad demandada dejó de cancelar en su favor la "*Prima técnica por evaluación de desempeño*"; dadiva que no fue reconocida nuevamente a pesar de que para todas las vigencias anuales subsiguientes el actor superó la calificación necesaria de 90%.

Que mediante petición del 9 de julio de 2014, deprecó ante la Universidad de Caldas que se efectuara el pago de la "*Prima técnica por evaluación de desempeño*" a la que considera tener derecho a partir del 1º de marzo de 2007, petición que fue negada mediante Resolución 0001140 del 15 de diciembre de 2014 y confirmada por vía de recurso de reposición a través de Resolución 14 del 11 de febrero de 2015.

Que posteriormente, el 2 de agosto de 2016 se elevó una nueva petición de restablecimiento del pago de la "*Prima técnica por evaluación de desempeño*", la cual fue despachada por la entidad demandada por medio del Oficio F-TD-007 del 25 de agosto de 2016 advirtiendo no emitir pronunciamiento de fondo al haberse resuelto tal pedimento mediante tres diferentes actos administrativos expedidos en anteriores oportunidades.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE TRASGRESIÓN.

La parte demandante invocó como normas vulneradas las siguientes: Decreto 2164 de 1991; Decreto 1724 de 1997 y el Acuerdo 078 de 1994 proferido por la Universidad de Caldas.

Arguye que la Universidad de Caldas desconoce el principio de legalidad al señalar que el actor perdió el régimen de transición que le otorgaba el derecho a devengar la "*Prima técnica por evaluación de desempeño*" por haber obtenido una calificación inferior al 90% en un periodo anual calificable, dado que el artículo 4º del Decreto 1724 de 1997 que estableció dicho régimen de transición para empleados de cargos de niveles diferentes a directivo o asesor, no estableció tal situación como una causal de pérdida de dicha transición.

Así las cosas, advierte que el actor cuenta con derecho a la recuperación del pago de la "*Prima técnica por evaluación de desempeño*" pues la causal en razón de la cual la perdió - calificación inferior a la requerida- es una causal de pérdida temporal.

1.4. PRONUNCIAMIENTO DE LOS SUJETOS PROCESALES.

La **Universidad de Caldas** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, dado que los actos administrativos demandados negaron en debida forma la prima técnica deprecada por el actor. Para sustentar su posición, recordó que la "*Prima técnica por evaluación de desempeño*" fue creada como un incentivo para mantener en el empleo público a servidores públicos con un satisfactorio desempeño de sus funciones, pero que esta, fue limitada por medio del Decreto 1724 de 1997 -subrogado por el Decreto 1336 de 2003- únicamente para funcionarios que desempeñaran cargos de nivel directivo o asesor.

Resalta que dicha disposición, mantuvo un régimen de transición para aquellos empleados que a pesar de no ostentar cargos de los referidos niveles, ya venían devengado la "*Prima técnica por evaluación de desempeño*" -artículo 4 Decreto 1724 de 1997, transición que fue clara en advertir que dicha dadiva se seguiría pagando a los

servidores de otros niveles –se itera que ya la devengaban- únicamente hasta el momento en que operara cualquiera de las causales de pérdida de la misma.

En tal sentido, advierte que el caso del demandante encaja precisamente en la referida disposición, quien a pesar de ser beneficiario de la referida transición, perdió el derecho a devengar la “*Prima técnica por evaluación de desempeño*” por haber incurrido en una de las causales para su pérdida, esto es, la obtención de una calificación inferior al 90% en el periodo calificable comprendido entre el 1º de marzo de 2005 y 28 de febrero de 2006. Finalmente, reseña sentencia del H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, del 18 de octubre de 2012 -sin más datos-, en la cual se define un asunto similar al planteado en el presente medio de control.

En línea con los argumentos previamente reseñados propuso las excepciones que denominó “*PÉRDIDA DEL DERECHO A GOZAR DE PRIMA TÉCNICA POR EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO INFERIOR AL NOVENTA POR CIENTO (90%) DE LAS CALIFICACIONES DEL SERVICIO*” e “*IMPROCEDENCIA DE LO PRETENDIDO*”.

1.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante decisión adoptada el 27 de febrero de 2019, el *a quo*, tras realizar un recuento de la normativa aplicable a la prima técnica, concluye que el accionante cuenta con derecho al reconocimiento de la “*Prima técnica por evaluación de desempeño*” que deprecia, en tanto; *(i)* es beneficiario del régimen de transición establecido por el Decreto 1724 de 1997 ya que pese a no desempeñarse como servidor público del nivel directivo o asesor, a la fecha de expedición de dicho decreto ya devengaba la referida prestación; y *(ii)* a pesar de haber perdido el derecho a devengar la “*Prima técnica por evaluación de desempeño*” por haber obtenido una calificación inferior al porcentaje requerido, esta causal de pérdida es solo temporal, por lo cual al haber cumplido los requisitos de calificación con posterioridad, este recobró el derecho a su pago.

Por lo anterior, ordenó a la demandada efectuar el reconocimiento y pago de la prima técnica causada a favor del actor entre el 10 de julio de 2011 y el 31 de enero de 2017.

1.6. RECURSO DE APELACIÓN.

La parte accionada manifestó su oposición frente al fallo bajo dos derroteros:

(i) Arguyó que la decisión adoptada por el *a quo* no analizó el argumento principal de la entidad demandada para negar el reconocimiento de la “*Prima técnica por evaluación de desempeño*” reclamada, esto es, la pérdida del régimen de transición de que gozaba el demandante pues se limitó a estudiar en forma separada el hecho de que este fuera beneficiario de la referida transición y la “*Temporalidad*” de la causal de pérdida de la prestación por calificación insuficiente, empero no estudió lo señalado en la contestación de la demanda, esto es, que tal causal en el caso del actor como beneficiario de transición le hace perder definitivamente el derecho a devengar la prima técnica.

(ii) Igualmente señaló que, el *a quo* no estudió la caducidad en el presente asunto, en tanto la “*Prima técnica por evaluación de desempeño*” no es una prestación periódica, desconociendo así, la postura jurisprudencial que ha sido adoptada por el Tribunal Administrativo de Caldas en este tipo de asuntos.

1.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

- La parte accionada mediante memorial visible a folios 5 y 6 del cuaderno No. 5, reiteró la posición planteada en el recurso de apelación, sobre la omisión de la sentencia frente a los planteamientos de defensa que fueron propuestos por la entidad.
- La parte actora con escrito obrante a folios 7 y 8 del cuaderno No. 5 manifestó su conformidad frente a la sentencia de primera instancia, destacando que la decisión recurrida efectuó un estudio completo del Decreto 1724 de 1997, considerando que la *“Prima técnica por evaluación de desempeño”* si bien se puede perder por un calificación inferior a la requerida, también puede ser recuperada si dicha causal de pérdida desaparece, esto es, si se obtienen calificaciones satisfactorias en periodos posteriores.

II. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

La Sala es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, con fundamento en lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

2.2. CUESTIÓN PREVIA

En este punto, se torna necesario advertir que, sin perjuicio de que la oportunidad para proponer las excepciones la contestación de la demanda y si aquellas son previas, deberán resolverse en la audiencia inicial, resulta necesario señalar que el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 otorga potestad al fallador para pronunciarse sobre cualquier excepción que se encuentre probada.

En tal sentido, se advierte que por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en este caso es aplicable el artículo 328 del Código General del Proceso, que prevé lo siguiente: *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.”* (Subraya la Sala).

En tal sentido, el H. Consejo de Estado en reciente pronunciamiento ha reiterado la facultad del Juez de segunda instancia para analizar la existencia de situaciones que deban declararse de oficio como las excepciones de carácter perentorio. En efecto dicha corporación advirtió¹:

“...Si bien es cierto, de conformidad con el literal 3 (sic) del artículo 175 del CPACA la oportunidad para proponer las excepciones es al momento de contestar la demanda y si aquellas son previas, deberán resolverse en la audiencia inicial, en atención a que el artículo 187² de la

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, 10 de octubre de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2013-00082-01(3808-15).

² Cita de cita: «ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella

Ley 1437 de 2011, en el inciso segundo admite que el fallador se pronuncie sobre cualquier excepción que encuentre probada, es necesario efectuar un pronunciamiento sobre el particular.

Es de resaltar además, que las excepciones de falta de jurisdicción y caducidad propuestas en el recurso de apelación no fueron debatidas en ninguna de las instancias anteriores a esta etapa procesal, dado que la contestación fue presentada de forma extemporánea, sin embargo, en atención a que el juez de segunda instancia puede declarar de oficio cualquier excepción y en virtud al deber de evitar decisiones inhibitorias, procede la Subsección a analizar los medios exceptivos propuestos..." (Subraya la Sala).

En tal sentido, procede este colegiatura a pronunciarse específicamente en lo que respecta a la caducidad de la acción impetrada, al advertirse que la misma no fue valorada por el Juez de primera instancia al momento de admitir la demanda como un presupuesto básico de la acción, ni tampoco fue objeto de pronunciamiento en la etapa de resolución de excepciones, ni en la sentencia que puso fin a la instancia, a pesar de que como se expondrá líneas adelante, la demanda fue impetrada por fuera del término con que contaba el accionante para el efecto.

2.3. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EN EL PRESENTE ASUNTO.

En este punto se debe analizar la naturaleza jurídica de la *prima técnica por evaluación del servicio*, y si esta, una vez reconocida debe entenderse como una prestación periódica.

2.3.1. NATURALEZA DE LA PRIMA TÉCNICA POR EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO.

Con el fin de realizar dicho estudio resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento del H. Consejo de Estado en el cual se hizo un recuento normativo de la *prima técnica*, tanto la llamada *por experiencia altamente calificada* y la que hoy nos ocupa, esto es, la reconocida *por evaluación del desempeño*, en dicha providencia se advirtió:

"1.2.1 Las etapas evolutivas de la prima técnica en el ámbito administrativo.- (...)

-) Establece que la prima técnica se puede adquirir por dos modalidades: a) Por títulos de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada (en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años) y b) por evaluación del desempeño. (Art. 2º DL. 1661);

-) Señala que la determinación de los empleos susceptibles de asignación de prima técnica es reglada y concreta los niveles del empleo en que se puede otorgar la prima técnica: La primera modalidad (Prima técnica por Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada) solo puede otorgarse, ahora, cuando el empleo se ejerce en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo. La segunda modalidad (Por Evaluación del desempeño) puede

se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen. En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus. Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas. Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.»

asignarse en todos los niveles. (Art. 3º-1 DL. 1661);

-) Regla la competencia y parámetros para expedir la reglamentación general interna. El Jefe del Organismo (en la administración central) y las Juntas o Consejos Directivos o Superiores (de las entidades descentralizadas), teniendo en cuenta tres parámetros (conforme a las necesidades específicas del servicio, a la política de personal que se adopte y con sujeción a la disponibilidad presupuestal), por medio de resolución motivada o de acuerdo, según el caso, determinarán los niveles, las escalas o los grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de asignación de prima técnica, teniendo en cuenta la restricción establecida en el artículo 3º del Decreto-Ley 1661 de 1991 (Prima técnica por títulos de especialización y experiencia altamente calificada únicamente en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo y prima técnica por evaluación del desempeño en todos los niveles) y los criterios con base en los cuales se otorgará la referida prima, señalados en el artículo 3º del presente decreto. (Art. 7º DR 2164);

El Ministro de Educación -para su sector en lo nacional- “concretó” los empleos según sus niveles, susceptibles de aplicación de la prima técnica (Art. 2º Res. No. 3528 /93) Y el mismo Ministerio de Educación -para su sector en lo nacional- nuevamente “concretó” los empleos susceptibles de aplicación de la prima técnica, cuando –en parte- expresó : Art. 1º Para el reconocimiento de la Prima Técnica a funcionarios administrativos del orden Nacional que laboran en Fondos Educativos Regionales, oficinas Seccionales de Escalafón, Centros Experimentales Piloto, Centros Auxiliares de Servicios Docentes y Colegios Nacionales y Nacionalizados, se tendrá en cuenta las disposiciones contenidas en la Resolución 3528 de 1993 que reglamenta la asignación de la prima técnica para funcionarios de la Planta de Personal del Ministerio de Educación Nacional”. (Res. 5737 del 12 de Julio de 1994)

-) Establece los requisitos para la titularidad de la prima técnica. Para tener derecho a la prima técnica el empleado debe desempeñar, en propiedad, el cargo susceptible de asignación de la citada prima -conforme al art. 7º- , es decir, según el nivel del empleo (directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales) y obtener un porcentaje correspondiente al noventa por ciento (90%), como mínimo, del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento (Art. 5º DR 2164).

El Ministro de Educación Nacional en su Res. No. 3528/94 precisa, entre otros, los empleos según el nivel susceptibles de aplicación de prima técnica, las condiciones y acreditaciones necesarias para el otorgamiento de la prima, la ponderación de factores y cuantía, los competentes para aplicar el criterio de evaluación, el sistema de evaluación para personal de libre nombramiento y remoción.

La reforma por el Dcto. L. No. 1724 del /97, expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad constitucional del art. 150-19-e y de la Ley 04 /92, modifica en lo pertinente el artículo 3º del Decreto 1661 de 1991 (además de otras disposiciones que no corresponden a este régimen general) y deroga las normas que le sean contrarias (art. 5º), a la vez que determina que en lo demás se aplican las normas vigentes, vale decir las del Dcto L. 1661 /91 y DR. 2164 /91 (Art. 3º). Ahora la parte modificatoria comprende:

-) Establece –al futuro- que la prima técnica solo puede asignarse por los dos criterios o modalidades existentes a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo, Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalencias en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público. Y agrega que “En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una prima técnica.” (Art. 1º)

-) *Determina condiciones para el reconocimiento, liquidación y pago de la prima técnica en cada entidad (disponibilidad presupuestal acreditada) y la certificación previa de viabilidad presupuestal. (Art. 2º)*

-) *Consagra la “continuidad” de goce o régimen de transición para quienes se les haya otorgado la prima técnica y desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el art. 1º; establece que continúan disfrutando de la prima hasta el retiro del organismo o hasta cuando se cumplan las condiciones de su pérdida conforme a las normas vigentes al momento de su otorgamiento. (art. 4º).”*

1.2.2 Los criterios para el otorgamiento, mantenimiento y pérdida de la prima técnica bajo el DL 1661 /91 y el DR. 2164 /91 y las Resoluciones pertinentes del M.E.N.

“La normatividad superior precitada determinó dos modalidades o criterios para la reglamentación y concesión de la prima técnica en el ámbito administrativo: 1ª) Por título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada; 2ª) Por evaluación del desempeño. (Art. 2º DL. 6161 /91 y

Los niveles de los empleos en que se otorga la prima técnica. *Conforme a la normatividad ya citada es la siguiente: 1ª) Por título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo. 2ª) Por evaluación del desempeño en todos los niveles. (Art. 3º DL. 1661 /91)*

La competencia para fijar los parámetros internos de la prima técnica. *Dentro de los límites del decreto ley, por resolución o acuerdo de las Juntas, Consejos Directivos o Superiores se tomarán las medidas para aplicar el régimen de prima técnica, según sus necesidades específicas y política de personal que adopten. (Art. 9º DL 1661 /91) De otra parte, el Jefe del Organismo (en la administración central) y las Juntas o Consejos Directivos o Superiores (de las entidades descentralizadas), teniendo en cuenta tres parámetros (conforme a las necesidades específicas del servicio, a la política de personal que se adopte y con sujeción a la disponibilidad presupuestal), por medio de resolución motivada o de acuerdo, según el caso, determinarán los niveles, las escalas o los grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de asignación de prima técnica, teniendo en cuenta la restricción establecida en el artículo 3º del Decreto-Ley 1661 de 1991 (Prima técnica por títulos de especialización y experiencia altamente calificada únicamente en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo y prima técnica por evaluación del desempeño en todos los niveles) y los criterios con base en los cuales se otorgará la referida prima, señalados en el artículo 3º del presente decreto. (Art. 7º DR 2164)*

Valores y límites de la prima técnica. *La cuantía será determinada por el jefe del organismo y en las descentralizadas por las Juntas o Consejos Directivos o Superiores, según el caso. (Art. 4º DL. 1661 /91 y Art. 5º in fine DR. 2164 /91); para la prima técnica por evaluación del desempeño, las mismas autoridades con base en los puntajes obtenidos en la calificación de servicios, salvo lo dispuesto en el párrafo del art. 5º del presente decreto, establecerán su monto para quienes ocupen los cargos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo. (Art. 8º inc 3º DR 2164 /91)*

Se otorga como un porcentaje de la asignación básica mensual que corresponda al empleo del funcionario a quien se asigna o reconoce, que no podrá ser superior al 50 % de la misma; su valor se reajustará en la misma proporción que varíe la asignación básica mensual del empleado teniendo en cuenta los reajustes salariales que ordene el Gobierno. (Art. 4º DL 1661 /91 y 10

DR 2164 /91). Su valor puede ser revisado, previa evaluación de los criterios con base en los cuales se otorgó o cuando cambie de empleo, pudiendo hacerse a solicitud del interesado o de oficio y los efectos fiscales surtirán a partir de la expedición del acto administrativo de revisión (Par. del Art. 10 del DR 2164 /91)

Del derecho personal a la prima técnica por evaluación del desempeño. Se determinaron expresamente los empleados que por laborar en ciertas dependencias o ejercer ciertas funciones no quedan sometidos al régimen de este capítulo (Art. 10 DL 1661 /91) Y conforme a las diversas normas se concluyó que tienen derecho a la prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos que sean susceptibles de asignación de prima técnica de acuerdo con lo establecido en el art. 7º del decreto, en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al 90%, como mínimo, del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento. Señala que la evaluación del personal que desempeña cargos en los niveles directivo, asesor y ejecutivo (salvo los jefes de sección o asimilables a estos empleos) se realizará según el sistema que adopte cada entidad. (Art. 5º DR. 2164 /91). En el campo educativo nacional se señalaron los empleos en las resoluciones citadas del Ministerio de Educación.” (Subraya la Sala)

Ahora bien, en lo que respecta a la prima técnica que reclama el demandante, el artículo 7 del Decreto 1661 de 1991, prescribe:

“Artículo 7º.- Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho de percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del presente Decreto, y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo”. (Subrayado Extra-texto).

Del anterior recuento normativo que hace el Consejo de Estado y en atención a la normativa en cita, es dable concluir que, existen dos modalidades de obtención del derecho a la prima técnica, esto es, por estudios y experiencia altamente calificada, y la segunda, por evaluación de servicios o desempeño, constituyendo únicamente la primera de aquellas factor salarial.

Ahora bien, para el caso de la prima técnica reconocida por una satisfactoria evaluación del desempeño, se requiere desempeñar uno de los cargos establecidos en la ley y obtener una evaluación superior a 90 puntos en cada año de servicios, siendo susceptible de pérdida del derecho cuando se dan una de las causales señaladas en la ley, esto es, entre otras, recibir una calificación de servicios inferior al puntaje necesario para su obtención.

De lo anterior es claro que, para la adquisición de la prima por evaluación del desempeño, es necesaria la obtención de un puntaje superior a 90 puntos en la calificación del servicio prestado por el actor en el año inmediatamente anterior, condición que bien puede variar de un año a otro; por lo que dicha evaluación se convierte en una condición necesaria para la causación de esta prima.

Sobre el significado de prestación periódica el H. Consejo de Estado ha manifestado lo

siguiente³:

“Se debe señalar que esta Corporación ha modificado el criterio original y ha asumido una interpretación más adecuada a la institución que se regula, desentrañando el verdadero sentido de las palabras “prestaciones periódicas” que definen la excepción al régimen de caducidad de la acción.

Para ello ha considerado el criterio gramatical de interpretación que resulta coincidente con los criterios lógico sistemático y teleológico: La palabra “prestación” según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es una “cosa o servicio exigido por una autoridad o convenido en un pacto; una cosa o servicio que un contratante da o promete a otro”. Tal sentido común, coincide con el sentido técnico jurídico de la palabra: la prestación según la doctrina jurídica se entiende como el objeto de toda obligación y se traduce en Dar, hacer o no hacer.

De acuerdo con lo anterior, el término “prestación” estipulado en el artículo 136 del C.C.A. tiene un concepto genérico aplicable a todas las obligaciones por constituir el objeto de todas ellas. Conviene precisar que en los asuntos contencioso administrativos-regulados por el artículo 136 del C.C.A., además de las obligaciones laborales existen otras obligaciones con origen distinto, cuyo contenido puede ser igualmente el cumplimiento de una prestación “periódica”. Por ello no resulta acertado reducir el contenido de la norma a prestaciones de orden laboral.

Cualquier calificación adicional que el intérprete pretenda asignar al concepto genérico, se traduce en una discriminación que el legislador no ha hecho y que es odiosa al verdadero sentido de la norma, en cuanto extiende erróneamente el efecto de caducidad a acciones para el reclamo o impugnación de obligaciones de la administración no contempladas en la ley.

Por ello, cuando el legislador trata las “prestaciones periódicas” está regulando todas las obligaciones que contienen una prestación periódica y que bien pueden ser “prestación social” como la pensión de jubilación, o no ser “prestación social” como el pago del salario o de una prima que tenga carácter salarial como la prima técnica.”

Según todo lo anterior, se colige que por prestaciones periódicas están comprendidos no solo las prestaciones sociales, sino además todo lo que reciba el trabajador como contraprestación de sus servicios, pero que se perciba periódicamente, esto es, cualquier rubro salarial que mientras se mantenga el vínculo laboral exista como un derecho y una obligación indefectible de pago periódico, o aquellas que una vez terminado el vínculo laboral, se reconocen como periódicas, tales como las prestaciones de la pensión de vejez o jubilación.

En tal sentido, es importante resaltar que cuando el H. Consejo de Estado señala como ejemplo de prestación periódica la prima técnica, debe entenderse referenciada únicamente la que se obtiene por estudios y experiencia altamente calificada, pues como se anotó anteriormente, la prima técnica por evaluación del desempeño se puede perder de un año a otro, y en ese caso deja de ser periódica, ya que depende de la calificación obtenida en el año anterior, situación que no se predica de la prima técnica por experiencia altamente calificada, caso en el cual una vez obtenidos estos estudios o experiencia, la misma deberá percibirse en forma periódica y permanente el trabajador pues dicho requisito no se perderá de un año al siguiente.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 4 de noviembre de 2004, Expediente No. 25001-23-25-000-1999-5833-01(5908-03).

Corolario de lo expuesto concluye la Sala que, la prima técnica obtenida por satisfactoria evaluación del desempeño no es una prestación periódica, pues su obtención debe cumplir requisitos específicos para cada vigencia anual, los cuales pueden o no ser satisfechos por el beneficiario y por tanto no existe una indefectible periodicidad de la misma.

2.3.2. LA NORMA DE TRANSICIÓN DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 1724 DE 1997

Como la reclamación de la demandante comprende períodos de tiempo ulteriores a la vigencia del Decreto 1724 del 4 de julio de 1997, que modificó el régimen de prima técnica, es del caso indicar cuál es la incidencia de dicha norma sobre los derechos alegados. Al respecto, el Consejo de Estado⁴, ha señalado:

“Sea lo primero indicar que la modalidad de prima técnica por “Evaluación de desempeño”, prevista por el literal b), del artículo 2, del Decreto 1661 de 1991, difiere de la prima técnica por estudios avanzados y experiencia altamente calificada, literal a, del artículo 2 del Decreto 1661 de 1991, en cuanto ésta última fue prevista para los niveles profesional, ejecutivo asesor o directivo, mientras que la primera se concibió para “todos los niveles”, según las voces del artículo 3 del Decreto 1661 de 1991:

*“Artículo 3. Niveles en los cuales se otorga prima técnica. Para tener derecho al disfrute de prima técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles **profesional, ejecutivo, asesor o director**. La prima técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse a **todos los niveles**.*

Parágrafo. En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una prima técnica” (Destacado por la Sala)

A su turno, el artículo 8 del Decreto 1661 de 1991 establece las causales de pérdida de dicha prima, distinguiendo nuevamente la otorgada por estudios avanzados y experiencia altamente calificada, literal a, del artículo 2, del Decreto 1661 de 1991, de la prima por “Evaluación de desempeño”, prevista por el literal b), del artículo 2, del Decreto 1661 de 1991:

“Artículo 8. Temporalidad. El retiro del funcionario o empleado de la entidad en la cual presta sus servicios implica la pérdida de la prima técnica asignada. Igualmente se perderá cuando se imponga sanción disciplinaria de suspensión.

*Parágrafo. La prima técnica en todo caso podrá ser revisada, previa evaluación de los criterios con base en los cuales fue otorgada. **Cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño se perderá porque cesan los motivos por los cuales se asignó**”. (Destacado por la Sala).*

Esta disposición permite advertir que la prima técnica puede perderse por razones extraordinarias como las indicadas en el inciso 1 del artículo 8, a saber, el retiro y la sanción disciplinaria; o bien porque revisados los criterios con base en los cuales se otorgó se advierte que no se cumplen. Por su parte, el parágrafo de la mencionada norma establece una modalidad especial para perder la prima por “Evaluación de desempeño” : que cesen los motivos por los

⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "B" Consejero Ponente: Jesus Maria Lemos Bustamante 7 de noviembre de 2002.- Radicación número: 23001-23-31-000-1999-1411-01(1510-02)

cuales se asignó. Lo cual sólo puede ser interpretado en el sentido de que la prima técnica se pierde cuando el funcionario, cuyo desempeño se evalúa periódicamente, no se ajuste a los niveles de eficiencia y eficacia (90%) exigidos por la norma reglamentaria, Decreto 2164 de 1991. Esto quiere decir que el otorgamiento de la prima técnica por "Evaluación de desempeño" no tiene vocación de permanencia, como en principio pudiera ocurrir con la prima por estudios avanzados y experiencia altamente calificada, literal a, del artículo 2, del Decreto 1661 de 1991, que sólo puede perderse por circunstancias extraordinarias, amén de que su obtención está sujeta a evaluación periódica sobre el desempeño del servidor público. Así debe ser entendida la norma pues de otro modo no hubiera sido establecida en función del desempeño, que debe ser verificado periódicamente. La circunstancia de que una o dos veces haya sido evaluado positivamente no es razón suficiente para que el funcionario la merezca por el resto de los años al servicio de la entidad. Resulta perfectamente explicable que durante determinados períodos su desempeño óptimo le haya hecho merecedor de la prima técnica, en tanto en otros, por motivos que no son del caso analizar, haya estado por debajo de las exigencias del Decreto 2164 de 1991 (90%), circunstancia que no le habría dado derecho a ella.

Esta interpretación se refuerza si se advierte que el artículo 7 del Decreto 1661 de 1991 precisa que en tanto la prima técnica por estudios y experiencia constituye factor salarial, elemento indicativo de su vocación de permanencia, la percibida por "Evaluación de desempeño" carece de dicho atributo.

Como el artículo 1 del Decreto 1274 de 1997 limitó el reconocimiento de la prima técnica a los niveles directivo, asesor o ejecutivo, la norma de transición del artículo 4 del mismo debe entenderse establecida en favor de aquellos a quienes les fue otorgada por estudios avanzados y experiencia altamente calificada que no quedaron cobijados por el nuevo régimen, esto es, los servidores públicos del nivel profesional.

"Decreto 1724 de 1997

Artículo 1. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, sólo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles **directivo, asesor o ejecutivo**, o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del poder público".

(...)

"Artículo 4. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, **que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto**, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento" (Destacado por la Sala).

En estas condiciones, los empleados a los que se refiere el artículo 4 del Decreto 1724 de 1997, se insiste, no pueden ser aquellos que, sin distinción de nivel, obtuvieron alguna vez la prima técnica por "Evaluación de desempeño", sino sólo los del nivel profesional que, habiendo obtenido previamente la referida prestación por estudios avanzados y experiencia altamente calificada, no hubieran podido seguir disfrutando de la misma de no ser por el régimen de transición previsto en el artículo 4 mencionado.

Esto quiere decir que el propósito del Decreto 1724 de 1997 fue el de mantener la figura de la prima técnica por "Evaluación de desempeño", literal b, del artículo 2 del Decreto 1661 de 1991, y por estudios avanzados y experiencia altamente calificada sólo respecto a los niveles directivo, asesor o ejecutivo y establecer **un régimen de transición con respecto a los servidores públicos del nivel profesional** que previamente hubieran obtenido la prima técnica por

estudios avanzados y experiencia altamente calificada. Si el servidor público obtuvo la prima técnica por "Evaluación de desempeño", no podría verse beneficiado por el régimen de transición, artículo 4 del Decreto 1724 de 1997, dado que mal podría una situación temporal de evaluación periódica ser merecedora de un régimen de transición, que de ordinario se establece con el fin de dar un tratamiento especial a situaciones de largo plazo que se ven afectadas por sucesiones normativas.

Se concluye entonces que, el régimen de transición no beneficia al servidor público que obtuvo la prima técnica por "Evaluación de desempeño", motivo por el cual debe negarse su derecho a la prima técnica a partir de la vigencia del Decreto 1724 de 1997, 11 de julio de 1997.

2.3.3. TÉRMINO PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

El literal d) del numeral 1 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece con respecto a la oportunidad para presentar la demanda, que:

"Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

...

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales (...)"

Así las cosas y teniendo en cuenta que los actos administrativos demandados por medio de los cuales se negó el reconocimiento de la prima técnica al actor a partir del 1º de marzo de 2007, son la Resolución 0001140 del 15 de diciembre de 2014 -notificada el 17 de diciembre de 2014- y la resolución 146 del 11 de febrero de 2015 -notificada el 25 de febrero de 2015-, según el canon normativo ya referido, el término para acudir a la jurisdicción transcurrió entre 26 de febrero y 26 de junio de 2015.

Ahora bien, cabe advertir que la demanda se presentó el 16 de noviembre de 2016 (v. fl. 1, cdo. 1), es decir más de un año después de que feneció el término para su interposición.

En este punto cabe destacar que, si bien la parte actora pretendió revivir el término de caducidad previamente referido, mediante la reiteración de su solicitud de reconocimiento de prima técnica a partir del año 2007, según petición que formuló el 03 de agosto de 2016 ante la entidad demandada, el acto proferido en virtud de dicha petitoria, esto es, el Oficio F-TD-007 de agosto 25 de 2016 -cuya nulidad igualmente se depreca, no cuenta con la virtualidad para iniciar un nuevo término habilitante para la interposición del correspondiente medio de control, pues como acertadamente lo señala el referido acto, la entidad demandada limita su contenido a señalamiento de que la petición formulada por el aquí demandante, ya había sido resuelta así:

"- Mediante resolución rectoral Nro. 00392 del 30 de marzo de 2012, notificada personalmente al señor Castro Alarcón el 10 de abril de 2012...

- Mediante resolución rectoral Nro. 0001140 del 15 de diciembre de 2014, notificada

personalmente el 17 de diciembre de 2014...

- Mediante resolución rectoral Nro. 146 del 11 de febrero de 2015, notificada la (sic) peticionario el 25 de febrero de 2015...

Teniendo en cuenta que los argumentos esgrimidos en las resoluciones que anteceden han sido que el señor Orlando Castro Alarcón, perdió el régimen de transición dispuesto en el Decreto 1724 de 1997, este Despacho se abstendrá de estudiar nuevamente el caso, toda vez que ya fue decidido de conformidad con los actos arriba citados.” (fl. 37, cdo. 1)

Resulta pertinente destacar que la anterior conclusión halla fundamento en la pacífica jurisprudencia del H. Consejo de Estado sobre el particular, reiterada en sentencia del 21 de marzo de 2019⁵, en la cual señaló:

“Ahora bien, observa la Sala que la señora HINGERIN PÉREZ DE CERA elevó continuos derechos de petición solicitando lo mismo, es decir, la reliquidación de sus prestaciones sociales, buscando de esta manera nuevos pronunciamientos por parte de la administración, hoy actos administrativos que pretenden que se declaren nulos por esta jurisdicción. Sin embargo, para esta Sala no existe duda alguna que el acto administrativo que tenía que haber demandado, en la medida que a través de él se concretó el aparente perjuicio resultado de una supuesta ilegalidad, era la Resolución No. 031 del 2 de abril de 2008 y no la Comunicación del 24 de diciembre de 2008, en la que se negó el reconocimiento y pago de la solicitud de reliquidación de unas prestaciones sociales, el acto ficto o presunto que se configuró al no resolver el recurso de reposición radicado ante la ESE el 20 de enero de 2009 y el acto ficto o presunto que se configuró al no resolver la reclamación radicada el 1o de julio de 2009 en la Gobernación de Bolívar.

De tal manera que no podría el operador judicial en el caso sub examine realizar un análisis integral, tendiente a establecer si la conducta de la administración se ajustó o no a derecho, si el acto administrativo que liquidó prestaciones definitivas no fue objeto de demanda, pues, nada haría -verbigracia- declarando la nulidad del oficio que se cuestiona en la presente demanda, si los efectos de aquél aún orbitan dentro del mundo jurídico, amparado por la presunción de legalidad, pues, fue a través de la Resolución No. 031 del 2 de abril de 2008, que supuestamente la E.S. E Hospital Montecarmelo del Carmen de Bolívar desconoció algunos factores salariales y prestaciones sociales, que entre otras cosas, no tiene el carácter periódico.

Lo que puede inferirse es que la parte actora pretendió revivir términos, por la vía de hacer peticiones reclamando el pago de prestaciones e indemnización, pues, se reitera, la acción de nulidad y restablecimiento le había caducado desde el 4 de agosto de 2008; en tal sentido la decisión de primera instancia deberá ser confirmada.” (Se resalta)

Así las cosas, en el caso bajo estudio se configuró el fenómeno de la caducidad, lo que impone revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar dar por terminado el proceso.

2.3. COSTAS.

No se impondrá condena en costas en esta instancia, en tanto el recurso de apelación no está siendo desatado en forma favorable o desfavorable a alguna de las partes, sino que se está declarando el acaecimiento de una excepción que da por terminado el asunto.

⁵ Sección Segunda, Expediente No. 13001233100020100033501 (5019-2014).

Por lo expuesto la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 27 de febrero de 2019 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso instaurado por Orlando Castro Alarcón en contra de la Universidad de Caldas, la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En su lugar,

- **DECLÁRASE** probada de oficio la excepción de “*Caducidad de la acción impetrada*”.

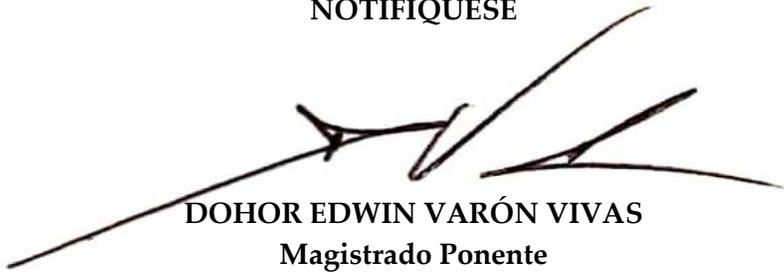
SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior dar por terminado el proceso.

TERCERO: SIN COSTAS.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 027 de 2020.

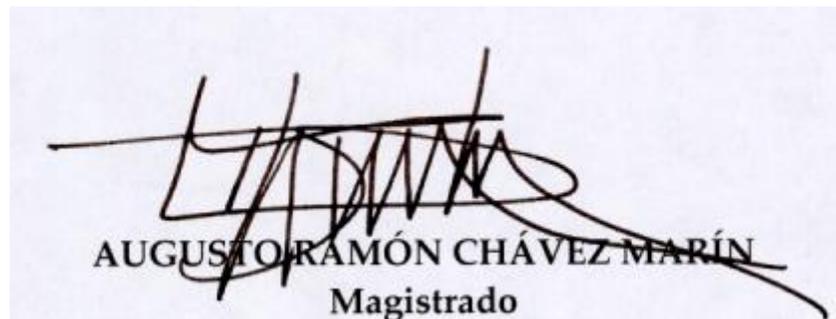
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 223

Manizales, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-33-33-001-2013-00148-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Luz Adíela Ramírez Arias
Demandado: E.P.S. Caprecom (PAR Caprecom Liquidado)
E.S.E. Hospital Santa Sofía
Llamados En Gtia: I.P.S. Diacorsas
La Previsora S.A.
Liberty Seguros S.A.
Seguros del Estado S.A.

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia emanada por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, mediante la cual se denegaron sus pretensiones.

II. ANTECEDENTES.

2.1. PRETENSIONES

Solicita la parte demandante, en síntesis, se declare administrativa y patrimonialmente responsable a las entidades demandadas por los daños ocasionados a los familiares de la señora Aracelly Arias de Ramírez con ocasión de su muerte y en consecuencia se les ordene pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los perjuicios morales (Estimados en 100 S.M.L.M.V. para cada uno.) y materiales (a título de daño emergente y estimados en \$ 1.500.000).

2.2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

Se manifiesta que la señora Aracelly Arias de Ramírez de 64 años de edad, se hallaba adscrita a la E.P.S. Caprecom como beneficiaria del régimen subsidiado en salud, para los años 2011 y 2012, época en que requirió el tratamiento de un grave problema cardíaco que padecía y que se alega conllevó a su fallecimiento el día 20 de enero de 2012.

Que la señora Arias de Ramírez fue hospitalizada a través del departamento de urgencias del Hospital Departamental Santa Sofía E.S.E. con ocasión de una grave afectación de su salud "*Embolia y trombosis arterial de miembro inferior*" derivada de los diagnósticos de "*cardiomiopatía isquémica e hipertensión arterial*".

Que tras haberse adelantado los procedimientos médicos necesarios para estabilizar a la

paciente por parte de los profesionales la E.S.E. demandada, el 02 de diciembre de 2011 se prescribió su manejo quirúrgico prioritario para el manejo de la *"enfermedad coronaria severa de tres vasos"* que le fuese detectada tras el manejo de urgencia vital efectuado, tratamiento quirúrgico prescrito que no fue efectuado en la E.S.E. demandada por no haber sido autorizado por Caprecom E.P.S., al no tener contratación vigente con dicha I.P.S.

Que tras intentar el traslado de la paciente a la I.P.S. Diacorsas el cual fue imposible por *"falta de camas"*, finalmente se dispuso su remisión a la I.P.S. Caprecom de Manizales el 21 de diciembre de 2011, entidad que no contaba con servicios de cardiología y que por ende, no podía practicar el procedimiento quirúrgico prescrito a la señora Arias de Ramírez; todo lo anterior, en atención a los lineamientos de autorización de servicios dados por la E.P.S. Caprecom quien limitó su remisión en forma exclusiva a los prestadores que tuviesen contrato con dicha E.P.S.

Que el 23 de diciembre de 2011 la señora Aracelly Arias -tras firmar formato de alta voluntaria- fue dada de alta de la I.P.S. Caprecom Manizales, a la espera de que le fuese practicado el procedimiento quirúrgico ordenado.

Que el 20 de enero de 2012 la paciente fue atendida en valoración por cirujano cardiovascular adscrito a la I.P.S. Diacorsas, quien advirtió en la historia clínica que la paciente arribó a la consulta sin la totalidad de la historia clínica y sin los resultados de los exámenes diagnósticos que le habían sido dados en la atención de urgencias, por lo que prescribió la realización de los exámenes *"Test de holder"* y *"Ecocardiograma transesofágico"*.

Se advierte por la parte demandante que, para lograr la atención médica brindada a la paciente hasta este punto, fue necesaria la interposición de dos acciones de tutela conocidas por los Juzgados 3º Laboral y Penal Especializado del Circuito de Manizales, ordenando la realización de los procedimientos prescritos por sus galenos tratantes.

Que el 31 de enero de 2012, la señora Aracelly Arias de Ramírez, encontrándose en la E.P.S. Caprecom tramitando la autorización de los exámenes que le fueron ordenados, sufrió un nuevo episodio cardiaco, siendo trasladada la I.P.S. Hospital de Caldas a donde llegó sin vida.

2.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sin expresar fundamentos normativos específicos del medio de control incoado, la parte actora arguyó que la atención brindada por parte de la E.S.E. demandada fue defectuosa toda vez que el procedimiento quirúrgico que fue prescrito a la señora Arias de Ramírez debió ser practicado allí mismo, indiferentemente de la existencia o no de contratación con Caprecom E.P.S, pues al tratarse de una urgencia vital debieron realizarse todos los procedimientos necesarios sin necesidad de que se emitiese autorización para los mismos por parte de dicha E.P.S; a lo anterior añade, que el traslado a la I.P.S. Caprecom Manizales fue una conducta profesional desatinada por parte de los profesionales de la E.S.E. Hospital Santa Sofía, pues en últimas lo que se dispuso fue su remisión a una institución que no contaba con servicios cardiovasculares, según fue certificado por la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

Igualmente, advierten los demandantes que la E.P.S. Caprecom incumplió sus funciones legales en la prestación de los servicios de salud requeridos por la accionante, no solo al no

garantizar sus efectiva prestación, sino también al trasladar toda la carga administrativa pertinente a la paciente, a quien a pesar de haberle sido prescrito un procedimiento quirúrgico con carácter de urgencia estando en hospitalización, fue dada de alta sin su realización e imponiéndole la obligación de tramitar autorizaciones ante la E.P.S. para los diferentes procedimientos necesarios para la práctica del procedimiento quirúrgico ordenado, trámites en cuya práctica fue justamente que falleció la señora Arias de Ramírez.

2.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.4.1. La E.P.S. Caprecom al paso de señalar que no le consta ninguno de los hechos de la demanda y manifestar su oposición total a las pretensiones formulada, advirtió que de acreditarse una responsabilidad patrimonial en el asunto de marras la misma estaría en cabeza de la codemandada, pues dicha institución de salud debió haber realizado el procedimiento quirúrgico requerido por la señora Aracelly Arias sin miramientos de contratación o autorización por parte de la E.P.S. a la cual se encontraba adscrita la paciente, dado que se trataba de un servicio necesario para la atención de una urgencia vital.

Igualmente, señaló que había suscrito la contratación necesaria para atender a sus afiliados frente a requerimientos médicos como el deprecado para la señora Arias de Ramírez, siendo la I.P.S. Diacorsas quien incumplió sus obligaciones contractuales en el marco del contrato celebrado con la E.P.S. demandada, al negar el ingreso de la paciente a dicha institución alegando no tener camas disponibles; argumento en el cual, además, fundamenta el llamamiento en garantía frente a dicha institución de salud.

Advirtió que en todo caso, la señora Aracelly Arias tras haber sido estabilizada y remitida a la I.P.S. Caprecom, fue quien deprecó su alta voluntaria de la institución, solicitud coadyuvada por sus familiares.

Con base en los anteriores argumentos, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“RESPONSABILIDAD DE LA E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SANTA SOFÍA POR LA NEGATIVA DE REALIZAR EL PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO DE REVASCULARIZACIÓN ORDENADO COMO URGENTE A LA PACIENTE ARACELLY ARIAS DE RAMÍREZ”, “AUSENCIA DE CULPA DE CAPRECOM E.P.S. EN EL RESULTADO, MUERTE DE LA SEÑORA ARACELLY ARIAS DE RAMÍREZ”, “CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES POR PARTE DE CAPRECOM PARA CON SUS AFILIADOS”, “INCUMPLIMIENTO DE DIACORSAS SUCURSAL INSTITUTO DEL CORAZÓN MANIZALES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DETERMINADAS EN EL CONTRATO CR-17-069-2011 Y EL OTROSÍ NO. 1”.*

2.4.2. La E.S.E. Hospital Santa Sofía señaló que la institución atendió en debida forma la situación de urgencia que se presentó con la paciente Aracelly Arias De Ramírez efectuando la prestación de servicios correspondiente para su estabilización y atención de la urgencia vital que se presentó en su momento, a pesar de no contar con ningún tipo de contratación con la E.P.S. Caprecom, dando cumplimiento a las disposiciones legales sobre su obligación de atender este tipo de contingencias, sin embargo, advierte la codemandada, que tras la atención de urgencias brindada a la paciente -por demás, satisfactoria-, era la E.P.S. Caprecom quien contaba con la obligación de prestar de manera efectiva los servicios médicos por ella requeridos con posterioridad, los cuales ya no tenían la naturaleza de atenciones de urgencias, lo cual se denota con un simple recuento de la historia clínica de la paciente, del cual resalta que aquella fue estabilizada en la E.S.E.

demandada, remitida a la I.P.S. Caprecom y salió de esta última institución por alta voluntaria, siendo claro que la atención de urgencias, itera fue satisfactoria y no incluía los procedimientos que le fueron prescritos para su tratamiento posterior.

Agrega, que la atención brindada a la paciente respetó los criterios de calidad y oportunidad en apego a la *Lex Artis* médica, lo cual, reitera se demuestra con la historia clínica de la paciente, la cual denota que los servicios prestados con ocasión del grave estado de salud en que fue recibida fueron adecuados y permitieron salvar su vida, estabilizando su estado de salud, tanto así, que su fallecimiento se produjo más de 1 mes después de haber sido atendida en la E.S.E.

Concluye señalando que la E.P.S. Caprecom actuó de forma inadecuada al no garantizar la prestación efectiva de los servicios de salud que la paciente requería con posterioridad al episodio de urgencia vital que fue atendido por la E.S.E: Hospital Santa Sofía.

En esta línea de intelección propuso los medios exceptivos que tituló *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", "INEXISTENCIA DE FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO, ACTUACIÓN AJUSTADA A LA LEX ARTIS Y A LOS PROTOCOLOS DE ATENCIÓN SEGÚN LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD AUTORIZADOS PARA LA ENTIDAD", "LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD DEMANDADA ES DE MEDIOS Y NO DE RESULTADOS", "AUSENCIA DE NEXO CAUSAL", "CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO" e "INEXISTENCIA DE PERJUICIOS"*.

2.4.3. La I.P.S. Diacorsas -llamada en garantía- tras oponerse a la prosperidad de las pretensiones del llamamiento en garantía, señaló -frente a la demanda- que no existió nexo de causalidad entre la actuación de dicha I.P.S. y el fallecimiento de la paciente, pues el único servicio prestado fue una valoración por consulta externa con especialista en cirugía vascular, en la cual se halló a la paciente asintomática y sin los resultados de exámenes necesarios para determinar la necesidad o no de hospitalización o procedimiento quirúrgico alguno; agrega a lo anterior, que no puede alegarse como que el fallecimiento de la señora Aracelly Arias de Ramírez derivó de su no aceptación en la I.P.S. Diacorsas desde la E.S.E. Hospital Santa Sofía, pues en dicha oportunidad la paciente fue comentada y no podía ser recibida por falta de camas, no pudiendo exigirse a la I.P.S. que aceptara tal remisión en una data en que la capacidad de atención se encontraba copada.

Frente al llamamiento en garantía, arguyó que no existe ningún tipo de obligación contractual que derive en la obligación de la I.P.S. Diacorsa de cancelar suma alguna en favor de Caprecom E.P.S. con ocasión de una eventual condena en su contra, pues la omisión de dicha para generar las autorizaciones de servicios requeridas por la accionante y garantizar su efectiva prestación, no guarda relación alguna con el clausulado del contrato suscrito entre Caprecom y Diacorsas, iterando, que no existió ningún tipo de atención médica defectuosa o ineficiente por parte de esta última.

Planteó excepciones de mérito rotuladas como *"INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LAS ACTUACIONES DE LA IPS DIACORSAS – SUCURSAL INSTITUTO DEL CORAZÓN MANIZALES Y EL FALLECIMIENTO DE LA SEÑORA ARACELLY ARIAS QUINTERO / CARGA DE LA PRUEBA", "RÉGIMEN DE CULPA PROBADA / AUSENCIA DE CULPA POR PARTE DEL INSTITUTO DEL CORAZÓN SUCURSAL MANIZALES / SOPORTE HISTORIA CLÍNICA", "RESPONSABILIDAD DE ASEGURAMIENTO PROPIA DE LA E.P.S. ASEGURADORA", "BUENA FE EN LA ACTUACIÓN DESPLEGADA POR EL DEMANDADO DIACORSAS", "PRESCRIPCIÓN", "INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE PAGAR SUMA ALGUNA DE DINERO A LOS DEMANDANTES O A CAPRECOM E.P.S / SUJECCIÓN AL CLAUSULADO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CR-17-069-2011" y*

“LÍMITE DE RESPONSABILIDAD A HECHOS U OMISIONES PROPIAS DE DIACORSAS”.

2.4.4. La llamada en garantía **La Previsora S.A.** tras advertir su oposición a las pretensiones de la demanda por considerar que de los propios hechos de la misma se denota la inexistencia de un contenido de fondo que permita endilgar responsabilidad a su llamante E.S.E Hospital Santa Sofía, consideró que en todo caso frente al llamamiento en garantía debe tenerse en cuenta que el mismo fue notificado irregularmente a dicha aseguradora, pues se superó el término establecido por el artículo 315 del C.P.C para el efecto -90 días desde la admisión del llamamiento- lo cual torna sin efectos jurídicos a su vinculación al proceso.

Adicionalmente, solicita que sea tenido en cuenta que el amparo otorgado a la E.S.E. Hospital Santa Sofía con la póliza base del presente llamamiento en garantía requería que el siniestro fuese notificado a la asegurada dentro del límite temporal de la póliza -1 de enero a 31 de diciembre de 2011-, requisito de amparo que fue soslayado, pues La Previsora solo fue enterada del evento con ocasión de la notificación del llamamiento en garantía -7 de noviembre de 2014-; lo anterior, aunado a que el fallecimiento de la señora Aracelly Arias de Ramírez se dio por fuera del periodo asegurado -31 de enero de 2012-.

Finalmente, solicitó que en todo caso se tengan en cuenta los límites asegurados y el porcentaje de coaseguro con el cual participa la aseguradora.

2.4.5. La llamada en garantía **Liberty Seguros S.A.** tras advertir su oposición a las pretensiones de la demanda por considerar que no existió falla u omisión alguna que pueda ser endilgada a la llamante E.S.E. Hospital Santa Sofía y a la cual pueda atribuirse la muerte de la señora Aracelly Arias de Martínez, señaló que la tasación de perjuicios efectuada por la parte actora es exagerada y desconoce los criterios legales y jurisprudenciales sobre el particular.

Con respecto al llamamiento en garantía, esgrimió que la notificación de su vinculación no se surtió dentro del término legal pertinente, agregando que no existe responsabilidad imputable al asegurado que deriven en obligaciones de la aseguradora.

Advirtió, que con respecto a la primera de las pólizas base de llamamiento *“Claims Made No. 461868”*, el periodo asegurado no había iniciado para el momento de los hechos objeto de reclamo en el presente medio de control, pues la vigencia de dicho aseguramiento inició en el mes de agosto de 2013; con respecto, a la póliza No. 305298 solicitó tener en cuenta los límites asegurados, el deducible pactado y el porcentaje de coaseguro en que participa la aseguradora Liberty Seguros S.A.

2.4.6. Finalmente, la también llamada en garantía **Seguros del Estado S.A.**, señaló que no existió responsabilidad alguna de su llamante I.P.S. Diacorsas con respecto al fallecimiento de la señora Aracelly Arias pues dicha paciente únicamente fue atendida en una consulta externa por parte de dicha I.P.S. el 20 de enero de 2012 sin que dicha atención haya tenido relación alguna con su fallecimiento.

Respecto del llamamiento en garantía resaltó que la póliza base de dicha vinculación al proceso cuenta con un amparo por acciones u omisiones que surjan en el curso de la efectiva prestación de servicios médicos, pero excluye los perjuicios que pudiesen generarse con base a negativas o retardos en la prestación del servicio.

Finalmente pidió tener en cuenta los límites asegurados y deducibles pactados en la póliza base de su vinculación.

2.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El *a quo* dispuso negar las pretensiones de la demanda. Para dar base a la decisión adoptada realizó un análisis fáctico, probatorio y jurisprudencial del caso planteado para concluir que, si bien la parte actora probó el daño entendido como la muerte de la señora Aracelly Arias de Ramírez y la existencia de una conducta irregular por parte de Caprecom E.P.S. al no garantizar la prestación de los servicios médicos que fueron requeridos por dicha paciente, no existe prueba alguna en el plenario que permita establecer cuál fue la causa de la muerte de la señora Arias de Ramírez.

Resalta el *a quo* que, no existe ningún tipo de prueba documental o técnica que permita concluir que la señora Aracelly Arias de Ramírez murió con ocasión de la enfermedad coronaria que no fue atendida oportunamente por parte de Caprecom, pues si bien los testigos dieron noticia de que aquella falleció el 31 de enero de 2012 y así consta en su registro civil de defunción, no obra historia clínica, dictamen pericial de necropsia o ningún otro tipo de prueba que denote la causa de su fallecimiento.

Finalmente advierte que, si bien algunos de los testigos señalaron que la señora Arias falleció por un "infarto", sus dichos no tienen sustento en ningún tipo de conocimiento directo sobre las circunstancias del fallecimiento, pues no presenciaron tal evento, ni tuvieron a su disposición los documentos de orden científico, técnico o legal que dieran noticia sobre este suceso.

Concluye que, a pesar de que se encuentra probado que la señora Aracelly Arias de Ramírez sufría una enfermedad coronaria o cardíaca no es posible suponer que esta fue la causa de su muerte, pues itera, ante la falta de prueba sobre tal punto, se desconoce si su muerte fue causada por dicho padecimiento o por un accidente, caída u otras tantas circunstancias posibles.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** se opuso a la sentencia al rechazar que el *a quo* despachara desfavorablemente las suplicas de la demanda, pese a haber encontrado probados los elementos de la responsabilidad en cabeza de la entidad demandada, como son el daño y el actuar omisivo en la prestación de los servicios médicos.

Con respecto al nexo de causalidad advierte que, si bien no se aportó al plenario el certificado médico de defunción o la historia clínica correspondiente a la data del fallecimiento de la señora Aracelly Arias de Ramírez, los testimonios técnicos y periciales recaudados -de los cuales efectúa citas *in extenso*- permiten concluir que el deceso de la referida paciente tuvo como causa la enfermedad vascular que padecía, pues los galenos deponentes en el proceso dejaron por sentado que aquella se encontraba en un alto riesgo de muerte por la enfermedad que padecía.

Agrega, que la sentencia recurrida desconoce la prevalencia que debe existir del derecho sustancial frente al formal, pues a pesar de aducir que se presentaron omisiones comprobadas por parte de Caprecom E.P.S., despacha desfavorablemente las pretensiones

de la demanda aduciendo una duda sobre la causa de la muerte de la señora Aracelly Arias de Ramírez, por falta de un documento que bien pudo ser obtenido en uso de las facultades oficiosas del Juez.

Finalmente, solicitó que se decrete como prueba en segunda instancia la copia de la historia clínica de la atención brindada a la señora Aracelly Arias de Ramírez el 31 de enero de 2012, en la cual se advierte su fallecimiento como *“Muerte Instantánea”*, por diagnóstico *“Cardiomiopatía Isquémica”*, documento que aporta con el escrito contentivo del recurso de alzada.

2.7. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante auto del 08 de noviembre del año 2017 fue admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, disponiéndose posteriormente el traslado para presentar alegatos de conclusión en esta instancia mediante auto del 30 de noviembre siguiente.

Hallándose el proceso a despacho para proferir sentencia de instancia, mediante auto del 09 de mayo de 2019, el Magistrado sustanciador del asunto dispuso declarar la nulidad de lo actuado desde el auto que admitió el recurso de apelación, al advertir que en dicha oportunidad procesal se omitió pronunciarse frente a la solicitud de pruebas efectuada por la parte actora.

En firme la anterior decisión, mediante proveído del 24 de mayo de 2019 tras negar la solicitud probatoria efectuada por la parte actora en segunda instancia por no ajustarse a las causales procedentes en el artículo 212 del CPACA, se resolvió decretar como prueba de oficio *“[C]opia de la historia clínica correspondiente a la atención brindada a la señora Aracelly Arias de Ramírez identificada con C.C. 25.093.962 el día 31 de enero de 2012”* oficiando para el efecto a la I.P.S Hospital de Caldas.

Recaudada la prueba decretada, a través de auto del 16 de julio de 2019 se corrió traslado a las partes de la misma por el término de tres (03) días, sin que durante dicho interregno se haya planteado oposición o tacha alguna sobre el particular.

Finalmente, mediante decisión del 25 de julio de 2019 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión en esta instancia.

2.8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

- La **parte actora** manifestó que con la prueba decretada en segunda instancia quedaron ilustradas las condiciones de tiempo, modo y lugar en que falleció la señora Arias de Ramírez quien sufrió una *“Muerte Instantánea”*, por diagnóstico de *“Cardiomiopatía Isquémica”*, lo cual concuerda con los testimonios rendidos, entre otros; por la hermana de aquella quien relató que en la I.P.S. Hospital de Caldas el 31 de enero de 2012 se indicó a sus familiares que aquella falleció por una *“fibrilación ventricular”*; y por el perito que realizó el experticio técnico decretado como prueba, quien en la audiencia de sustentación del dictamen manifestó que estimaba que la muerte de la señora Aracelly Arias se había derivado de la no realización de la cirugía de *“Anastomosis aortocoronaria”*.

Concluyó que, se desvirtuó entonces lo señalado en la sentencia recurrida, donde se indicó que la no saber si la muerte de la señora Aracelly Arias de Ramírez ocurrió como consecuencia de *“una caída, un accidente de tránsito u otra circunstancia”*

- La **E.S.E Hospital Santa Sofía** reiteró sus argumentos referentes a que la atención en salud brindada a la señora Aracelly Arias de Ramírez fue la pertinente en atención a criterios de oportunidad y calidad para atender la urgencia vital que aquella presentó en el mes de noviembre de 2011, lo cual se denota del análisis de su historia clínica y de su alta de hospitalización, pero también quedó ilustrado en mayor medida con los testimonios técnicos recaudados en el proceso y que fueron rendidos no solo por los galenos que prestaron la atención de urgencias a la paciente, sino también por los auxiliares de la justicia decretados por el Despacho. Por lo anterior, solicitó confirmar la sentencia recurrida, cuando menos en lo referente a la inexistencia de acción u omisión alguna desplegada por la E.S.E demandada y que haya derivado en el fallecimiento de la mencionada paciente.

- La llamada en garantía **Seguros del Estado S.A.**, al paso de reiterar sus planteamientos acerca de la inexistencia de responsabilidad por parte de su llamante I.P.S. Diacorsas en el marco del único servicio que le prestó a la señora Aracelly Arias de Ramírez, esto es, una consulta externa por especialista, destacó que la sentencia de primera instancia a pesar de negar las pretensiones de la demanda fue clara en advertir el irregular actuar de Caprecom E.P.S. quien de forma injustificada retrasó o demoró la práctica efectiva de los servicios médicos requeridos por aquella.

Finalmente señaló que, vale la pena analizar la conducta de la fallecida quien el 23 de diciembre de 2011, decidió -según acta de alta voluntaria- abandonar la I.P.S. Caprecom Clínica Manizales.

- La llamada en garantía **Liberty Seguros S.A.**, señaló que quedó ampliamente demostrado que no existió responsabilidad alguna de su llamante E.S.E. Hospital Santa Sofía, pues la atención brindada a la señora Aracelly Arias de Ramírez en dicha institución fue la adecuada para el manejo de la urgencia vital. Resalta que así mismo, con la prueba técnica recaudada quedó demostrado que la cirugía que fue retrasada en su práctica por parte de Caprecom E.P.S. no era parte del manejo necesario para la atención de la urgencia vital, por lo cual los profesionales de la E.S.E demandada obraron conforme a la *Lex Artis* al no efectuar dicho procedimiento en el momento de estabilizar la salud de la paciente en la atención de urgencias.

- Las demás partes e intervinientes no efectuaron pronunciamiento en la oportunidad otorgada para alegar de conclusión.

III. CONSIDERACIONES

3.1. COMPETENCIA

La Sala es competente para decidir el recurso de apelación con fundamento en lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver los siguientes cuestionamientos:

¿Se encuentran probados los elementos de la responsabilidad patrimonial respecto del fallecimiento de la señora Aracelly Arias de Ramírez?

En caso afirmativo, ¿A cuál o cuáles de las entidades accionadas resulta imputable el daño irrogado a los demandantes?

¿A qué monto ascienden los perjuicios ocasionados a los demandantes?

¿Se encuentran obligadas las llamadas en garantía a asumir la reparación integral del perjuicio o el reembolso de las sumas cuyo pago se ordene en esta providencia?

3.3. MATERIAL PROBATORIO RELEVANTE PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

Obra en el plenario el acervo probatorio que se pasa a identificar y que será base para la resolución de los problemas jurídicos planteados, así:

- Registros civiles de nacimiento de los señores Jhon Wilson Ramírez Arias (fl. 20, cdo. 1), Luz Adíela Ramírez Arias (fl. 21, cdo. 1) y de la menor Luisa Fernanda Zuluaga Ramírez (fl. 24, cdo. 1).
- Registro civil de matrimonio de los señores Jorge Wilson Zuluaga Noreña y Luz Adíela Ramírez Arias (fl. 23, cdo. 1).
- Constancia de afiliación de la señora Aracelly Arias de Ramírez a la E.P.S. Caprecom – Régimen Subsidiado (fl. 254, cdo. 1).
- Historia clínica de atención de la señora Aracelly Arias de Ramírez en la E.S.E Hospital Santa Sofía entre los días 30 de noviembre y 21 de diciembre de 2011 (fls. 265 a 595, cdos. 1.1 y 1.2) de la cual se destacan las siguientes anotaciones:

“30/11/2011...

MOTIVO DE CONSULTA: DOLOR EN MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO ENFERMEDAD ACTUAL; CUADRO QUE INICIA HACE 10 HORAS CON DOLOR INTENSO EN TERCIO MEDIO DE CARA INTERNA DE MUSLO IZQUIERDO ASOCIADO A DISMINUCION DE LA FUERZA Y DISESTESIAS POR LO QUE CONSULTA A URGENCIAS DONDE ENCUENTRAN AUSENCIA DE PULSOS DESDE POPLITEOS A PEDIDOS POR LO QUE HACEN DIAGNOSTICO DE INSUFICIENCIA ARTERIAL AGUDA TOMAN EKG PREQUIRURGICO QUE MUESTRA ELEVACION DE STEN CARA INFERIOR VALORADA POR CIRUGIA VASCULAR QUE TRASLADA URGENTE PARA EMBOLECTOMIA CON ADECUADA RECUPERACION... TRASLADAN A INTERMEDIO PARA MONITOREO...

02/12/2011...

PREVIA ASEPSIA Y ANTISEPSIA POR VÍA FEMORAL DERECHA, SE PRACTICO CATETERISMO IZQUIERDO...

CONCLUSIONES:

- 1. ENFERMEDAD CORONARIA SEVERA DE 3 VASOS**
- 2. FUNCION VENTRICULAR IZQUIERDA COMPROMETIDA**
- 3. INSUFICIENCIA MITRAL GRADO II...**

RECOMENDACIONES:

MANEJO QUIRURGICO.

11:47:59... *PACIENTE CON DIAGNOSTICO DE ENFERMEDAD ARTERIAL CORONARIA SEVERA DE TRES VASOS. IAM EN EVOLU[CION] CON ELEVACION ENZIMATICA HACE 6 DÍAS. EPISODIO EMBOLICO A MIEMBRO INFERIOR QUE YA FUE TRATADO DE MANERA EXITOSA EN CIRUGÍA. ANOCHE DOLOR PRECORDIAL, SE REALIZO AHORA ANGIOGRAFIA CORONARIA QUE MUESTRA LESIÓN ARTERIAL CORONARIA DE MANEJO QUIRÚRGICO. SE EXPLICA LA SITUACION A LA PACIENTE Y SU FAMILIA, SE RECOMIENDA MANEJO QUIRÚRGICO PRIORITARIO. (Cita textual)*

Posteriores anotaciones hasta 21 de diciembre de 2011, en las que se advierte la no autorización de otros procedimientos quirúrgicos por parte de Caprecom E.P.S y la orientación administrativa de remitir a I.P.S. Diacorsas, entidad que cuenta con contrato con dicha E.P.S.

Finalmente, el 21 de diciembre se efectúa remisión a I.P.S. Clínica Caprecom Manizales.

- Epicrisis de la atención brindada en la I.P.S. Clínica Caprecom Manizales (fls. 27-28, cdo. 1) en la que se denota suscripción de formato de alta voluntaria por parte de la paciente y familiares. Se advierten, buenas condiciones clínicas aparentes y signos vitales estables, sin dolor torácico.
- Historia clínica de atención de la señora Aracelly Arias de Ramírez en la I.P.S Diacorsas (fls. 31-39, cdo. 1), consulta externa por especialista efectuada el 20 de enero de 2012, en la que se refieren buenas condiciones generales, estado asintomático, prescripción de exámenes para control posterior con resultados.
- Registro civil de defunción de la señora Aracelly Arias (fl. 19, cdo. 1).
- Copia de la historia clínica correspondiente a la atención brindada a la señora Aracelly Arias de Ramírez el día 31 de enero de 2012 (fl. 52-54, cdo. 9), de la cual se destacan las siguientes anotaciones:

“SEGUN RELATA LA HERMANA ESTABAN HACIENDO UNA COLA DENTRO DE LAS INSTALACIONES DE CAPRECOM Y SE CALLO (SIC)Y PERDIO EL CONOCIMIENTO, LA SUBIERON A UN TAXI Y LA TRAEN.

INGRESA EN CAMILLA SIN PULSO PUPILAS MIDRIATICAS SIN REFLEJO CORNEANO. SE PASA INMEDIATAMENTE A SALA DE CHOQUE Y SE MONITORIZA ENCONTRANDOSE EN FIBRILACION VENTRICULAR, SE INICIA REANIMACION CON MASAJE Y VENTILACION ASISTIDA... SE COMPLETAN 20 MINUTOS DE REANIMACION SIN OBTENER RESPUESTA... PACIENTE FALLECE.

DIAGNÓSTICOS.

R960 MUERTE INSTANTANEA

OBSERVACIONES.

I255 *CARDIOMIOPATIA ISQUEMICA” (Cita textual)*

- Fallo de tutela emitido por el Juzgado Penal Especializado de Manizales del 29 de diciembre de 2011 por medio del cual se ordenó a Caprecom E.P.S. autorizar y garantizar la efectiva realización del procedimiento “Anastomosis aortocoronaria” (fls. 120-131, cdo. 1).
- Autorización de servicios del 12 de enero de 2012 emitida por Caprecom E.P.S. para la realización del procedimiento quirúrgico prescrito a la accionante (fl. 259, cdo. 1).

- Declaración rendida por la señora Francia Elena Velásquez Rave, quien advirtió su conocimiento de que la señora Aracelly Arias estuvo internada en el Hospital Santa Sofía donde no pudo ser intervenida quirúrgicamente por falta de autorización, y que se enteró que la señora Arias sufrió “un derrame o infarto” en el momento en que estaba pidiendo una cita en Caprecom, falleciendo en ese instante. Igualmente depuso en términos generales su conocimiento sobre la dinámica familiar de los demandantes y la fallecida, antes y después de su deceso (fl. 756, cdo. 1.3).
- Declaración rendida por la señora Patricia Elena Ramírez Latorre, quien sostuvo que se enteró que la señora Aracelly Arias, cuando estaba haciendo una diligencia en la EPS para conseguir la autorización para una cirugía sufrió algo “similar a un pre infarto y falleció”. Igualmente depuso en términos generales su conocimiento sobre la dinámica familiar de los demandantes y la fallecida, antes y después de su deceso, destacándose su anotación sobre la unión familiar de aquella con los cónyuges demandantes y como estos velaban por su salud y el sostenían económicamente (fl. 756, cdo. 1.3).
- Declaración rendida por el galeno Roberto Carlos Fominaya Pardo, quien se desempeñaba como cirujano vascular de la E.S.E. Hospital Santa Sofía en el mes de noviembre de 2011, cuando brindó atención de urgencias a la señora Aracelly Arias por presentar un cuadro de isquemia crítica en un miembro inferior, por lo que relata que se ordenó la práctica de cirugía; que durante su estadía en urgencias la paciente muestra síntomas de un infarto agudo de miocardio por lo que la intervención quirúrgica denominada embolectomía se hizo bajo anestesia local de forma satisfactoria, mostrando mejoría en su recuperación, siendo dada de alta por ésta especialidad, para seguir siendo manejada por otros profesionales de la medicina.

Puntualizó que, al momento de la primera atención, la enferma detectó que la extremidad afectada estaba completamente privada de flujo sanguíneo por lo que había riesgo de gangrena y pérdida total del miembro, por lo que de no haberse realizado la embolectomía -por la cual se destapan las arterias obstruidas- el resultado hubiere sido la amputación de la pierna o en el peor de los casos la muerte, toda vez que por la ocurrencia del infarto se crearon los coágulos. Finalmente, a la paciente, también se le realizó un cateterismo como una urgencia vital, el cual permitió diagnosticar una enfermedad coronaria. Por lo señalado asevera que la atención inicial fue oportuna, idónea y adecuada.

- Dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Luis Hernando Arboleda Naranjo (fls. 1-17, cdo. 3) del cual se destaca:

“...[La paciente presentó diagnóstico de] Insuficiencia arterial aguda de miembro inferior izquierdo por émbolo femoral, e infarto del Miocardio... La paciente llegó en una condición clínica inestable, y con el transcurrir de los días fue mejorando hasta quedar en una condición estable. Si bien mejoró del cuadro clínico por el cual consultó, siempre presentó alto riesgo de muerte súbita. Durante la hospitalización se tuvo la evidencia, no solo de un proceso de insuficiencia arterial aguda, sino de un infarto agudo del miocardio con elevación del segmento ST. La insuficiencia arterial aguda fue tratada con fármacos y tromboembolectomía infrapatelar de arteria femoral; y el infarto del miocardio solamente con manejo farmacológico. De acuerdo con el tiempo de evolución de la enfermedad y los hallazgos clínicos de la paciente, la opción de intervenir mediante procedimiento quirúrgico que era de elección, buscando mejorar el pronóstico de la paciente, no fue posible hacerla, pues no hubo “autorización de la EPS para hacer el procedimiento quirúrgico en

el Hospital Santa Sofía”.

...

En mi concepto el Hospital Santa Sofía, realizó un manejo adecuado desde el ingreso a la institución, aportando todos los recursos a su alcance tanto para el diagnóstico como para el manejo específico. El mismo hospital, sugirió en repetido momentos hacer el manejo quirúrgico, que además estaba a alcance, el mismo que no fue autorizado por la EPS durante la hospitalización de la paciente. El tratamiento definitivo que debió realizarse fue la derivación vascular llamada anastomosis aortocoronaria...

[L]os resultados esperados de una anastomosis aortocoronaria [son que], se incrementa el flujo sanguíneo del corazón, mejora la FEVI, se reducen o desaparecen los signos de angina, menor uso de fármacos betabloqueadores y vasodilatadores, enlentecen las complicaciones de la aterosclerosis con mejoría de la calidad y pronóstico de vida de la persona. Los buenos resultados de la anastomosis o Bypass coronario, van de la mano con el uso adecuado de fármacos prescritos, los cambios en el estilo de vida tales como alimentación saludable y práctica regular de actividad física, a partir de un programa Rehabilitación Cardíaca....

Este tipo de procedimiento debe hacerse prioritariamente, puesto que el deterioro del paciente es evidente, en la medida en que cursa con un proceso de isquemia miocárdica severa, que difícilmente va a ceder con manejo farmacológico o medidas generales. La cirugía de anastomosis aortocoronaria es de alto riesgo, no solamente por las condiciones clínicas y la edad de los pacientes que en su mayoría son personas mayores de 60 años; sino porque muchos de dichos procedimientos se hacen con circulación extracorpórea, permitiendo detener o desacelerar el trabajo del corazón por espacios cortos de tiempo, para hacerlo más manipulable al momento de suturar el vaso disecado, lo implica mayor número de complicaciones...

La cirugía de anastomosis aortocoronaria es de alto riesgo, no solamente por las condiciones clínicas y la edad de los pacientes que en su mayoría son personas mayores de 60 años; sino porque muchos de dichos procedimientos se hacen con circulación extracorpórea, permitiendo detener o desacelerar el trabajo del corazón por espacios cortos de tiempo, para hacerlo más manipulable al momento de suturar el vaso disecado, lo implica mayor número de complicaciones...

La supervivencia de los pacientes después de la cirugía y de realizar un programa completo de Rehabilitación Cardíaca, puede oscilar en un 97% a un año de la cirugía, 92% a 5 años y 81% a 10 años del procedimiento quirúrgico...”(Subrayado y negrilla de la Sala)

- Sustentación en audiencia de pruebas del dictamen pericial por parte del referido auxiliar de la justicia (fl. 829, Cdo. 1.3), quien en síntesis manifestó que la EPS incurrió en un error al no permitir la realización del procedimiento quirúrgico indicado a la paciente, es decir, la anastomosis aortocoronaria, cirugía que era prioritaria y por tanto necesaria para resolver la condición de base de la enferma.

Agregó que, el manejo hospitalario brindado en la E.S.E. Hospital Santa Sofía se ajustó a criterios médicos, siendo el adecuado para estabilizar la situación de urgencia que padeció la paciente y minimizó los riesgos de la intervención quirúrgica, pero insiste en que el error radica en la no realización de la cirugía en los días siguientes.

Sustentó que, en el Hospital Santa Sofía no se practicó una angioplastia al mismo tiempo que el cateterismo, porque tal tratamiento no era el indicado para la paciente por la gran afectación de los vasos coronarios, así que el tratamiento de elección era el *bypass*, el que era un procedimiento prioritario, no urgente tal y como quedó descrito en la historia

clínica, pero en su criterio personal hubiera realizado la cirugía en la estancia de la enferma en la E.S.E. Hospital Departamental Santa Sofía.

Concluyó que, en su real saber y entender, el fallecimiento de la señora Aracelly Arias de Ramírez obedeció a la no realización de la *anastomosis aortocoronaria*, pues las condiciones de salud tan complejas de la enferma y la falta del tratamiento adecuado conllevarían al deceso por una fibrilación auricular, ya que si se le hubiera mejorado el flujo sanguíneo no se habrían presentado los hechos catastróficos que derivaron en la muerte.”

3.4. EL DAÑO ANTIJURÍDICO.

TESIS: En línea con los hechos previamente relacionados como acreditados, esta Sala considera que en el presente asunto se configura el daño antijurídico denominado como pérdida de oportunidad, por las siguientes razones:

El daño es considerado el elemento principal sobre el cual gira la responsabilidad civil en Colombia, pues su fundamento es la reparación de aquel y el límite a la reparación es el mismo daño, pues no se puede reparar ni más ni menos de su real entidad- *Principio de Reparación Integral*.

El daño a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura¹.

El artículo 90 de la Constitución señala que “*el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables*”. Daño antijurídico que se ha entendido acorde con los parámetros de la Corte Constitucional en sentencia C -333 de 1996, como aquel que quien lo sufre “*no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.*”

Por su parte, que el daño sea cierto, equivale a decir que el mismo aparezca plenamente acreditado en el proceso, sin que sea relevante que sea actual o futuro, pues la certeza del daño alude a la realidad de su existencia por oposición al daño eventual el cual es simplemente hipotético y se basa en meras conjeturas.

Es necesario resaltar, que las pruebas obrantes en el expediente, especialmente la historia clínica, los testimonios técnicos y el dictamen pericial, dan razón inequívoca de los procedimientos que debieron ser efectuados al paciente, pero carecen de la facultad para garantizar un resultado satisfactorio, pues como justamente lo adujo el dictamen pericial previamente reseñado, la cirugía requerida por la señora Aracelly Arias de Ramírez, presentaba importantes riesgos en su realización, y por tanto, para la Sala el daño causado a los familiares de la referida paciente, debe enmarcarse dentro de la pérdida de oportunidad, al no permitir la realización del tratamiento médico prescrito, pues el resultado del tratamiento que le fue vedado se encuentra en el campo de la incertidumbre.

¹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 29 de febrero de 2012; Exp. 21536.

El H. Consejo de Estado para aquellos asuntos en que la falla en el servicio radica en no permitir al paciente el acceso a los medios necesarios para tratar sus padecimientos, ha expuesto²:

“Al respecto, esta Corporación ha señalado que la pérdida de oportunidad o pérdida de chance se configura en todos aquellos casos en los que una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento³.”

A pesar de las diversas teorías empleadas para explicar la pérdida de oportunidad, recientemente esta Subsección se ha pronunciado en el sentido de considerar que la postura que mejor se ajusta a dicho concepto es aquella que la concibe como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado...”

Los requisitos que permiten catalogar un como daño antijurídico los escenarios de pérdida de oportunidad son:⁴

“(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”⁵ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes;

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida⁶; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 29 noviembre del 2017, radicación número: 05001-23-31-000-2003-01057-01 (38725).

³ Cita de cita: Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593.

⁴ Sección Tercera. Agosto 11 de 2010. Radicación número: 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593).

⁵ Cita de cita: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 38-39.

⁶ Cita de cita: HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

...

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”⁷.

...

En conclusión... una hipótesis de pérdida de chance puede plantearse cuando haya dejado de demostrarse la causalidad física o, lo que es lo mismo, cuando no se haya acreditado que el hecho ilícito fue condición necesaria de la pérdida del beneficio esperado. Esta apreciación es de orden fáctico y se llega a ella aplicando las reglas y estándares probatorios que impone el Derecho procesal y el Derecho de la responsabilidad civil. La cuestión de la presencia o ausencia de la causalidad (y, por ende, la de la pérdida de oportunidad) se traslada así, básicamente, a la teoría general del conocimiento judicial o de la valoración de la prueba, que es la que escudriña los criterios con que apreciar la certeza de un hecho que ha podido acaecer efectivamente (hecho real) o que habría podido acaecer en otras circunstancias (hecho hipotético)”⁸.

La Sala observa acreditados los citados requisitos, según se pasa a exponer:

(i) Existencia de la oportunidad que se perdió: Se encuentra acreditado que, la señora Aracelly Arias de Ramírez perdió la oportunidad de recibir el tratamiento necesario para la enfermedad cardiovascular dado que, a pesar de que esta fue prescrita con carácter prioritario en el momento de su atención en la E.S.E. Hospital Santa Sofía -2 de diciembre de 2011-, la paciente falleció cerca de dos meses después, sin que se haya efectuado el procedimiento ordenado por su médico tratante.

Aunado a esto, se tiene que a pesar de los riesgos que implicaba la cirugía requerida por la paciente, esta si contaba con una importante posibilidad de obtener un tratamiento a su patología, pues como se reseñó en el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Luis Hernando Arboleda Naranjo (fls. 1-17, cdo. 3) tras una intervención quirúrgica satisfactoria se puede garantizar una supervivencia mayor al 80% de la mano con el tratamiento farmacológico, nutricional y terapéutico pertinente.

Corolario, la señora Aracelly Arias de Ramírez perdió la oportunidad de recibir el tratamiento adecuado para la patología que padecía y por la que finalmente falleció.

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento: Se encuentra plenamente acreditado que la señora Aracelly Arias de Ramírez falleció el 31 de enero de 2012, lo cual sin que sean necesarias mayores elucubraciones denota que aquella perdió en forma definitiva la posibilidad de tratamiento para la patología que padecía y por ende, la eventual oportunidad de recuperar su salud mediante las intervenciones médicas pertinentes.

(iii) Situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado: Como se ha referido en los puntos previamente analizados la señora Aracelly

⁷ Cita de cita: ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111.

⁸ Cita de cita: *Ibidem*, pp. 87 y 264.

Arias de Ramírez se encontraba en una situación idónea para esperar que el tratamiento médico adecuado de su enfermedad pudiese tener un resultados satisfactorio, pues se itera, como lo concluyó el dictamen pericial obrante en el cartulario, a pesar de los riesgos que implicaba el procedimiento quirúrgico las posibilidades de recuperación tras el mismo eran considerablemente altas.

En tal sentido, es claro que la paciente podía esperar válidamente que el tratamiento médico de su padecimiento arrojara resultados favorables para la recuperación de su salud, siendo esta, justamente la oportunidad que le fue vedada al no suministrar dicho tratamiento en forma adecuada.

3.5. LA IMPUTACIÓN Y EL NEXO CAUSAL.

Tesis del Tribunal: El daño antijurídico que ya fue identificado, esto es, la pérdida de oportunidad de la señora Aracelly Arias de Ramírez, para ser tratada por el padecimiento cardiovascular que padecía, tiene como génesis las actuaciones y omisiones desplegadas por la E.P.S. Caprecom, según se pasa a exponer:

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 CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

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

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico "*venite ad factum, iura novit curia*", que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales⁹.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el

⁹ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)”¹⁰.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. (...)

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos 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 –a manera de recetario- un específico título de imputación (...)”¹¹.

En el caso concreto es claro que, la señora Aracelly Arias de Ramírez obtuvo atención inicial con ocasión de su padecimiento en la E.S.E. Hospital Santa Sofía quien prestó los servicios requeridos por la accionante únicamente en atención al manejo de una urgencia vital que se presentó, sin embargo, dicha E.S.E. no contaba con contratación alguna con la E.P.S. Caprecom, razón por la cual, al superar el estado de emergencia que fue debidamente atendido por la E.S.E demandada -según lo advirtió la prueba pericial y se denota de la alta clínica de la señora Aracelly Arias-, era la E.P.S. Caprecom quien debía suministrar los medios necesarios para garantizar que su afiliada recibiera de forma efectiva los servicios de salud que le fueron prescritos para el manejo de su enfermedad.

Frente al particular, se tiene que la E.P.S. Caprecom no veló por la prestación material y efectiva del procedimiento requerido por la señora Arias de Ramírez, pues al paso de emitir una autorización de servicios para el referido procedimiento -que cabe advertir, se dio solo tras la emisión de orden de tutela en tal sentido-, no garantizó su realización.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

¹¹ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

En este punto, cabe resaltar como en criterio de galeno perito, la opción recomendable era efectuar el procedimiento quirúrgico prescrito a la señora Aracelly Arias de Ramírez, durante el tiempo que permaneció hospitalizada, sin embargo, se observa que la E.P.S. Caprecom durante este periodo no autorizó ni garantizó su prestación, ni con la institución de salud en que se encontraba hospitalizada aquella ni con otra que contara con contratación vigente con dicha E.P.S.

Se tiene entonces que la E.P.S. Caprecom en su escrito de oposición a la demanda, advierte que la E.S.E. Hospital Santa Sofía debió haber practicado el referido procedimiento quirúrgico a la paciente dentro del manejo de urgencias que le dio, sin embargo, tales argumentos de defensa fueron desvirtuados con la prueba pericial recaudada en la cual se concluyó que el procedimiento quirúrgico omitido, no hacía parte de los necesarios para el manejo de urgencias que realizó la E.S.E. demandada, por lo cual, era la E.P.S. Caprecom quien debía a través de su red de servicios garantizar este servicio posterior, pero prioritario.

Por idéntica razón, tampoco se evidencia en que forma, el hecho que la señora Aracelly Arias hubiese solicitado voluntariamente ser dada de alta de E.S.E. Hospital Santa Sofía luego de que sus condiciones de salud fueran estabilizadas, influyera en el cumplimiento del deber de la E.P.S. Caprecom de garantizar la prestación del procedimiento requerido por la señora Arias de Ramírez.

Ahora bien, con respecto a la inexistencia de elementos que permitan la imputación fáctica en cabeza de la E.P.S. Caprecom según fue concluido por el *a quo*, considera este Tribunal que la decisión recurrida despojó de toda aptitud probatoria a la prueba testimonial recaudada, imponiendo una suerte de tarifa legal, normativamente inexistente, para la acreditación de las razones del fallecimiento de la señora Aracelly Arias de Ramírez; en tal sentido, el *a quo* a pesar de que ninguna de las partes planteó controversia con respecto al hecho de que la mencionada falleció con ocasión del diagnóstico cardiovascular que padecía y de que se recaudaron múltiples testimonios que manifestaron haber sido enterados de que la fallecida sufrió un “*infarto o pre infarto*” el 31 de enero de 2012 que acabó con su vida, se limitó a concluir una inexistencia probatoria frente a este aspecto por no haberse aportado el certificado médico de defunción o historia clínica de la atención concomitante al fallecimiento de la señora Aracelly Arias Ramírez.

En todo caso, en esta instancia se decretó de manera oficiosa como prueba copia de la historia clínica correspondiente a la atención brindada a la señora Aracelly Arias de Ramírez el día 31 de enero de 2012, la cual fue expedida por la I.P.S. Hospital de Caldas y que confirma lo señalado por los testigos y que no fue discutido por modo alguno por las partes, esto es, que la señora Aracelly Arias Ramírez falleció a causa de la enfermedad coronaria que padecía, exactamente al sufrir una “*FIBRILACIÓN VENTRICULAR*” que conllevó “*MUERTE SÚBITA*” por diagnóstico de “*CARDIOMIOPATÍA ISQUÉMICA*”.

Así las cosas, en línea con la imputación fáctica que fue desarrollada en precedencia se concluye que, existe un nexo causal entre las actuaciones de la E.P.S. Caprecom (PAR Caprecom Liquidado) frente al daño antijurídico ocasionado a la parte actora, lo que impone la revocatoria de la sentencia estudiada, para en su lugar condenar la referida demandada al pago de los perjuicios generados a los demandantes, declarando no probadas las excepciones formuladas por Caprecom E.P.S, denominadas como “*RESPONSABILIDAD DE LA E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SANTA SOFÍA POR LA NEGATIVA DE*

REALIZAR EL PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO DE REVASCULARIZACIÓN ORDENADO COMO URGENTE A LA PACIENTE ARACELLY ARIAS DE RAMÍREZ”, “AUSENCIA DE CULPA DE CAPRECOM E.P.S. EN EL RESULTADO, MUERTE DE LA SEÑORA ARACELLY ARIAS DE RAMÍREZ”, “CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES POR PARTE DE CAPRECOM PARA CON SUS AFILIADOS”.

En igual sentido, al haberse demostrado la imputación fáctica del daño en cabeza de Caprecom E.P.S. y no frente a la codemanda E.S.E. Hospital Santa Sofía E.S.E., se declararán probadas la excepciones formuladas por esta última como “INEXISTENCIA DE FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO, ACTUACIÓN AJUSTADA A LA LEX ARTIS Y A LOS PROTOCOLOS DE ATENCIÓN SEGÚN LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD AUTORIZADOS PARA LA ENTIDAD”, “LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD DEMANDADA ES DE MEDIOS Y NO DE RESULTADOS”, “AUSENCIA DE NEXO CAUSAL” y “CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO”.

En consecuencia de lo anterior, procederá la Sala a analizar la existencia y cuantificación de los perjuicios alegados y finalmente, la prosperidad de las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por la E.S.P. Caprecom respecto de la I.P.S. Diacorsas, haciendo innecesario por sustracción de materia analizar los demás llamamientos en garantía formulados por la E.S.E. Hospital Santa Sofía, se itera, al no declararse responsabilidad patrimonial de esta última en el *sub lite*.

3.6. PERJUICIOS POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.

Se advierte que los hijos y nieta demandantes, acreditaron en debida forma su calidad de parientes por consanguinidad de la señora Aracelly Arias de Ramírez, esto es; (i) los señores Jhon Wilson Ramírez Arias y Luz Adíela Ramírez Arias como hijos de la referida fallecida, según se acreditó con los registros civiles de nacimiento de aquellos visibles a folios 20 y 21 del cuaderno principal; (ii) La menor de edad Luisa Fernanda Zuluaga Ramírez como nieta –hija de Luz Adíela Ramírez Arias-, según se acreditó con su registro civil de nacimiento visible a folios 24 *ibidem*.

Por su parte, respecto del señor Jorge Wilson Zuluaga Noreña se acreditó ser cónyuge de Luz Adíela Ramírez, según registro civil obrante a folio 23 *ibidem*, aunado a que adicionalmente a este grado de afinidad con la fallecida, la Sala observa que los testimonios recaudados, especialmente lo declarado por las señoras Francia Elena Velásquez Rave y Patricia Elena Ramírez Latorre (fl. 756, cdo. 1.3), denota una relación de afecto con la fallecida, al punto que era este núcleo familiar el que estaba al tanto de sus cuidados de salud y de parte del sustento económico de aquella, por lo cual la Sala lo reconocerá como tercero afectado.

Ahora bien, a efectos de realizar la liquidación de los perjuicios morales reclamados por la parte actora, se procederá bajo los criterios que han sido manejados por esta jurisdicción para asuntos en que el daño causado radica en la denominada pérdida de oportunidad.

En tal sentido, el H. Consejo de Estado ha advertido que dado que el daño que se repara en asuntos de pérdida de oportunidad en asuntos de prestación de servicios de salud no compete al resultado definitivo que se presenta en los afectados, sino como se ha dicho *in extenso* al menoscabo que representó no poder obtener el diagnóstico y el tratamiento adecuado para su manejo, resulta adecuado aplicar las tablas de tasación de perjuicios inmateriales que han sido objeto de unificación por dicha corporación, empero aplicando una reducción del 50%. En efecto la referida corporación en reciente pronunciamiento

expuso¹²:

“Como aquello que se imputa en este particular evento a la demandada no es la pérdida de la extremidad, afectada por el curso adverso a la enfermedad sin intervención de la accionada, sino la pérdida de posibilidad de salvarla, lo preciso sería atender a la proporción de dicha privación para efectos de la indemnización. Así lo precisó la Sala en reciente decisión¹³:

[L]a Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, **la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió.** Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea...

i) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.

ii) **El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-.** Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina¹⁴, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad¹⁵, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998¹⁶-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados¹⁷.

Empero, como en el caso concreto no hay evidencia científica del porcentaje de probabilidad de

¹² Sección Tercera, Subsección B, 07 de febrero de 2018, Radicación: 05001-23-31-000-2004-04779-01(40890).

¹³ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706.

¹⁴ TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

¹⁵ Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁶ “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

¹⁷ En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

salvar la extremidad del demandante de conformidad con sus particulares circunstancias, prueba que por demás resultaría de imposible obtención, se precisa acudir a la sub regla que para este tipo de eventos se estableció, en los siguientes términos:

iii) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos¹⁸, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohibirse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.

De acuerdo con lo expuesto, ante la ausencia de evidencia científica de la real probabilidad de recuperación de la extremidad afectada por gangrena, la reparación de los perjuicios se reconocerá en un 50% de aquello que correspondería a la reparación del daño final... (Subrayado y negrillas de la Sala)

En línea con lo anterior, la Sala estima que en el presente asunto no se cuenta con prueba científica que pueda dar con certeza un porcentaje sobre la probabilidad de que el procedimiento quirúrgico requerido por la señora Aracelly Arias de Ramírez, en caso de haberse efectuado, hubiese obtenido un desenlace satisfactorio, pues si bien la prueba pericial refirió -como se indicó líneas arriba- una alta posibilidad de supervivencia tras una intervención satisfactoria, esta afirmación no permite inferir que probabilidad existía, se itera, de que el desenlace de la intervención quirúrgica fuese satisfactorio, pues como lo advirtió dicha experticia “La cirugía de anastomosis aortocoronaria es de alto riesgo, no solamente por las condiciones clínicas y la edad de los pacientes que en su mayoría son personas mayores de 60 años; sino porque muchos de dichos procedimientos se hacen con circulación extracorpórea, permitiendo detener o desacelerar el trabajo del corazón por espacios cortos de tiempo, para hacerlo más manipulable al momento de suturar el vaso disecado, lo implica mayor número de complicaciones”, aunado que la naturaleza propia del campo médico denota una seria imposibilidad de garantizar el resultado.

Así las cosas, se tasarán los perjuicios causados a los accionantes en aplicación de las tablas de tasación de perjuicios inmateriales propuestas por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014¹⁹, empero aplicando una reducción del 50%, según

¹⁸ La sentencia n.º 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIGÍ-ULLASTRE, AAVV, “Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica”, *Revista Española de Medicina Legal*, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 159.

¹⁹ “...Para la reparación del daño moral, en caso de muerte, se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas. Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv).

lo expuesto en precedencia para asuntos de pérdida de oportunidad en que no exista certeza sobre el porcentaje de probabilidad de obtención del resultado esperado, la condena debe ser aplicada en dicha proporción.

Por lo tanto, se dispondrá el reconocimiento de 50 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes- S.M.L.M.V. para los señores Jhon Wilson Ramírez Arias y Luz Adíela Ramírez Arias como hijos de la fallecida; 25 S.M.L.M.V. para la menor Luisa Fernanda Zuluaga Ramírez como nieta de aquella; y 7.5 S.M.L.M.V. para el señor Jorge Wilson Zuluaga Noreña respecto de quien se itera, se acreditaron relaciones afectivas no derivadas de lazos consanguíneos o civiles.

Finalmente, en lo que respecta a los perjuicios materiales reclamados a título de daño emergente, por valor de \$1.500.000 con ocasión de los gastos sufragados para la interposición de tutelas para deprecar los servicios requeridos por la fallecida y otros gastos médicos y de desplazamiento, observa la Sala que en el expediente no obra prueba alguna que de fe de dichas erogaciones (montos, datas, conceptos), por lo que se dispondrá la negativa frente a la antedicha pretensión indemnizatoria.

3.7. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR CAPRECOM E.P.S.

Siendo lo primero advertir que, la figura del llamamiento en garantía no tiene como finalidad determinar si la parte vinculada por tal medio tiene responsabilidad frente a las pretensiones de la parte actora, sino, establecer la existencia o no de razones legales y/o contractuales que permitan al demandado exigir del llamado en garantía la reparación del daño o el reembolso de las sumas que deba asumir ante una eventual sentencia condenatoria, se destaca un yerro al plantear el litigio en la sentencia de primera instancia sobre la existencia de responsabilidad por parte de la I.P.S. Diacorsas con respecto al daño causado a la parte actora, pues el tópico a abordar frente a dicha entidad como llamada en garantía en el presente asunto, es si existe obligación legal o contractual que le imponga el reembolso o pago en favor de Caprecom E.P.S. con ocasión de la condena a imponerse.

De conformidad con lo anterior, se tiene que las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por la E.P.S. Caprecom frente a la I.P.S. Diacorsas se basan en la suscripción entre aquellas del contrato CR-17-069-2011 (fls. 183-197, cdo. 1), el cual tuvo por objeto la *“Prestación de servicios de Cardiología General... y cirugía cardiovascular de la población afiliada a Caprecom E.P.S...”*, especialmente, en el clausulado pertinente que señalo: *“El contratista responderá civilmente por sus acciones u omisiones u omisiones en la actuación contractual, la oportunidad, calidad y eficiencia de los servicios de salud en desarrollo del presente contrato.”*

Bajo este panorama, recuerda la Sala que el daño base de la condena a imponer en el presente asunto no derivó de errores o fallas en procedimientos médicos que hayan sido prestados por la I.P.S. llamada en garantía, sino que muy por el contrario el fundamento de dicho daño es la no realización del procedimiento requerido por la fallecida, y que le vedó la oportunidad de recibir tratamiento para su padecimiento, y por ende, obtener el eventual resultado de dicho tratamiento, omisión que como se advirtió previamente recaer

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

...

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio...”

sobre Caprecom E.P.S. como entidad aseguradora en salud de la señora Aracelly Arias de Ramírez para el momento de su fallecimiento quien no expidió las autorizaciones u ordenes de su competencia para que a través de su red de servicios se brindara la atención prescrita a aquella.

En tal sentido, la condena que será impuesta a Caprecom E.P.S. no guarda ningún tipo de relación con el contrato de prestación de servicios de salud CR-17-069-2011 suscrito entre dicha E.P.S. y la I.P.S. Diacorsas.

Corolario, se declarará probada la excepción de *“INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE PAGAR SUMA ALGUNA DE DINERO A LOS DEMANDANTES O A CAPRECOM E.P.S / SUJECCIÓN AL CLAUSULADO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CR-17-069-2011”* formulada por la llamada en garantía I.P.S. Diacorsas, denegando las pretensiones del llamamiento en garantía formulado en su contra.

3.9. CONDENA EN COSTAS.

En el presente asunto no se impondrá condena en costas al haberse accedido solo de manera parcial a las pretensiones de la demanda, esto al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del C.G.P. Tampoco se impondrá condena en costas respecto del llamamiento en garantía formulado por Caprecom EPS frente a la I.P.S. Diacorsas, por no aparecer acreditadas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del Juzgado Segundo Administrativo de Manizales datada 27 de abril de 2017, mediante la cual se denegaron las súplicas efectuadas en la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Jhon Wilson Ramírez Arias, Luz Adíela Ramírez Arias, Luisa Fernanda Zuluaga Ramírez y Jorge Wilson Zuluaga Noreña, contra la E.P.S. Caprecom (PAR Caprecom Liquidado) y la E.S.E. Hospital Santa Sofía.

En su lugar,

- **DECLÁRESE** administrativa y patrimonialmente responsable a la E.P.S. Caprecom por los perjuicios morales causados a la parte actora.
- En consecuencia, **CONDÉNASE** a la E.P.S. Caprecom (PAR Caprecom Liquidado) al pago de las siguientes sumas de dinero a favor de los demandantes por perjuicios morales:
 - 50 S.M.L.M.V. a favor de Jhon Wilson Ramírez Arias.
 - 50 S.M.L.M.V. a favor de Luz Adíela Ramírez Arias.
 - 25 S.M.L.M.V. a favor de Luisa Fernanda Zuluaga Ramírez.
 - 7.5 S.M.L.M.V. a favor de Jorge Wilson Zuluaga Noreña.
- **NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLÁRESE probada la excepción de *“INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE*

PAGAR SUMA ALGUNA DE DINERO A LOS DEMANDANTES O A CAPRECOM E.P.S / SUJECIÓN AL CLAUSULADO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CR-17-069-2011" formulada por la llamada en garantía I.P.S. Diacorsas, en consecuencia, **DENIÉGANSE** las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por la E.P.S. Caprecom (PAR Caprecom Liquidado) en su contra.

TERCERO: SIN COSTAS.

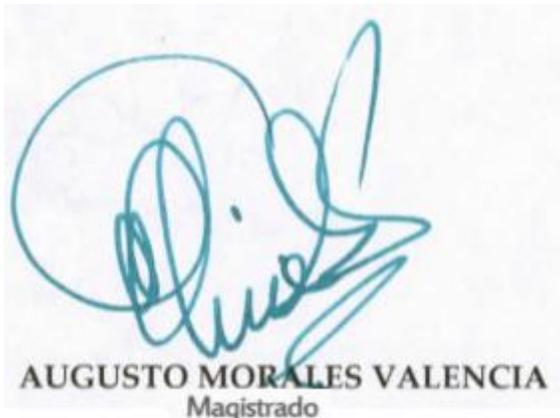
CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 027 de 2020.

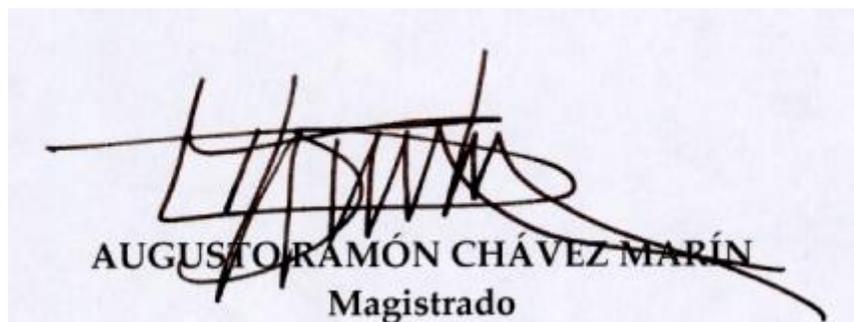
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 222

Manizales, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-33-33-001-2013-00498-03
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Alejandro Valencia López y Otros
Demandados: E.S.E. Hospital San Marcos de Chinchiná
E.P.S. Servicio Occidental de Salud
Llamados En Gtia: I.P.S. Caja de Compensación Familiar de Caldas
AXA Colpatria Seguros S.A.
Mapfre Seguros S.A.

I. ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

II. ANTECEDENTES.

2.1. PRETENSIONES

Solicita la parte demandante, en síntesis, se declare administrativa y patrimonialmente responsable a las demandadas por los daños ocasionados al menor de edad Alejandro Valencia López y a sus familiares con ocasión de la afectación funcional del segundo dedo de la mano izquierda de dicho menor de edad, causada por una indebida prestación del servicio de salud; y en consecuencia se les ordene pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los perjuicios materiales¹, morales², de alteración a las condiciones de existencia³ y el daño a la salud⁴ ocasionados.

2.2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

¹ Deprecado como el valor -no especificado- correspondiente los gastos médicos en que se haya incurrido para atender la afectación causada al menor afectado, así como los gastos posteriores por tratamientos de rehabilitación y demás alternativas para disminuir las consecuencias del daño.

² Estimados en 100 S.M.L.M.V. para el afectado directo, sus padres y hermano; y 50 S.M.L.M.V. para sus tíos.

³ *Idem at supra.*

⁴ Tasados en 200 S.M.L.M.V. para el menor Alejandro Valencia López.

Se manifiesta que el menor de edad Alejandro Valencia López sufrió un accidente el 15 de octubre de 2012, al *“atraves[ar] un vidrio con su cuerpo”* lo que le generó múltiples heridas en cuero cabelludo y manos, resaltándose una herida en cara palmar de mano izquierda, segundo dedo.

Que, por lo anterior, el menor de edad fue dirigido ante el servicio de urgencias de la E.S.E. Hospital San Marcos de Chinchiná - Caldas, donde fue atendido según historia clínica mediante *“Sutura de heridas... procedimiento bien tolerado... dosis de analgésicos... Salida con manejo ambulatorio... signos de alarma y recomendaciones...”*, sin que en dicha oportunidad se ordenara su remisión a especialista por cirugía plástica o cirugía de mano.

Que, al valorarse al menor de edad con posterioridad -07 de marzo de 2013- por parte del especialista en cirugía plástica, fue diagnosticado con *“retracción del segundo dedo de la mano izquierda con limitación para la extensión del dedo, limitación a la extensión completa”* y *“leve hipoestesia del borde cubital”*.

Que, para el manejo de los referidos diagnósticos, el menor de edad fue sometido a cirugía plástica y a múltiples fisioterapias a pesar de las cuales no ha recuperado la movilidad del segundo dedo de la mano izquierda, aunado a cuadros de dolor en dicha extremidad.

Que el núcleo familiar de Alejandro Valencia López está conformado por sus padres Andrés Valencia y Berenice López Castaño; su hermano Juan David Valencia López; y sus tíos Carlos Mario Castro Valencia y Luz Marina López Castaño.

2.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Se invocan como fundamentos normativos del medio de control, los artículos 1, 2, 4, 6, 11, 12, 13, 29, 44 y 48 de la Constitución Política; y 140, 175, 188, 192-3 de la Ley 1437 de 2011.

Se arguye que la atención brindada por parte de la E.S.E. demandada fue defectuosa toda vez que, desde el momento mismo de la atención inicial, la galena tratante debió valorar la integridad de los tendones del segundo dedo de la mano izquierda del menor de edad Valencia López, ordenando su remisión a valoración especializada por cirugía de mano o por cirugía plástica, como tratamiento adecuado para los diagnósticos de *“retracción del segundo dedo de la mano izquierda con limitación para la extensión completa”* y *“leve hipoestesia del borde cubital es consecuencia del supuesto error”*, lo cual representó una omisión y o error en el diagnóstico.

Igualmente consideró que, la E.S.E. Hospital San Marcos realizó una modificación irregular de la historia clínica de la atención brindada, pues en el documento inicial que fue suministrado se advirtió *“Sutura de heridas... procedimiento bien tolerado... dosis de analgésicos... Salida con manejo ambulatorio... signos de alarma y recomendaciones...”*, mientras que en documento impreso con posterioridad se agregó la anotación *“Observaciones*

adicionales: Por dolor no se puede evaluar adecuadamente movilidad de índice izquierdo... signos de alarma sobre limitación funcional, sangrado y disminución de sensibilidad de dedos, recomendaciones control por consulta externa en 5 días”.

Finalmente, se evocan por la parte actora diversos pronunciamientos jurisprudenciales referentes a la reparación de perjuicios morales, daño a la salud y afectación a las condiciones de existencia en asuntos de responsabilidad médica.

2.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.4.1. La E.P.S. Servicio Occidental de Salud al paso de señalar que no le consta ninguno de los hechos de la demanda y manifestar su oposición a las pretensiones formuladas, advirtió que en razón de la afiliación del menor de edad a dicha E.P.S., esta únicamente se halla obligada de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley 100 de 1993 a contratar una red de prestadores de servicios de salud para la atención oportuna de dicho usuario, lo cual se cumplió a cabalidad, pues al servicio del afiliado se tenía contratado para la fecha de ocurrencia de los hechos y fue prestado sin dilaciones o demoras injustificadas. Agregó que, la responsabilidad subjetiva o culpa probada requiere de la prueba del daño, la falla médica y su imputación, elementos que ni siquiera son objeto de mención por la parte demandante frente a la empresa Servicio Occidental de Salud S.A. E.P.S.

Advirtió que, la historia clínica permite denotar que el personal médico asistencial de la E.S.E. Hospital San Marcos, actuó bajo los principios de la *lex artis* y que no se encuentra probado el nexo de causalidad entre las afectaciones sufridas por dicho menor de edad y el actuar de la referida I.P.S., dado que las *“lesiones de los tendones flexores”* son de mal pronóstico, aun cuando sea intervenida la lesión de manera inmediata en un centro experto en estas lesiones, aunado a que no son lesiones que puedan ser intervenidas en la etapa de urgencia médica, pues el tratamiento suele ser diferido, es decir, se sutura la herida y al cabo de varias semanas, cuando haya cicatrizado correctamente la lesión, puede llevarse a cabo la reparación tendinosa, afirmaciones que sustenta con literatura científica.

Señala que en todo caso, de acreditarse una responsabilidad patrimonial la misma estaría en cabeza de la codemandada, pues dentro de la normatividad vigente en el sistema general de seguridad social en salud, no existe disposición alguna que estipule solidaridad entre la E.P.S. y la I.P.S. en caso de responsabilidad contractual o extracontractual, pues si bien el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 establece una cláusula de solidaridad, ello se refiere a la obligación de prestación efectiva del servicio, pero no a los riesgos o daños que se presentan en el marco de su prestación.

Finalmente arguye que, la parte actora deprecia una reparación de perjuicios desatinadamente tasada que desconoce los criterios establecidos por la jurisprudencia contencioso administrativa.

En línea con los argumentos reseñados propuso la excepciones que denominó

“INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD (PRUEBA DE DILIGENCIA Y CUIDADO EN LA ATENCIÓN MEDICO ASISTENCIAL POR PARTE DEL PERSONAL MÉDICO AL PACIENTE ALEJANDRO VALENCIA LÓPEZ”, “CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.”, “INEXISTENCIA DE PRUEBA DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL MÉDICA POR PARTE DEL DEMANDANTE”, “INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD” y “EXCESIVA TASACIÓN DE PERJUICIOS (ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA)”.

Finalmente, formuló los siguientes llamamientos en garantía:

- Frente a la I.P.S. Caja de Compensación Familiar de Caldas, bajó la egida de que dicha entidad fue quien prestó el servicio de atención especializada por cirugía plástica que fue brindado al menor de edad Valencia López con posterioridad a la atención inicial de urgencias, servicios que fueron prestados con cargo al contrato de prestación de servicios suscrito entre la E.P.S. Servicio Occidental de Salud y la referida I.P.S.
- Contra la AXA Colpatria S.A. en virtud de la póliza de responsabilidad civil N° 8001025995 otorgada por dicha aseguradora a la E.P.S.

2.4.2. La E.S.E. Hospital San Marcos se opuso a las pretensiones de la parte demandante, dado que la atención médica fue brindada de conformidad al protocolo en caso de accidentes como el que dio el lugar a la prestación del servicio, cuidado que se prestó de manera oportuna y atinada en lo que respecta a la valoración y posterior sutura de las heridas presentadas.

Advierte, que tal y como aparece en las anotaciones de la historia clínica los acudientes del menor de edad Alejandro Valencia López fueron advertidos de los signos de alarma ante los cuales -de presentarse en días inmediatamente posteriores- debían consultar ante los profesionales de la salud, aunado al control al que debía presentarse siete días después para la valoración posterior y el retiro de puntos, advertencias a pesar de las cuales el menor nunca asistió a consulta o controles posteriores, buscando atención médica únicamente cuando su afectación se agravó cerca de 5 meses después, tanto así que la historia clínica de dicha atención advierte que se trata de una *“Lesión Abandonada”*.

En tal sentido, propuso las excepciones tituladas como *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR”, “CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA” e “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL”*.

2.4.3. La I.P.S. Caja de Compensación Familiar de Caldas -llamada en garantía- tras oponerse a la prosperidad de las pretensiones del llamamiento en garantía y manifestar su posición a la tasación de los perjuicios reclamados por los demandantes, señaló -frente a la demanda- que no se vislumbra ninguno de los elementos determinantes de la responsabilidad y por ende ningún reproche frente al obrar de los profesionales que realizaron la atención en salud en dicha I.P.S., pues las afectaciones permanentes que el menor de edad padece, se deben a un manejo tardío de las lesiones que sufrió en su mano izquierda -atención buscada por el afectado cuando el panorama médico de su

padecimiento ya era poco favorable- y no por una inadecuada prestación del servicio de salud por parte de la llamada en garantía, incluso, agrega, tampoco a falencias en el proceso de atención de urgencias que es objeto de reproche por los demandantes.

Itera que, la afectación del menor de edad deviene de una lesión abandonada, ya que la familia no cumplió con los lineamientos emitidos para la atención, advirtiendo que en todo caso, se puede evidenciar en el material probatorio que Alejandro Valencia López recibió la mayoría de las atenciones, incluyendo la atención inicial en la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, siendo esta la entidad frente a la cual los demandantes centran sus reproches por los actos médicos realizados y no respecto de la I.P.S. Caja de Compensación Familiar de Caldas.

Así, propuso las excepciones de mérito “INEXISTENCIA DE CULPA Y POR ENDE DE RESPONSABILIDAD”, “AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD”, “ACTOS MÉDICOS ACORDES A LA LEX ARTIS”, “OBLIGACIONES DE MEDIO NO DE RESULTADO”, “CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y DE RESPONSABILIDADES DE PARTE DE CONFA”, “AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD – CAUSA EXTRAÑA”, “INEXISTENCIA DE RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD QUE SE INVOCA INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR”, “CULPA DE LA VÍCTIMA”, “HECHO DE UN TERCERO”, “INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL ERROR MÉDICO” y “OBJECCIÓN A LA CUANTÍA DE LAS PRETENSIONES”.

Finalmente, formuló llamamiento en garantía frente a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

2.4.4. La llamada en garantía **AXA Colpatria S.A.** tras advertir su oposición a las pretensiones de la demanda por considerar que de los propios hechos de la misma se denota la inexistencia de un contenido de fondo que permita endilgar responsabilidad a su llamante E.P.S. Servicio Occidental de Salud, consideró que no hay nexo de causalidad entre la actuación cumplida por la EPS demandada y el supuesto perjuicio dado que no hay prueba de la trasgresión de la *lex artis* y no hay culpa atribuible a la E.P.S demandada, aunado a que los servicios de salud que fueron prestados se tratan de obligaciones de medio y no de resultado.

Arguyó que, existe una carencia absoluta de prueba de la producción, naturaleza y cuantía del perjuicio cuyo resarcimiento se deprecia, señalando que las acciones indemnizatorias no pueden constituirse -como lo pretende la parte actora- en un provecho indebido.

Con respecto al llamamiento en garantía, consideró que al tenor literal de la póliza base de vinculación, los eventos de responsabilidad civil extracontractual no se encuentran amparados por dicho contrato de seguro, pues la modalidad base de cobertura bajo el sistema “*claims made*”, regulado por el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, aunado a que el reclamo extrajudicial efectuado a la E.P.S. llamante en garantía data con posterioridad a la terminación de la vigencia de la póliza. Finalmente, solicitó que en todo caso se tengan en cuenta los límites asegurados y el porcentaje de coaseguro con el cual participa la aseguradora.

Así las cosas, formuló las excepciones de "INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE AXA COLPATRIA SEGUROS SS", "INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA POR FUERA DE LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO DE SEGURO SUSCRITO _ PACTA SUNT SERVANDA._", "LÍMITE DE LA EVENTUAL OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA O DE REEMBOLSO A CARGO DE MI REPRESENTADA Y A FAVOR DE LA LLAMANTE EN GARANTÍA POR CUENTA DE LA PÓLIZA E RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL" y "EXCEPCIÓN DE SUJECIÓN AL DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL".

2.4.5. La llamada en garantía **Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.** tras advertir su oposición a las pretensiones de la demanda por considerar que no existió falla u omisión alguna que pueda ser endilgada a su llamante I.P.S. Caja de Compensación Familiar de Caldas y a la cual pueda atribuirse la afectación permanente sufrida por el menor de edad Valencia López, igualmente señaló que la tasación de perjuicios efectuada por la parte actora es exagerada y desconoce los criterios legales y jurisprudenciales.

Con respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía advirtió que la póliza que fundamentó su vinculación es de manejo global comercial y no aplica para este caso, empero, que de efectuarse una eventual condena a su llamante, la responsabilidad de la aseguradora debe tener en cuenta los valores agotados en la póliza para otros siniestros que afecten a la respectiva vigencia. Igualmente, arguyó que a la luz de lo previsto por los artículos 1081 y 1131 del Código de Comercio, debe declararse la prescripción derivada del contrato de seguro, por haberse efectuado la reclamación pasados más de 2 años después de los hechos base de reclamo.

Propuso las excepciones de "AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD", "LÍMITE DE RIESGO DE CONTRATO DE SEGURO CELEBRADO CON CONFAMILIARES" y "PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CONTRA MAPFRE DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO".

2.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El *a quo* negó las pretensiones expuestas en la demanda. Para dar base a la decisión realizó un análisis fáctico, probatorio y jurisprudencial del caso planteado para concluir que si bien la parte actora probó el daño entendido como el deterioro permanente de movimiento del segundo dedo de la mano izquierda del menor de edad Valencia López y la consecuente afectación que esto conllevó en sus familiares, no se demostró que dicho daño derivara del proceder de las entidades accionadas.

Resalta que, con base a lo declarado por los testigos expertos en el plenario, aunado a lo advertido en diferentes apartes de la historia clínica, se puede concluir que la pérdida o afectación del movimiento de la mano izquierda -segundo dedo-, tuvo génesis en el incumplimiento de las recomendaciones médicas que le fueron impartidas tras la atención inicial de urgencias, esto es, la asistencia al control de retiro de puntos y la necesidad de recurrir al servicio de urgencias o de consulta externa ante la presencia de los signos de alerta que fueron puestos en conocimiento.

En línea con lo anterior, resalta que se acreditó que el menor de edad Valencia López no acudió a la consulta de control que le fue prescrita en la atención inicial de urgencias -a realizarse siete días después-, buscando atención médica para la afectación de la movilidad de su mano cuando ya habían transcurrido cerca de tres meses, lapso que según se concluye con base a los dichos de los testimonios técnicos recaudados, impidió obtener un resultado médico satisfactorio.

Frente a la modificación de la historia clínica que fue alegada por la parte actora, señaló que la prueba documental sobre la que se plantea ésta discusión fue aportada por la misma parte demandante con el fin que obrara como prueba y sobre la misma nunca se propuso incidente de falsedad y/o desconocimiento de documento, lo que impone valorarla en forma íntegra.

Concluye señalando que se acreditó que la atención inicial de urgencias brindada en la E.S.E. Hospital San Marcos de Chinchiná estuvo ceñida a los criterios de la *lex artis*, pues los profesionales de la salud que rindieron testimonio coincidieron en manifestar que dicha atención fue efectuada conforme al protocolo de atención pertinente.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** se opuso a la sentencia al rechazar que el *a quo* despachara desfavorablemente las suplicas de la demanda, sin dar ningún tipo de valoración al hecho de que la historia clínica de la atención brindada en la E.S.E. Hospital San Marcos de Chinchiná haya sido modificada con posterioridad.

En tal sentido, considera que a pesar de lo señalado en la historia clínica -modificada-, es claro que al menor de edad Valencia López lo suturaron sin realizarle una adecuada atención, ya que en la cirugía le encontraron restos de vidrio, significando que no le realizaron una adecuada revisión en las heridas, no se verificó la movilidad de sus dedos, no se advirtió a sus padres sobre los signos de alarma y no se ordenó el supuesto control por consulta externa a los cinco días.

Con respecto al nexo de causalidad, advierte -con base en apartes de los testimonios médicos que cita- que en la atención inicial de urgencias se debía disponer la inmediata remisión del menor de edad al servicio de consulta especializada por cirugía plástica u ortopedia, lo cual hubiese permitido obtener un diagnóstico precoz de la lesión, celeridad que era el factor fundamental para lograr su recuperación mediante las intervenciones quirúrgicas, ortopédicas o fisioterapéuticas pertinentes.

Agrega que, la sentencia desconoce la obligación del fallador de arribar a la verdad material, la cual en el asunto de marras fue disfrazada mediante la modificación de la historia clínica que fue realizada por funcionarios de la E.S.E. demandada.

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

- La **parte actora** se limitó a la presentación de documento en el cual se transcribe en forma íntegra los argumentos del recurso de apelación presentado.
- La **E.P.S. Servicio Occidental de Salud** solicitó que se tengan en cuenta en esta instancia la totalidad de los argumentos expuestos en primera instancia, especialmente los referentes a que la atención en salud brindada fue la pertinente en atención a criterios de la *lex artis* médica, insistiendo en que los servicios de salud que le fueron brindados comportan una obligación de medios y no de resultado.

Adicionalmente, se opuso a los argumentos del escrito de apelación referentes a que las anotaciones obrantes en la historia clínica del menor comportan una falsedad o irregularidad, pues tales anotaciones fueron objeto de un importante ejercicio probatorio dirigido por el fallador de primera instancia quien efectuó un arduo interrogatorio a los funcionarios de la E.S.E Hospital San Marcos de Chinchiná con el fin de determinar la veracidad de lo allí consignado.

- Las demás partes e intervinientes no efectuaron pronunciamiento en la oportunidad otorgada para alegar de conclusión.

III. CONSIDERACIONES

3.1. COMPETENCIA

La Sala es competente para decidir el recurso de apelación con fundamento en lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se estima necesario absolver los siguientes cuestionamientos:

¿Se encuentran probados los elementos de la responsabilidad patrimonial respecto de la afectación funcional y física permanente del segundo dedo de la mano izquierda sufrida por el menor de edad Alejandro Valencia López tras la atención en salud que fue brindada por las codemandadas?

En caso afirmativo: *¿A cuál o cuáles de las entidades accionadas resulta imputable el daño irrogado a los demandantes?*

¿A qué monto ascienden los perjuicios ocasionados a los demandantes?

¿Se encuentran obligadas las llamadas en garantía a asumir la reparación integral del perjuicio o el reembolso de las sumas cuyo pago se ordene en esta providencia?

3.3. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Tesis del Tribunal: No se encuentran probados todos los elementos de la responsabilidad patrimonial, pues si bien el daño antijurídico se encuentra acreditado -advirtiendo que no se discute por las partes en esta instancia-, este no tuvo como génesis actuaciones u omisiones desplegadas por las codemandadas.

Para fundamentar lo expuesto, se analizará: i) el material probatorio relevante; ii) la configuración del daño antijurídico y iii) la imputación y el nexo causal.

3.3.1. MATERIAL PROBATORIO RELEVANTE

Obra en el plenario el acervo probatorio que se pasa a identificar y que será base para la resolución de los problemas jurídicos planteados, así:

- Registros civiles de nacimiento de los demandantes (fls. 5-9 y 469, cdos. 1 y 1A).
- Carné de afiliación del menor de edad Alejandro Valencia a la E.P.S. demandada – Régimen contributivo – Beneficiario (fl. 32, cdo. 1).
- Historias clínicas de atención del menor de edad en la E.S.E Hospital San Marcos de Chinchiná del 15 de octubre de 2012, la primera con fecha de impresión 04 de marzo de 2013 y la segunda con data de emisión del 26 de abril de 2013 (fls. 10-12, cdo. 1) de la cual se destacan las siguientes anotaciones:

Historia clínica No. 1	Historia clínica No. 2
<p><i>"Osteomuscular. SIN LIMITACIÓN, NEUROVASCULAR DISTAL CONSERVADO.</i></p> <p>...</p> <p><i>Observ. Adicionales. SE SUTURAN HERIDAS CON [S]EDA 3/0 AGUJA MEDIANA SE DA 4 Y 4 PUNTOS RESPECTIVAMENTE EN CADA HERIDA, PROCEDIMIENTO BIEN TOLERADO, SE APLICA TD IM, DOSIS DE ANALGÉSICOS, SALIDA CON MANEJO AMBULA[TORIO], SIG[NOS] DE AL[ARMA] Y RECOMENDACIONES."</i></p>	<p><i>"Osteomuscular. SIN LIMITACIÓN, NEUROVASCULAR DISTAL CONSERVADO.</i></p> <p>...</p> <p><i>Observ. Adicionales. POR DOLOR NO SE PUEDE EVALUAR ADECUADAMENTE MOVILIDAD DE ÍNDICE IZQUIERDO, SE SUTURAN HERIDAS CON SEDA 3/0 AGUJA MEDIANA, 4 PUNTOS EN CADA HERIDA DE DEDOS, PROCEDIMIENTO BIEN TOLERADO, SE APLICA TD IM, DOSIS DE ANALGÉSICOS, SALIDA CON FÓRMULA AMBULATORIA, SIGNOS DE ALARMA SOBRE LIMITACIÓN FUNCIONAL, SANGRADO Y DISMINUCIÓN DE SENSIBILIDAD DE DEDOS, RECOMENDACIONES, CONTROL POR CONSULTA EXTERNA EN 5 DÍAS"</i></p>

- Historia clínica de atención por especialista en cirugía de mano, intervención quirúrgica y controles efectuada en la I.P.S demandada, según remisión efectuada por E.S.E. codemandada el 07 de mayo de 2013 (fls. 20-26 y 325-345 cdos. 1 y 1A), de la cual se

destaca lo siguiente:

“DESCRIPCIÓN HALLAZGOS OPERATORIOS. HALLAZGOS. LESIÓN ABANDONADA TENDÓN FLEXOR 2 DEDO MANO IZQ, TANTO SUPERFICIAL Y PROFUNDO, TENDONES MUY RETRAÍDOS, HASTA POLEA A1. NO ELONGAN LO NORMAL. COLAPSO DEL SISTEMA DE POLEAS EN A4. BAJO ANESTESIA GENERAL, PREVIA ASEPSIA Y ANTISEPSIA, INFILTRACIÓN CON BUPIVACAINA SIN EPINEFRINA, INCISIONES DE BRUNER TANTO DISTAL COMO PROXIMAL, HASTA ENCONTRAR CABOS TENDINOSOS, SE REALIZA TENORRAFIA FLEXOR DEDO CON PUNTOS DE KESSLER MODIFICADO + PERI TENDINOSA, SIN TENSIÓN, TANTO DEL TENDÓN SUPERFICIAL COMO DEL PROFUNDO. SE REALIZA LIGAMENTORRAFIA DEL SISTEMA DE POLEAS, EN PROCURA DE SU RECONSTRUCCIÓN. NEUROLISIS COLATERALES, ENCONTRANDO INDEMNIDAD. REVISIÓN DE HEMOSTASIA, CIERRE DE PIEL CON PROLELE 4-0 SIN TENSIÓN, APÓSITO, FÉRULA DORSAL, VENDAJE, NO COMPLICACIONES. SANGRADO MÍNIMO. EN MANO DERECHA, SE REALIZA RESECCIÓN DE PEQUEÑA LESIÓN 2 DEDO SIN COMPLICACIONES...

NOTA DE ENFERMERÍA 8+55, INGRESA PACIENTE DE LA SALA DE CIRUGÍA PARA RECUPERACIÓN DE UN POS QUIRÚRGICO DE UNA TENORRAFIA DE M[IEMBRO] [S]UPERIOR [I]ZQUIERDO MAS RETIRO DE CUERPO EXTRAÑO EN M[IEMBRO] [S]UPERIOR [D]ERECHO...

POP 15 DÍAS TENORRAFIA FLEXOR 2 DEDO MANO IZQ, ZONA II, ABANDONADA. S/TERAPIA CON FÉRULA DE KLEINERT. EXAM FÍSICO. MANO IZQ, 2 DEDO, CICATRICES BIEN, ADECUADA ACTITUD. CONDUCTA. ANÁLISIS ADECUADA EVOLUCIÓN POP. PLAN. CONTINÚA FÉRULA DE KLEINERT POR UN MES MÁS, SIGNOS DE ALARMA, INSTRUCCIONES, CITA CONTROL EN 1 MES” Y - 07 DE MARZO DE 2013: (...) “MOTIVO DE CONSULTA. POP MES Y 20 DÍAS, TENORRAFIA FLEXORES FDP FDS 2 DEDO, AÚN CON LIMITACIÓN A LA EXTENSIÓN. EXAM FÍSICO: MANO IZQ, 2 DEDO, CICATRICES EN ADECUADO PROCESO DE MADURACIÓN, SIGNOS DE INMADUREZ A NIVEL IFP, ACTITUD DEL DEDO EN FLEXIÓN, LIMITACIÓN A LA EXTENSIÓN COMPLETA, LEVE HIPOSTESIA BORDE CUBITAL. CONDUCTA. ADECUADA EVOLUCIÓN POP, AUN CON LIMITACIÓN A LA EXTENSIÓN”.

- Declaración rendida por la médica Estefanía Murillo Piedrahita, quien brindó la atención inicial de urgencias, relatando en síntesis el caso clínico del paciente y algunos pormenores del servicio prestado (fl. 530, cdo. 1B), intervención de la cual se destaca:

“...El paciente asistió a urgencias, porque estando en una casa el paciente atravesó la puerta de vidrio cuando llegó tenía lesiones en las manos y la cara con unas escoriaciones y unas abrasiones las heridas que fueron suturadas fueron en las manos y en la cara palmar de las manos del segundo dedo de la mano derecha e izq. eso fue lo que se realizó cuando llegó a la clínica la hospital se realizó el examen físico se revisaron las heridas, se limpiaron las heridas y se realizó la evaluación de los movimientos de los dedos de las manos como siempre se hace en el servicio de urgencias lo que se hizo fue revisar los movimientos de flexión y extensión revisar las lesiones, las heridas, la profundidad de las heridas y el compromiso que tenían ya después que se vio que las heridas tenían compromiso de tejido de la piel y celular subcutáneo y que se habían conservado los movimientos de extensión y flexión de los dedos, lo que se hizo fue suturar las heridas, se le hizo el manejo que siempre se hace, la orden de salida, la orden de retiro de puntos y signos de alarma...

El protocolo es que el paciente ingresa por urgencias, la sutura la realiza el médico general se le dan

signos armas al paciente, y ante cualquier anormalidad el paciente debe consultar por el servicio de urgencias o por consulta externa pero por protocolo las heridas normal que comprometen piel y tejido celular subcutáneo que no sean heridas extensas que no tengan avulsión de tejido esas son heridas que maneja el médico general como tal el paciente debe ir al retiro de puntos y la enfermera retira los puntos vigila como está la herida, que la herida no esté abierta, no esté infectada que no haya un compromiso de la movilidad y en caso tal son las mismas enfermeras quienes derivan al servicio de urgencias o al servicio de consulta externa para hacer vigilancia si la herida no cierra bien si la sutura no pegó o si hay cualquier alteración o infección... el paciente no fue remitido a especialista porque en ese momento no había evidencia de lesión tendinosa.

¿Los signos de alarma a quien fueron transmitidos?

A los padres del menor...

¿En relación con la movilidad que signos de alarma en especial se le brindaron a los padres del menor?

Siempre se le brindan los mismos signos de alarma a los pacientes, en cuanto a la extensión y flexión de los dedos, uno primero mira que el paciente pueda mover extender y flexionar los dedos pues obviamente porque puede haber un compromiso tendinoso por las heridas sino es una cosa muy evidente porque muchas veces es algo muy evidente uno siempre les dice y les explica cómo debe mover los dedos, obviamente si el paciente tiene una lesión en la cara palmar de la mano pues el paciente va a tener una lesión en la flexión o un compromiso de la flexión, por lo tanto la flexión de los dedos va a estar limitada eso siempre se les explica, si la lesión es en la cara dorsal siempre va a haber un compromiso como tal de la extensión y el dedo va a quedar flexionado por así decirlo, va a tener compromiso para hacer una extensión correcta, eso es lo que siempre se les explica a ellos, que deben tener vigilancia siempre de la movilidad de los dedos, que los dedos siempre estén moviendo bien en cuanto a flexión y extensión...

¿Una vez realizada la sutura de la herida la movilidad del 2 dedo de la mano izquierda del menor era correcta o con ocasión de la herida no se podía apreciar?

Era dolorosa pero los movimientos estaban plenamente conservados. De hecho, en la HC dice neuromuscular conservado...

- Declaración rendida por el médico especialista Mario David Fernando Carvajal Escobar, quien brindó su observación profesional frente al análisis de la historia clínica señalando en síntesis el caso clínico del paciente y algunos pormenores del servicio prestado (fl. 543, cdo. 1B), así:

“Las lesiones de tendones flexores en niños son de un pronóstico reservado, la evolución es muy diferentes a la de un adulto cuando se opera un tendón flexor en una mano de entrada el pronóstico no es el mejor y se requiere de ciertas cosas para poder tener un adecuado resultado y en niños es difícil de tener esta serie de requerimientos para obtener un resultado óptimo... desafortunadamente el diagnostico de una lesión tendinosa en un niño no es tan sencilla como en un adulto, el niño no colabora fácilmente en el examen físico del interrogatorio, el manejo precoz, antes de 3 o 4 semanas y la rehabilitación de manejo multidisciplinario... Lo que se hace en urgencias es atender lo prioritario que es evitar que sangre más que se infecte, pero ya una tenorrafia en zona flexora de mano ya

implica que tiene que ser un quirófano...

La optimación de las posibilidades de recuperación depende de un diagnóstico precoz y después el abordaje de cómo se corta la piel... el manejo precoz es que cuando el tendón se rompe pierde vascularidad, si lo opera después de 3 o 4 semanas, no hay buen resultado en operación, toca hacer procedimientos diferentes... después de 5 meses el resultado no es el mejor...

¿7 días después de la sutura hubiese sido más fácil detectar la lesión?

...si hubiera ido a atenciones posteriores a la de urgencias, se hubiese podido detectar la lesión... La lesión abandonada es una lesión diagnosticada que no siguió los controles médicos pertinentes"

- Declaración rendida por el médico especialista Víctor Alejandro Ocampo, quien brindó la atención quirúrgica y de control, relatando en síntesis el caso clínico del paciente y algunos pormenores del servicio prestado (fl. 562, cdo. 1B), en los siguientes términos:

"Revisando la HC que reposa en la Clínica San Marcel veo efectivamente la atención realizada por mí al menor Alejandro Valencia... El análisis que hago es que presenta una lesión, el término abandonada a que hago referencia allí es por llevar más de un mes la lesión y requiere como un plan una cirugía prioritaria asumiendo que el pronóstico funcional se ve directamente involucrado por el tiempo de la atención en este tipo de lesiones específicamente en la zona 2 y solicito la cirugía tenorrafia flexor dedo más neurorrafia más ligamentorafia que es el procedimiento para la corrección de un sistema de poleas, la zona 2 tiene algo adicional que hace que el pronóstico sea más difícil..."

La nota operatoria del informe quirúrgico se realiza el 14 de enero, un mes después de la atención de la consulta externa encontrando en los hallazgos quirúrgicos una lesión abandonada insisto por tener más de un mes de evolución...

Lo veo el 07 de marzo de 2013 unos dos meses después de la cirugía... el dedo queda en signo de flexión con limitación de la extensión compleja... El ultimo control que encuentro, reposa en la HC de San Marcel el 11 de abril, llevamos 3 meses del post operatorio... persisten los límites a la extensión".

...el servicio de urgencias es una de las puertas de entrada al servicio de salud; (...) entiendo que el menor tuvo una cortada en la mano valorado en el servicio de urgencias del hospital San Marcos de Chinchiná, por la doctora, depende de los hallazgos de la gravedad de la lesión, o simplemente queda en medicina general o remite a un especialista específico de acuerdo a los hallazgos... Leyendo la atención de la doctora, llego un menor de edad con múltiples heridas en ambas manos y la cabeza, al examen físico ella evidencia que hay heridas en segundo dedo mano izquierda y quinto dedo y 2 dedo mano derecha y la de la región frontal, entiendo que al examen físico sin limitación al movimiento y neurovascular distal conservado y el procedimiento es suturar las heridas y enviar a control a los 7 días para retiro de puntos. Leyendo específicamente la HC entiendo que la doctora obra de acuerdo a los hallazgos que ella encontró no evidencio limitación al movimiento y se limitó a suturar las heridas, no enviando a especialista porque no encontró una lesión mayor...

Entiendo según veo la nota de urgencias de la doctora, no le encuentra limitación al movimiento

cuando dice osteomuscular sin limitación neurovascular conservada aparentemente en su momento el menor estaba realizando los movimientos adecuados o esperados por la lesión debe haber algún grado de dolor o limitación por la dificultad de tantas heridas en la mano, pero según leo en la nota de urgencias con la descripción de la doctora, ella no evidencio ningún grado de limitación al movimiento ni alteración de la sensibilidad... los tendones son estructuras que miden un cm aproximadamente de grosor, si uno tiene una ruptura del 90 por ciento del tendón es posible realizar flexiones o movimientos inicialmente y ya por desgaste y ya gran compromiso de la circunferencia y la fuerza normal que se ejercita en el dedo terminar de romperse completamente...

Leyendo la HC todos los pasos se hicieron de forma adecuada cuando hay varias lesiones, se hace una descripción de cada una de las lesiones tratando de evidenciar cuales fueron los daños y de acuerdo a eso definir un plan de ordenes médicas, en la descripción del examen físico la doctora en la parte de osteo muscular dice sin limitación y sin evidencia de déficit sensitivo distal, entiendo que de forma ordenada al examen físico realizo y no evidenció limitación al movimiento no sospecha lesión tendinosa porque los dedos se mueven...

Esa zona específicamente donde el menor tuvo la lesión, ya de por si la lesión es de muy mal pronóstico que otras lesiones tendinosas, cuando nosotros ya estamos en desventaja para recuperar la movilidad de una mano lesionada específicamente allí el tiempo para nosotros es valioso, en el sentido que cuando no hay el espacio ocupado del tendón dentro de ese sistema de túneles, el túnel colapsa o sea como no tiene espacio por dentro está ocupado, el simplemente se adosa al hueso y ya eso empeora el pronóstico aún mucho más la recuperación de la movención de la mano que ya de por si es un sistema complejo y perfecto. El tiempo lo tenemos determinado en 30 días, cuando es una lesión inferior a 30 días entendemos una lesión temprana susceptible de recuperar la elongación del tendón, suturarlo borde con borde y meterlo por ese sistema de túneles, cuando uno habla de una lesión abandona es que lleva más de 30 días sin tener la posibilidad o haber estado el tendón por fuera del sistema de poleas de túneles y va empeorando el pronóstico para poder recuperar el movimiento...

Una importancia muy relevante, el asistir a los controles posteriores hace parte del manejo integral y es la única posibilidad para el medico poder evaluar la evolución de la enfermedad. Primordial."

3.3.2. EL DAÑO ANTIJURÍDICO

El daño es considerado el elemento principal sobre el cual gira la responsabilidad civil en Colombia, pues su fundamento es la reparación de aquel y el límite a la reparación es el mismo daño, pues no se puede reparar ni más ni menos de su real entidad- *Principio de Reparación Integral*.

El daño, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: *i)* debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; *ii)* que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; *iii)* que sea cierto, es decir, que se

pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura⁵.

El artículo 90 de la Constitución señala que *“el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”*. Daño antijurídico que se ha entendido acorde con los parámetros de la Corte Constitucional en sentencia C -333 de 1996, como aquel que quien lo sufre *“no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.”*

Por su parte, que el daño sea cierto, equivale a decir que el mismo aparezca plenamente acreditado en el proceso, sin que sea relevante que sea actual o futuro, pues la certeza del daño alude a la realidad de su existencia por oposición al daño eventual el cual es simplemente hipotético y se basa en meras conjeturas.

Es necesario resaltar que, las pruebas obrantes en el expediente, especialmente la historia clínica, los testimonios técnicos, dan razón inequívoca de que el menor de edad Alejandro Valencia López sufre una afectación funcional del segundo dedo de su miembro superior izquierdo, sin que sea objeto de mayor discusión o debate en el plenario.

Pérdida de oportunidad: Ahora bien, según lo alega la parte actora el diagnóstico y atención de la lesión no fue óptimo, dado que no se dispuso su remisión inmediata ante medicina especializada, privando así al paciente de la posibilidad de obtener una atención quirúrgica, ortopédica o fisioterapéutica célere que le permitiera su recuperación.

El H. Consejo de Estado para aquellos asuntos en que la falla en el servicio radica en no permitir al paciente el acceso a los medios necesarios para tratar sus padecimientos, ha expuesto⁶:

“Al respecto, esta Corporación ha señalado que la pérdida de oportunidad o pérdida de chance se configura en todos aquellos casos en los que una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 29 de febrero de 2012; Exp. 21536.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 29 noviembre del 2017, radicación número: 05001-23-31-000-2003-01057-01 (38725).

*probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento*⁷.

A pesar de las diversas teorías empleadas para explicar la pérdida de oportunidad, recientemente esta Subsección se ha pronunciado en el sentido de considerar que la postura que mejor se ajusta a dicho concepto es aquella que la concibe como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado..."

Conclusión: Así las cosas, el daño antijurídico se encuentra acreditado en plenario, pues del devenir de la historia clínica y de lo reseñado por los galenos declarantes en el proceso, es claro que la lesión sufrida por el paciente cuenta con un concepto no favorable de recuperación y tiene un alto porcentaje de génesis en la demora que se presentó para atender quirúrgicamente el padecimiento, intervención quirúrgica que como se adujo por el galeno tratante no garantizaba la recuperación definitiva ante una lesión que se cataloga como "*de muy mal pronóstico*", pero cuya atención célere aumenta las posibilidades de éxito.

3.3.3. IMPUTACIÓN Y NEXO CAUSAL

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 CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

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

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico "*venite ad factum, iura novit curia*", que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales⁸.

⁷ **Cita de cita:** Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593.

⁸ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)”⁹.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. (...)

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

*como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación (...)*¹⁰.

En el caso concreto, es claro que el paciente obtuvo atención inicial de urgencias en la E.S.E. Hospital San Marcos con ocasión del accidente que sufrió el 16 de octubre de 2012.

Ahora bien, la prueba testimonial recaudada en concordancia con las historias clínicas de atención del paciente, tanto en urgencias como en atención posterior especializada, permiten concluir que, no existió una omisión como lo arguye la parte actora al no disponer de forma concomitante a la atención, la remisión a valoración por consulta especializada, dado que:

(i) La profesional de la salud que brindó atención de urgencias valoró la movilidad de los miembros superiores afectados, esto, en un momento inicial para el cual se dejó anotación “*SIN LIMITACIÓN, NEUROVASCULAR DISTAL CONSERVADO*”, anotación que fue reiterada por dicha galena en el testimonio rendido ante el *a quo*, sin que existan razones para considerar que su testimonio carece de validez probatoria.

Frente a lo anterior, el galeno que brindó atención especializada señaló que, con base a su saber profesional dicha anotación en la historia clínica denota la valoración adecuada en sede de urgencias, siendo este el protocolo adecuado en este tipo de situaciones, aunado a que medicamente es posible que dicha movilidad existiese en dicha etapa, pues la lesión definitiva pudo darse como resultado de un deterioro posterior de los tendones del miembro superior afectado.

(ii) La profesional de la salud que brindó atención de urgencias prescribió la asistencia del paciente a “*RETIRO DE PUNTOS EN 7 DÍAS*” y orientó a sus acudientes sobre los signos de alarma y recomendaciones, situación igualmente reiterada por dicha galena en el testimonio rendido ante el *a quo*, sin que existan razones para considerar que su testimonio carece de validez probatoria.

(iii) No se vislumbra de la historia clínica del paciente o de algún otro medio probatorio, que, aquel haya asistido al retiro de puntos, oportunidad que, según criterio médico expuesto por los profesionales deponentes en el asunto puede ser adecuadamente utilizado para valorar en segunda oportunidad la movilidad y estado de la lesión, con miras a determinar una remisión a urgencias, consulta externa o consulta especializada.

(iv) Según las pruebas recaudadas, se tiene que la siguiente oportunidad en que el paciente propendió por obtener atención médica, fue el 14 de diciembre de 2012, esto es, dos meses después de haber sufrido la lesión inicial, cuando fue atendido en la I.P.S. Caja de Compensación Familiar de Caldas, calificando su lesión como “*abandonada*” momento para el cual había perecido el término idóneo de un mes -según concepto médico- para la

¹⁰ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

intervención médica.

Cabe advertir que los anteriores tópicos que toma esta Colegiatura como base argumental de sus tesis, se encuentran acreditados tanto documental como testimonialmente, destacándose que al margen de las “irregularidades o diferencias” entre las historias clínicas de atención en la E.S.E. demandada, con fecha de impresión 04 de marzo de 2013 y 26 de abril de 2013, las anotaciones previamente referidas son consistentes y análogas en ambos documentos, reiterando que lo allí contenido fue objeto de ratificación testimonial, sin que exista elemento de juicio que permita afirmar que las anotaciones que constan en la última, no existieron o no corresponden a la realidad.

(v) Resulta irrazonable pretender endilgar a las entidades demandadas una responsabilidad patrimonial con base en la no remisión del paciente a atención especializada de forma concomitante a la atención de urgencias, en un caso como el aquí planteado, en el que se acreditó que el paciente pretermitió la oportunidad de obtener un seguimiento de su lesión siete días después, al no acudir al retiro de puntos que le fuere prescrito.

Finalmente, cabe advertir que los argumentos esgrimidos por la parte actora, referentes a que una prueba inequívoca de la indebida atención de urgencias es el retiro de un cuerpo extraño -probablemente- vidrios, en el desarrollo de la intervención quirúrgica efectuada al paciente el 14 de diciembre de 2012, no pueden ser objeto de la determinación de responsabilidad en el asunto de marras, pues como claramente lo señala la historia clínica esta situación se presentó respecto del miembro superior derecho del menor, recordándose que el fundamento de las pretensiones esgrimidas por la parte actora es la afectación que aquel sufre, empero en su miembro superior izquierdo.

En conclusión, el daño antijurídico que ya fue identificado, no tiene como génesis actuaciones u omisiones desplegadas por las codemandadas, en tanto la pérdida de la oportunidad de recibir la atención quirúrgica necesaria para el manejo del padecimiento del paciente, devino del incumplimiento de los deberes como usuario.

Por lo tanto, al hallarse respuesta negativa al primero de los problemas jurídicos planteados, resulta innecesario abordar el análisis de los demás interrogantes formulados, por lo que se impone confirmar la sentencia objeto de alzada.

3.4. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del C.G.P. se impondrá condena en costas -agencias en derecho- en esta instancia al haberse desatado desfavorablemente el recurso de apelación, empero únicamente en favor de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud, esto al haber sido la única que acreditó su causación en esta instancia, consistente en la intervención a través de apoderada judicial. Se fijarán agencias en derecho por valor de un (1) S.M.L.M.V.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de enero de 2019, mediante la cual se denegaron las súplicas efectuadas en la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Alejandro Valencia López y Otros, en contra de la E.S.E. Hospital San Marcos de Chinchiná y la I.P.S. Servicio Occidental de Salud.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y en favor de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud. **Fijar** agencias en derecho por valor de 1 S.M.L.M.V.

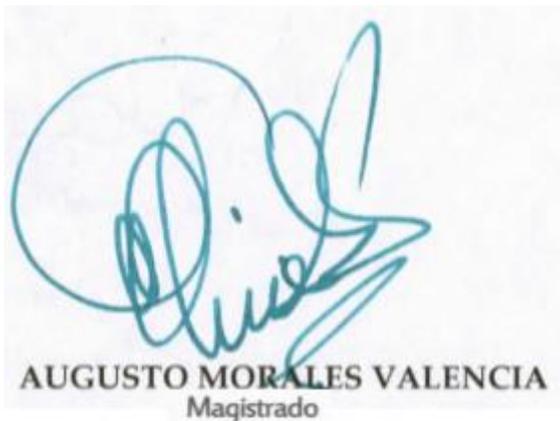
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 027 de 2020.

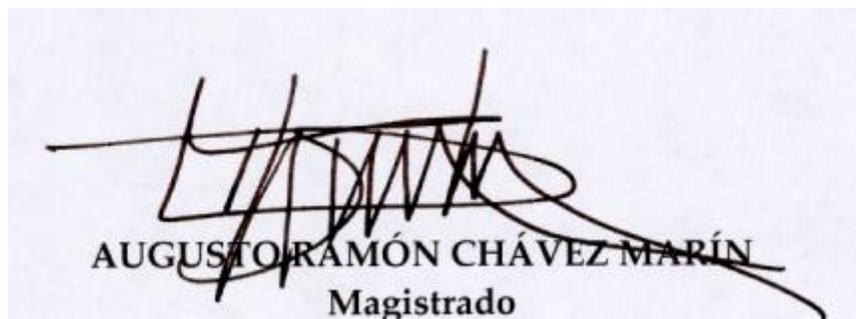
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 219

Manizales, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-23-33-000-2018-00053-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Olga Lucía Santa de Giraldo
Demandado: Unidad Administrativa de Gestión Pensional y
Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a emitir fallo de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones (fls. 2-3, cdo. 1).

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de las Resoluciones PAP 008953 del 12 de agosto de 2010, RDP 057487 del 19 de diciembre de 2013, RDP 001908 del 22 de enero de 2014, RDP 003523 dl 3 de febrero de 2014 y ADP 001632 del 26 de febrero de 2015, con las cuales le fue negado el reconocimiento de la pensión gracia y que se ordene a la UGPP reconocer y pagar –debidamente indexada- una pensión de jubilación gracia, a partir del 31 de julio de 2009, teniendo en cuenta para su cómputo todos los factores salariales percibidos durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

1.2. Sustento fáctico relevante (fls. 4-6, cdo. 1).

La señora Olga Lucía Santa de Giraldo laboró como docente en el departamento de Caldas, en diferentes periodos entre el 18 de agosto de 1978 y el 15 de mayo de 1979; posteriormente fue vinculada como docente nacionalizada en propiedad desde el 27 de mayo de 1981 hasta la fecha.

Que al considerar que cumplía con los requisitos necesarios, 50 años cumplidos –nació el 31 de julio de 1959-, 20 años de servicios y buena conducta, la accionante reclamó el 10 de diciembre de 2009 ante la UGPP el reconocimiento y pago de una pensión de “jubilación gracia”, prestación que le fuere negada mediante los actos administrativos cuya nulidad se deprecia.

1.3. Normas violadas y razones de trasgresión (fls. 6-20, cdo. 1).

Invoca como normas vulneradas, los artículos 2, 4, 5, 6, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política, la Ley 114 de 1913, la Ley 37 de 1933, Ley 43 de 1975, Ley 91 de 1989. Arguye que los actos demandados desconocen que cumple con los requisitos necesarios para obtener la pensión de "jubilación gracia", en tanto, (i) Laboró como docente antes del 31 de diciembre de 1980; (ii) Ha laborado más de 20 años como docente a través de vinculaciones de orden nacionalizado; y (iii) cuenta con la edad y desarrolló buena conducta en la actividad docente.

1.4. Contestación de la demanda (fls. 96-102, Cdo. 1).

La **entidad demandada** aseveró que, la prestación deprecada no fue negada por desconocimiento del tiempo de servicios que hubiese prestado como docente interino o de medio tiempo como lo señala la parte actora, sino que la negativa plasmada en los actos administrativos demandados recae sobre la inexistencia de certificación de la naturaleza del tiempo servido por el docente entre antes de 31 de diciembre de 1980, ya que dichos tiempos fueron laborados bajo contrato de prestación de servicios, razón por la cual no se acreditó el cumplimiento de 20 años de servicios a través de vinculaciones de orden territorial, municipal, departamental o nacionalizado con inicio anterior a la referida fecha, condicionamientos contemplados en las normas que regulan la prestación reclamada.

Manifiesta que los actos administrativos demandados se ajustan al ordenamiento legal y para corroborar tal afirmación cita jurisprudencia del Consejo de Estado, señalando que en los mismos se ha dado cumplimiento a lo señalado por dicho órgano de cierre.

Por último, señala que en caso de accederse a las pretensiones de la demanda deberá aplicarse el término prescriptivo establecido por el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de las mesadas causadas.

En línea con los argumentos expuestos, propuso las excepciones que denominó: "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO", "BUENA FE" y "PRESCRIPCIÓN".

1.5. Alegatos de conclusión (fls. 195-209, Cdo. 1).

La **entidad demandada** reiteró que los periodos que afirma la demandante antes del año 1981, no pueden ser tenidos en cuenta toda vez que su vinculación en esa época fue bajo contrato de prestación de servicio y no hubo vinculación legal y reglamentaria al Servicio Público Educativo.

La demandante y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar: *¿Cuenta la demandante con derecho a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación "gracia" por cumplir con los requisitos establecidos en la normatividad pertinente, y en especial, el de haberse encontrado vinculado al régimen pensional que le otorgaba dicha dadiva antes del 31*

de diciembre de 1980? En caso afirmativo, se señalaran los factores salariales que deben ser computados a efectos de determinar el monto de la pensión “gracia” y los efectos de la prescripción respecto de la prestación pensional referida.

2. Tesis del Tribunal

La accionante cuenta con derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación “gracia” por cumplir con los requisitos establecidos en la normatividad pertinente, y en especial, por haberse encontrado vinculada al régimen pensional que le otorgaba dicha dadiva, antes del 31 de diciembre de 1980, sin que pueda desconocerse el tiempo de servicios prestados cuando estuvo vinculada a través de contratos de prestación de servicios. Lo expuesto con fundamento en lo siguiente:

2.1. Lo probado

- La señora Olga Lucía Santa de Giraldo, nació el 31 de julio de 1959 (fl. 24, cdo. 1), cumpliendo la edad de 50 años el 31 de julio de 2009.
- La demandante prestó su servicio como docente así:

Periodos	Municipio o Institución	Vinculación	Tiempo Servicios -Acumulado-
18-08-1978 a 22-11-1978 ¹	Anserma Caldas	Territorial	3 meses, 5 días
6-02-1979 a 15-05-1979 ²	Anserma Caldas	Territorial	3 meses, 10 días
27-07-1981 a 28-02-1983 ³	Anserma, Caldas Plantel Educativo La Floresta	Nacionalizada	1 año, 7 meses y 2 días
01-03-1983 a 06-02-1994 ⁴	Anserma, Caldas Escuela Hernán Rodríguez	Nacionalizada	10 años, 11 meses, 6 días
07-02-1994 a 22-11-2000 ⁵	Anserma, Caldas Escuela Urbana Gabriela Mistral	Nacionalizada	6 años, 9 meses, 16 días
23-11-2000 a 30-05-2007 ⁶	Anserma, Caldas Instituto Agrícola el Horro	Nacionalizada	6 años, 6 meses, 8 días
Tiempo como docente vinculación territorial			6 mes, 15 días
Tiempo como docente vinculación nacionalizada			24 años, 10 meses, 2 días

- Por medio de las resoluciones PAP 008953 del 12 de agosto de 2010, RDP 057487 del 19 de diciembre de 2013, RDP 001908 del 22 de enero de 2014 y RDP 003523 del 3 de febrero de 2014, negó el reconocimiento de pensión “gracia” deprecado por Olga Lucía Santa de Giraldo el 10 de diciembre de 2009 (fl. 14, cdo. 1) advirtiendo que no se

¹ Según certificación visible a folio 135 del cuaderno No. 1.

² *Ídem at supra.*

³ Según certificación visible a folio 134 y 180 del cuaderno No. 1.

⁴ *Ídem at supra.*

⁵ *Ídem at supra.*

⁶ *Ídem at supra.*

encontraba vinculada a la docencia oficial antes del 31 de diciembre de 1980 (fls. 26, 34-34, 39-40 y 41-42, cdo. 1).

2.2. Contexto normativo de la pensión gracia.

La pensión gracia fue creada por la Ley 114 de 1913⁷ para los educadores que cumplan 20 años de servicio en establecimientos educativos oficiales del orden territorial o nacionalizado, y 50 años de edad, siempre y cuando demuestren haber ejercido la docencia con honradez, eficacia, consagración, observando buena conducta. Esta prestación es compatible con la pensión de jubilación.

La Ley 91 de 1989 (*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*), señaló en su artículo 15, que: «Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubiere desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.»

De lo anterior se infiere que, el derecho a la pensión gracia lo mantienen los docentes **nacionalizados y territoriales** que se hubieren vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980, descartándose así para aquellos que siendo nacionales hubieren sido nombrados dentro de dicho límite temporal. Es claro entonces, que el tiempo de servicio corresponde a 20 años que deben ser prestados exclusivamente en instituciones educativas territoriales o nacionalizadas.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, quien de forma reiterada afirma que la vinculación como docente nacional no se puede computar para efectos de la pensión gracia, y en esa línea se encuentra la sentencia de 17 de noviembre de 2016⁸, la cual señaló:

«Sobre los tiempos nacionales.

(...)

La ley 114 de 1913 que creo la pensión de los docentes, estableció una serie de requisitos para acceder a la misma, entre los cuales dispuso en el numeral 3º del artículo 4º, que el docente debe demostrar que ni recibe ni ha recibido pensión o recompensa nacional.

“Artículo 4º.- Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe: (...)

3. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento.” (Resalta la Sala)

El artículo 1º de la Ley 91 de 1989⁹ clasificó a los docentes para efectos de las prestaciones económicas, como territoriales, nacionales y nacionalizados.

⁷ “Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.”

⁸ Rad. 2114-2016, M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁹ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”

“Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

*1. **Personal nacional.** Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

*2. **Personal nacionalizado.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*

*3. **Personal territorial.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*

(...)

Queda claro entonces, que no se ha establecido como requisito para acceder a la pensión gracia, que el docente deba estar vinculado el día 31 de diciembre de 1980, es decir, solo es necesario que haya prestado sus servicios como docente antes del año 1981 en instituciones territoriales o nacionalizadas, sin que se puedan computar tiempos de servicio de carácter nacional, pues la finalidad principal de la pensión gracia, es reconocer a aquellos docentes un beneficio económico para equilibrar los ingresos percibidos entre éstos y los docentes nacionales, ante el déficit fiscal en que se encontraban los entes territoriales para cubrir el pago por la prestación de los servicios al magisterio.» (Negrillas fuera de texto original).

El Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica CE-SUIJ-SII-11-2018 proferida el 21 de junio de 2018¹⁰ señaló:

*“En cuanto al **personal nacional** la regla es clara. Tanto el marco jurídico que rige la aludida prestación como la doctrina legal en la materia son explícitos en advertir que los docentes nacionales no tienen derecho a su reconocimiento, y que el tiempo laborado en esa condición no se puede computar con el servido en calidad de educador nacionalizado o territorial. Por su parte, se entiende por **personal nacionalizado** (i) aquel que siendo territorial antes del 1.º de enero de 1976 fue objeto del proceso de nacionalización iniciado con la expedición de la Ley 43 de 1975; y (ii) los que a partir de esa fecha se hayan vinculado a una plaza de aquellas que fueron nacionalizadas en virtud, también, del aludido proceso adelantado por la norma en cuestión (Ley 43 de 1975). Entre tanto, debe entenderse por **personal territorial** el vinculado por entidades de ese orden a partir del 1.º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975; esto es, que la plaza a ocupar haya sido creada de forma exclusiva por el ente local y los gastos que esta genere se cubran con cargo a su propio presupuesto.”*

En conclusión, los docentes beneficiarios de la pensión gracia son aquellos cuya vinculación tenga carácter territorial y/o nacionalizado, vinculaciones respecto de las cuales deberán haber acumulado 20 años de servicios, siendo claro que para dicho tiempo no pueden computarse vinculaciones del orden nacional.

2.3. Análisis caso concreto

¹⁰ Sección segunda, subsección B, C.P. Carmelo Perdomo Cueter.

De conformidad con el análisis de las vinculaciones, se tiene que la demandante se encontraba vinculada antes del 31 de diciembre de 1980, como docente, esto, según se certificó por parte de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas.

Ahora bien, cabe señalar que la entidad accionada en los actos administrativos demandados, no desconoce la existencia de dicho periodo laborado, sin embargo, afirma que dicha vinculación no es válida para el reconocimiento de la prestación, toda vez que se encontraba bajo *órdenes de prestación de servicios*, concluyendo que no hubo vinculación al servicio público educativo.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en providencia con similitud fáctica señaló:

*“De las pruebas anteriormente relacionadas, se desprende que el demandante ha laborado como docente durante más de veinte (20) años en instituciones educativas de carácter departamental, sin embargo, se advierte que desde el 1º de enero de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1991, lo hizo vinculado a través de **contratos de prestación de servicios**, motivo por el cual la entidad accionada no accedió al reconocimiento pensional y el juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda de la referencia, pues, según aducen, estos períodos no son válidos para tenerlos en cuenta con el propósito de obtener la pensión gracia.*

*Sobre este aspecto, no les asiste razón al a quo y a la accionada, en la medida en que resulta irrelevante que los períodos relacionados en la certificación de 25 de junio de 2013 (f. 19), el actor los haya laborado a través de **órdenes de prestación de servicios y no en propiedad, ya que el ordenamiento que regula la prestación reclamada no establece esa condición negativa para el cómputo de los años de servicios, toda vez que resulta suficiente que el interesado demuestre haber servido al Magisterio como docente departamental, municipal o distrital en diversas épocas, para que los tiempos laborados puedan ser tenidos en cuenta para completar el lapso mínimo requerido (20 años).***

Para la Sala, esa modalidad de vinculación no es ajena a quienes se incorporen a la planta docente de las entidades territoriales en propiedad, habida cuenta que las funciones que cumplen unos y otros son «[...] similares en el campo educativo y, en consecuencia, [el vinculado mediante contrato de prestación de servicios también] está obligado a acreditar iguales condiciones de formación y experiencia. Ello, por supuesto, descarta que la ley y las propias instituciones, dentro de la autonomía de que gozan para darse sus propios estatutos, puedan establecer regímenes restrictivos que desconozcan el derecho de los docentes ocasionales [...], a percibir las prestaciones sociales reconocidas por el orden jurídico para todos los trabajadores públicos o privados, las cuales deben otorgarse en proporción al tiempo laborado»¹¹.

De igual forma, en lo que respecta a este tipo de vinculación, en particular cuando se trata de maestros, la Corte Constitucional es del criterio que la «[...] primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional [...]»¹², y si el intérprete judicial, «[...] en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP [...]»¹³.

En estos casos, dada la naturaleza de la función docente, el principio de la primacía de la

¹¹ Sentencia C-517 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹² Sentencia C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³ *Ibidem*.

realidad sobre las formalidades cobra especial relevancia, puesto que la labor desempeñada a través de órdenes de prestación de servicios desentraña una verdadera relación de trabajo sobre la apariencia que haya querido ocultarla, comoquiera que los maestros vinculados bajo esa modalidad de contratación, se insiste, cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario y, además, deben acreditar iguales condiciones de formación y experiencia.

Por tanto, la Sala, contrario lo dispuesto por el a quo, valida el tiempo laborado por el accionante como docente mediante contratos de prestación de servicios, para que sea contabilizado con el ejercido en propiedad, circunstancia que le permite, previo estudio de su caso particular, acceder al reconocimiento de la pensión gracia(...)"¹⁴ (Subrayado y negrilla de la Sala)

En tal sentido, no son de recibo los argumentos de la entidad demandada referentes a que, los tiempos de servicio anteriores al 31 de diciembre de 1980, que fueron laborados por la demandante bajo contrato de prestación de servicios no pueden ser tenidos en cuenta y por tanto, no hubo vinculación al servicio educativo; esto por cuanto *el ordenamiento que regula la prestación reclamada no establece esa condición negativa para el cómputo de los años de servicios.*

2.4. Conclusión

En este orden de ideas, de las pruebas relacionadas se concluye que, la demandante acreditó plenamente los requisitos necesarios para acceder a la pensión gracia, como son: el haber prestado los servicios como docente nacionalizada y territorial por veinte (20) años; que estuvo vinculada antes del 31 de diciembre de 1980 (18 de agosto de 1978), y que cuenta con 50 años de edad (pues los cumplió el 31 de julio de 2009), razón por la cual es claro que, los actos administrativos demandados vulneran las normas y antecedentes jurisprudenciales que regulan la prestación pensional reclamada por la parte actora.

Con base en lo anterior, se declararan no probadas la excepción de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO" y "BUENA FE" formuladas por la entidad accionada, y se declarará la nulidad de los actos demandados, ordenando el reconocimiento de la pensión de jubilación gracia a favor de la actora, a partir del 1 de agosto de 2009 –día siguiente al cumplimiento de la edad requerida-.

3. Liquidación pensional

Advertido el derecho pensional con que cuenta la parte demandante, considera esta Sala que la liquidación de la pensión gracia de la referencia deberá hacerse en cuantía del 75% del promedio de todo los factores salariales que devengó durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos, esto es, entre el 31 de julio de 2008 y el 31 de julio de 2009- teniendo en cuenta los factores salariales que devengó la señora Olga Lucía Santa de Giraldo. Al respecto, el Consejo de Estado en providencia del 15 de mayo de 2008 que señaló:

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter. veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00205-01(3183-14). Ver otras providencias del Consejo de Estado: CONSEJO DE ESTADO. NR: 2125956. 20001-23-39-000-2015-00529-01 (3878-17) 22/10/2018; CONSEJO DE ESTADO. NR: 2121460. 76001-23-31-000-2011-01050-01. (2283-15) SENTENCIA 07/09/2018;

“La regla de que el monto de las pensiones se calcula sobre el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, contenida en la Ley 33 de 1985, no rige para la pensión gracia como quiera que la misma norma exceptuó en forma expresa a los empleados que por ley disfrutaran de un régimen especial de pensiones. Así pues, el carácter especial que rige a la pensión gracia la excluye de la aplicación de la Ley 33 de 1985, razón por la cual la liquidación de la pensión gracia debe realizarse incluyendo todos los factores que se devengaron durante el año anterior al momento en que se obtuvo el estatus. Dado que en el petitum de la demanda no se solicitó que se realizara la liquidación en los términos antes mencionados no hay lugar a hacer pronunciamiento alguno a este respecto. La Sala ha determinado que la reliquidación prevista en el artículo 9º de la Ley 71 de 1988, esto es, con los factores devengados por el docente a la fecha del retiro, no es viable respecto de la pensión gracia debido a que ésta constituye una dádiva del Estado, es decir, una pensión especial que se rige por su propia reglamentación.”¹⁵ (Negrilla del Tribunal)

4. Prescripción

El Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968 en su artículo 102 sobre la prescripción de las acciones, dispone:

- 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
- 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”*

En el *presente asunto* se tiene que, la prestación pensional cuyo reconocimiento y pago se ordenará a partir del 1 de agosto de 2009 -día siguiente al cumplimiento requisito de la edad; por su parte la radicación de la solicitud que generó la negativa efectuada mediante los actos administrativos cuya nulidad se declarará data del 12 de diciembre de 2013¹⁶ y la demanda fue radicada el 26 de febrero de 2018.

La anterior situación significa que la petición del 12 de diciembre de 2013 interrumpió la prescripción pero sólo por tres años más, que se cumplieron el 12 de diciembre de 2016 y como quiera que la demanda fue radicada el 26 de febrero de 2018, se declarará parcialmente probada la excepción de “PRESCRIPCIÓN” formulada por la accionada, esto respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de febrero de 2015.

5. Indexación de mesadas

Atendiendo a lo dispuesto por inciso final del artículo 187 del CPACA, se dispondrá que las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de mesadas pensionales reconocidas a partir 26 de febrero de 2015 se ajusten en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula: $R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$. En donde el

¹⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-02018-01(2055-06).

¹⁶ Según se refiere en los actos administrativos demandados.

valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que será la correspondiente partida por concepto de mesada pensional, multiplicada por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes.

6. Costas

No se impondrá condena en costas al haberse accedido solo de manera parcial¹⁷ a las pretensiones de la parte demandante, esto al tenor de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P.

Es por lo discurrido que la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Declarar no probadas las excepciones de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*” y “*BUENA FE*”; y parcialmente probada la de “*PRESCRIPCIÓN*”; formuladas por la entidad accionada, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Olga Lucía Santa de Giraldo contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Segundo: Declarar la nulidad de las resoluciones PAP 008953 del 12 de agosto de 2010, proferida por Cajanal; RDP 057487 del 19 de diciembre de 2013, RDP 001908 del 22 de enero de 2014, RDP 003523 dl 3 de febrero de 2014 y ADP 001632 del 26 de febrero de 2015 proferidas por la UGPP, mediante las cuales fue negado el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación “*gracia*” a favor de Olga Lucía Santa de Giraldo.

Tercero: Condenar a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, a reconocer a favor de Olga Lucía Santa de Giraldo, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 24.387.435, una pensión de jubilación “*gracia*” a partir del 1 de agosto de 2009, tomando como base para su cómputo el promedio de lo devengado por aquel durante el año anterior a la fecha de adquisición del status pensional, esto es, el lapso comprendido entre el 31 de julio de 2008 y 31 de julio de 2009, y en todo caso, incluyendo todos los factores salariales por ella percibidos durante dicho interregno.

Cuarto: Declarar la prescripción de las sumas causadas con anterioridad al 26 de febrero de 2015, por efectos de prescripción trienal.

Quinto: Ordenar a la entidad demandada **indexar** las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto mesadas pensionales, dando aplicación a la fórmula inserta

¹⁷ Se reclamó el pago de la prestación desde el 31 de julio de 2009, sin embargo se accedió a dicho pago desde el 26 de febrero de 2015.

en la parte motiva de esta sentencia.

Sexto: Sin costas por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Séptimo: Ordenar a la entidad demandada dar cumplimiento al presente fallo en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A., previniéndose a la parte accionante sobre la carga prevista en el inciso segundo de la citada disposición normativa.

Octavo: Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaría liquidar los gastos ordinarios del proceso, devolver a la parte interesada los remanentes, si los hubiere, y archivar el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Noveno: Expedir, a su cargo las copias auténticas que sean solicitadas por las partes.

Notificar

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 027 de 2020.

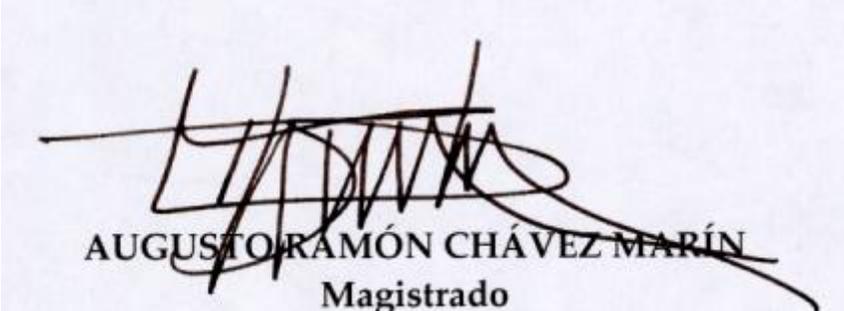
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión del sistema escrito

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

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

Radicación:	17 001 33 31 002 2007 00235 02
Clase:	Reparación Directa
Demandante:	Hervyn Antonio Rojas Osorio y otros
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

I. Asunto

Procede la Sala de Decisión del Sistema Escrito a resolver la solicitud de corrección que hiciera el apoderado de la parte demandante, frente a la sentencia No. 99 del 21 de julio de 2014, proferida en segunda instancia por este Tribunal dentro del proceso de la referencia.

II. Antecedentes

Mediante sentencia de segunda instancia, proferida el 21 de julio de 2014, la sala resolvió lo siguiente:

*PRIMERO: MODIFÍCANSE los ordinales primero, cuarto, quinto y séptimo de la sentencia proferida el veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013), por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión, proceso de Reparación Directa promovido por HERVYN ANTONIO ROJAS OSORIO Y OTROS contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, los cuales quedarán así:
[...]*

Cuarto: Condénase a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL a cancelar a título de indemnización por perjuicios morales las siguientes sumas:

*Para cada uno de los señores RUBÉN DARÍO RAMÍREZ ECOBAR y HERVYN ANTONIO ROJAS (lesionados), la suma equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.
[...]*

El apoderado de la parte actora indica que en la parte resolutive de la sentencia -específicamente en el apartado de la indemnización por perjuicios morales- se incurrió en un error por omisión de palabras toda vez que el segundo apellido del señor Rubén Darío Ramírez, es Escobar y no Ecoabar, y el segundo apellido del señor Hervyn Antonio Rojas, es Osorio.

Solicita, en consecuencia, se corrija el error mencionado y en su lugar se indique que el nombre correcto de tales demandantes es Rubén Darío Ramírez Escobar y Hervyn Antonio Rojas Osorio.

III. Consideraciones

Una vez analizada la solicitud de la parte demandante, la Sala encuentra que, en efecto, el ordinal primero de la sentencia proferida en segunda instancia por este Tribunal, incurrió en un error por omisión de palabras, lo cual debe ser corregido por así permitirlo el artículo 286 del Código General del Proceso, a cuyo tenor literal:

“Artículo 286. Corrección de errores aritméticos y otros.

Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.”

Observa la Sala que el nombre completo y correcto de los demandantes (lesionados) a que hace referencia el ordinal primero de la sentencia de segunda instancias, son los siguientes: **Rubén Darío Ramírez Escobar y Hervyn Antonio Rojas Osorio**. En ese sentido será dispuesta la corrección de la sentencia, para los efectos legales que correspondan.

Por lo anterior, sin necesidad de consideraciones adicionales, la Sala de Decisión del Sistema Escrito,

IV. Resuelve

Primero: Se corrige el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia No. 99 del 21 de julio de 2014, proferida en segunda instancia por este Tribunal dentro del proceso de la referencia, en relación con el nombre de los demandantes (lesionados) a los que allí se hace mención, así:

PRIMERO: MODIFÍCANSE los ordinales primero, cuarto, quinto y séptimo de la sentencia proferida el veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013), por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión, proceso de Reparación Directa promovido por HERVYN ANTONIO ROJAS OSORIO Y OTROS contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, los cuales quedarán así:

[...]

Cuarto: Condénase a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL a cancelar a título de indemnización por perjuicios morales las siguientes sumas:

Para cada uno de los señores RUBÉN DARÍO RAMÍREZ ESCOBAR y HERVYN ANTONIO ROJAS OSORIO (lesionados), la suma equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

[...]

Segundo: Notifíquese a las partes la presente providencia, según corresponda.

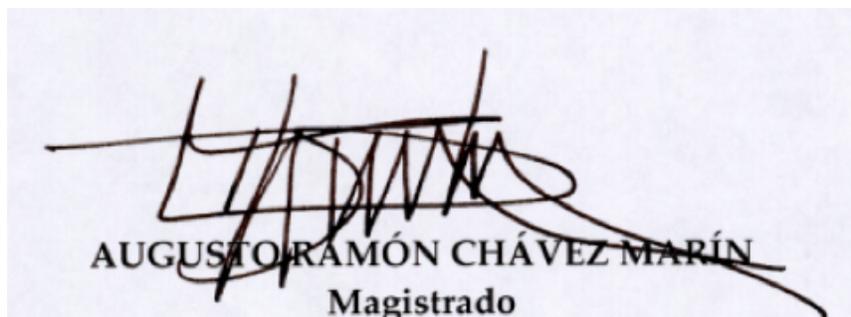
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

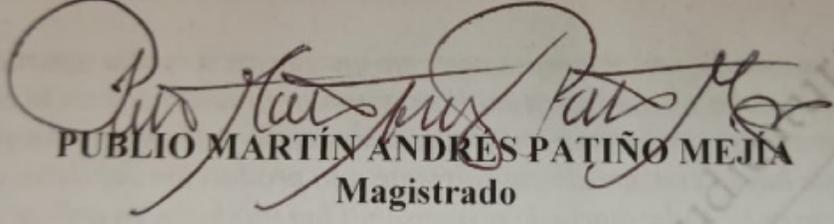
Los integrantes de la Sala,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado