

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

---

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

<b>RADICACIÓN</b>	<b>17001-33-33-004-2016-00091</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>
<b>Demandante</b>	<b>ORFA PATIÑO DE PINEDA</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>
<b>Sentencia No.</b>	<b>079</b>

### 1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia dentro del medio de control de la referencia.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. Pretensiones:

- Se declare la nulidad de la resolución No. 10253-6 del 19 de noviembre de 2015.
- Que se reconozca que la mandante tiene derecho como cónyuge supérstite del señor CARLOS PINEDA al 50% por ciento del valor de la sustitución pensional del causante.
- Que una vez se ordene el restablecimiento del derecho, se ordene su pago efectivo e inmediato con retroactividad al momento del fallecimiento del señor LUIS CARLOS PINEDA MARIN (causante); es decir, desde el 8 de abril de 2014.
- Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

#### 2.2. Supuestos fácticos

- Que el 11 de abril de 1975 la señora ORFA PATIÑO contrajo matrimonio con el señor LUIS CARLOS PINEDA MARIN, en el municipio de Samaná, Caldas, Parroquia San Marcos.
- De dicha unión procrearon tres hijos hoy mayores de edad.
- El señor LUIS CARLOS se desempeñaba como docente en el Municipio de Florencia, Caldas, luego lo trasladaron al municipio de La Dorada, Caldas, por último, lo trasladaron a la ciudad de Manizales donde por motivos de salud la señora ORFA PATIÑO ni pudo vivir y fue así como él la ubicó en el municipio de Tuluá, donde residía la familia de la señora ORFA PATIÑO para que ella y los hijos estuvieran acompañados.
- Mensualmente el señor CARLOS viajaba a ver a su familia y a comprarles la remesa y dejó de ir con la misma frecuencia, pero nunca faltó a sus deberes de padre y esposo proveedor puesto que la señora ORFA PATIÑO es ama de casa.
- Que el señor CARLOS falleció en la ciudad de Manizales el 8 de abril de 2014.
- El señor LUIS CARLOS PINEDA MARIN era docente pensionado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Departamento de Caldas.
- Cuando la señora MARIA ORFA a través de apoderado solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional le informaron que el derecho pensional ya había sido reconocido a la señora LUZ MARINA GARCIA, en calidad de compañera permanente y en representación de sus dos hijos menores, desde el 12 de diciembre de 2014.
- El 21 de mayo de 2015 radicaron solicitud de reconocimiento pensional ante la oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio del Departamento de Caldas, en calidad de cónyuge supérstite.
- Que el 19 de noviembre de 2015 la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas expide la resolución No. 10253-6 notificada el 25 del mismo mes, en la cual niega la suspensión del pago de la mesada pensional a la señora LUZ MARINA PINEDA reconocida mediante resolución No. 9299 del 12 de noviembre de 2014.
- Que la señora ORFA PATIÑO solicita sea reconocido su derecho en el año 2015, por lo que acude a la jurisdicción con el fin de dirimir la controversia entre cónyuge y compañera permanente.

### **2.3. Normas violadas y concepto de violación:**

Constitución Nacional, artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 53, 58, 87 y demás normas concordantes; decretos 1160 de 1989 y ley 91 de 1989, ley 54 de 1990, decreto 3752 de 2003, Art. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modifican los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993 y demás normas y jurisprudencia constitucional y administrativa.

Como concepto de violación expone que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y contempla una serie de condiciones para que la cónyuge o la compañera permanente superviviente tenga derecho a la pensión en caso de que se presente una convivencia simultánea en los últimos 5 años previo al fallecimiento; que según esta disposición, además de la esposa o esposo también es beneficiaria la compañera o compañero permanente, caso en el cual la prestación se dividirá en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Refiere que la falta de convivencia del causante con la cónyuge ORFA PATIÑO, no conlleva a la pérdida del derecho de sustitución que reclama, pues tal situación precisamente se debió al abandono que hizo el causante de su familia formada por vínculos jurídicos, para conformar otra por vínculo natural.

Indica que no fue por culpa de la señora ORFA esa falta de convivencia ya, que de una parte no existe ninguna prueba de separación legal y definitiva de cuerpos o cesación de efectos civiles del matrimonio católico, y de otra, existe el eximente de responsabilidad, porque fue su extinto marido quien voluntariamente decidió convivir con una persona distinta de la cónyuge, por lo que no puede predicarse que el derecho a la sustitución pensional, lo perdió la cónyuge sobreviviente.

#### **2.4. Contestación de la demanda:**

La vinculada **Sra. LUZ MARINA MARÍN GARCÍA**, a través de apoderado de oficio dio respuesta a la demanda advirtiendo que a ella es quien le asiste el pleno derecho al reconocimiento de la sustitución pensional en un 100% por haber sido la compañera permanente del extinto LUS CARLOS PINEDA MARÍN, tal y como fue reconocido por la SECRETARÍA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS, y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "UGPP". Además, por haber procreado dos hijos con el causante, de nombres JOSE LUIS PINEDA y KARLA MARINA PINEDA.

Por lo anterior solicita que la señora ORFA PATIÑO DE PINEDA no se declare como beneficiaria de la sustitución pensional reclamada por no cumplir con los requisitos establecidos en la Ley.

**LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Se opuso a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no existe plena prueba de la dependencia efectiva con el docente fallecido LUIS CARLOS PINEDA MARIN, por parte de la señora ORFA PATIÑO DE PINEDA, requisito exigido por el literal d, artículo 13 de la Ley 797 de 2003; por lo tanto, la resolución que pretende que se ataque se ajusta a la normatividad vigente directamente aplicable al caso.

Propuso como medios exceptivos: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, AUSENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD, PRESCRIPCIÓN, SUSTITUCION PENSIONAL – PENSIÓN SOBREVIVIENTES – DECLARATORIA POR AUTORIDAD COMPETENTE, BUENA FE, GENÉRICA.

### **2.5. Traslado de excepciones:**

La parte demandante no se pronunció frente a las excepciones propuestas.

### **2.6. Traslado de alegatos:**

Las partes y el Ministerio Público no presentaron alegatos de conclusión.

## **3. CONSIDERACIONES**

### **3.1. El fondo del asunto:**

Se trata de determinar si en el presente asunto es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados y restablecer el derecho de la actora ORFA PATIÑO DE PINEDA como beneficiaria de la sustitución de la pensión en su condición de cónyuge supérstite del señor LUIS CARLOS PINEDA MARIN, a pesar de no haber convivido los últimos cinco (5) años de vida de causante y haber procreado dos hijos en común.

### **3.2. Problema jurídico:**

*¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, aunque no hayan convivido los últimos 5 años y haber procreado hijos en común?*

### **3.3. Premisas normativas y jurisprudenciales:**

Para determinar el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se trae el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado<sup>1</sup>. Al respecto.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2016-01827-01(0991-19),

"En materia de sustitución pensional los artículos 36 y 39 del Decreto 3135 de 1968<sup>2</sup>, así como 80 y 92 del Decreto 1848 de 1969<sup>3</sup> consagraron la posibilidad de transmitir el derecho jubilatorio a favor de los beneficiarios del causante únicamente en dos eventos, a saber: (i) cuando fallece el empleado público en goce de pensión y (ii) cuando el empleado público muere con derecho a pensión sin que en efecto se haya efectuado el reconocimiento.

"...

Posteriormente, en materia de sustitución pensional se expidió la Ley 33 de 1973<sup>4</sup>, la cual señaló que para que se diera la sustitución pensional, el trabajador particular o el empleado o trabajador del Sector Público, debía estar pensionado o al momento de su fallecimiento tener el derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez.

"...

Luego, la Ley 12 de 1975<sup>5</sup> solo exigió que el trabajador o empleado haya completado el tiempo de servicio, de manera que, si fallecía antes de cumplir la edad cronológica para tener derecho a la pensión de jubilación, había lugar a la sustitución pensional, así:

"...

De lo anterior se infiere, que si bien en principio el derecho a la sustitución pensional solo surgía para los beneficiarios de un empleado público cuando a la fecha de su fallecimiento éste había perfeccionado o consolidado completamente el derecho jubilatorio, con posterioridad el Legislador lo extendió para los casos en los que el empleado público hubiese logrado el tiempo de servicios sin reunir o completar la edad pensional, con el fin de amparar con tal medida el derecho de la familia del mismo, que por la contingencia de muerte no logró consolidar plenamente su derecho pensional.

Ahora bien, una vez expedida la Constitución Política de 1991, en su artículo 48 se estableció que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución.

"...la pensión de sobrevivencia se consagró como una prestación del Sistema General de Seguridad Social, cuyos requisitos para su reconocimiento por mandato constitucional, deberán ser definidos mediante las leyes, puesto que el artículo 48 de la Carta Política<sup>6</sup> contempló la siguiente disposición:

"(...) ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los

<sup>2</sup> "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales."

<sup>3</sup> "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968."

<sup>4</sup> "Por el cual se transforman en vitalicia las pensiones de las viudas."

<sup>5</sup> "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación."

<sup>6</sup> Adicionado desde el inciso 7º en adelante por el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

(...)

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones." (Se destaca).

Posteriormente se expidió la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", la cual derogó tácitamente<sup>7</sup> la Ley 12 de 1975. **Esta nueva norma reemplazó la sustitución pensional por la pensión de sobrevivientes** tanto en el régimen de prima media con prestación definida<sup>8</sup> como en el de ahorro individual<sup>9</sup>, y señaló que esta prestación se obtiene no solamente en el caso del fallecimiento del pensionado sino también en el evento en que el causante que fallezca hubiera cotizado al sistema por lo menos veintiséis (26) semanas, en ése momento, o habiendo dejado de cotizar, efectuara aportes por veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 46 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003<sup>10</sup>, determinó que los beneficiarios del causante tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando el causante hubiere cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, así:

"(...) ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2001.

"Derogación de la norma acusada y estudio de los cargos del demandante.

2- La norma acusada hace parte de la Ley 113 de 1985, que adiciona la Ley 12 de 1975, que regula ciertos aspectos de la llamada pensión de sobrevivientes. Ahora bien, la Ley 100 de 1993, que es norma posterior, creó el sistema general de seguridad general, y en su libro primero establece el régimen general de pensiones. Específicamente, ese libro primero regula integralmente la pensión de sobrevivientes, tanto en el régimen de prima media (artículos 46 y ss.) como en el de ahorro individual (arts. 73 y ss.). Así, las normas sobre el régimen de prima media señalan al respecto:

Por su parte, los artículos 73 y ss. de la misma Ley 100 de 1993 regulan la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual y tienen un contenido normativo similar. Estamos pues ante una regulación integral y sistemática de una materia, que es posterior a la norma acusada. Ahora bien, conforme a la teoría jurídica, y como lo ilustra al respecto el artículo 3° de la ley 153 de 1887, se entiende que esa regulación sistemática posterior de un tema deroga tácitamente las normas precedentes sobre la materia, salvo que las normas previas establezcan regímenes especiales. Así, el artículo 3° de la ley 153 de 1887 dice que se estima "insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería" (subrayas no originales).

La Corte Suprema de Justicia, en su momento, y esta Corte Constitucional han reconocido, en numerosas ocasiones, ese efecto derogatorio de la ley posterior que regula integralmente un tema. Así, la Corte Suprema -Sala Plena-en múltiples pronunciamientos reiteró que el ejercicio de la facultad legislativa consistente en expedir códigos, estatutos orgánicos o regímenes legales integrales implica la derogación de las normas incorporadas a éstos para integrar un solo cuerpo normativo, tesis que ha sido plenamente aceptada por esta Corte Constitucional.

Ahora bien, en este caso, la norma previa acusada no consagra ningún régimen especial, por lo cual debe entenderse derogada por el sistema integral posterior de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha entendido esta Corte. Es pues claro que el artículo impugnado fue derogado. El interrogante que surge entonces es si esa derogación implica que la Corte deba inhibirse de conocer los cargos de la demanda."

<sup>8</sup> Artículos 49 a 49 de la Ley 100 de 1993.

<sup>9</sup> Artículos 73 a 78 de la Ley 100 de 1993.

<sup>10</sup> "por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales."

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:<sup>11</sup> (...)” (Destaca la Sala)

De no darse las condiciones expuestas para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, en los artículos 49 y 78 de la Ley 100 de 1993 se creó para el régimen solidario de prima media con prestación definida la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, la cual es equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado. De otro lado, para el régimen de ahorro individual con solidaridad, se estableció la devolución de saldos, según la cual los beneficiarios del afiliado tienen derecho a recibir la totalidad del monto abonado en la cuenta individual de ahorro pensional del causante, incluidos los rendimientos y el valor del bono pensional, si a éste hubiera lugar.

“ ...

**En conclusión se tiene que el sistema de sustitución pensional de que trataba la Ley 12 de 1975, artículo 1º, fue derogado de manera tácita por el de pensión de sobrevivientes contenido en los artículos 46 a 49 y 73 a 78 de la Ley 100 de 1993; por tanto, en la actualidad no se habla de la sustitución pensional, comoquiera que se contempló la pensión de sobrevivientes dentro del Sistema de Seguridad Social Integral establecido en la Ley 100 de 1993 que entró a regir el 1º de abril de 1994, por mandato de su artículo 151 y es desde esa fecha que se deben aplicar las disposiciones contenidas en dicha ley sobre pensión de sobrevivientes....”**  
(Resalta el Juzgado)

### **Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:**

Al respecto regula el art. 47 de la Ley 100 de 1993:

“(...) ARTICULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deber acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o m s hijos con el pensionado fallecido;

b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si

<sup>11</sup> Literales a) y b) declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-556 DE 2009. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

c. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, ser n beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

(...).".

En el mismo pronunciamiento, el Consejo de Estado estableció los grupos de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes conforme las reglas establecidas en el art. 47 de la Ley 100 de 1993, de la siguiente manera:

"En efecto, de acuerdo con la norma transcrita se puede advertir que el **primer grupo** lo constituyen el cónyuge; compañera o compañero permanente y los hijos con derecho, en caso de que haya cónyuge; compañera o compañero permanente, y no concurrieran hijos con derecho, la totalidad de la prestación pensional correspondería al cónyuge; compañera o compañero permanente.

De igual forma, en caso de que concurrieran hijos con derecho y no hubiera cónyuge; compañera o compañero permanente la pensión sería reconocida únicamente a los hijos por partes iguales y, así mismo, en el evento de que concurrieran tanto cónyuge; compañera o compañero permanente e hijos, la referida prestación se distribuiría por mitades, esto es, la primera mitad para el cónyuge; compañera o compañero permanente y la segunda para los hijos.

El **segundo grupo** está conformado por los padres con derecho, éstos pueden acceder a la pensión solamente a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho.

Y, finalmente, el **tercer grupo** lo conforman los hermanos con derecho quienes sólo podrán acceder a la prestación pensional en ausencia de los miembros de los grupos anteriores...."

Agregando la citada Alta Corporación sobre las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003 en lo que respecta a los beneficiarios de la pensión de sobreviviente. Así se observa en el texto modificado del artículo 47 de la ley 100 de 1993:

"(...) **ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" CONDICIONALMENTE exequibles> sentencia C-1094-2003.

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero

permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) <Aparte tachado INEXEQUIBLE sentencias C1094 DE 2003 y C-451 DE 2005> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno;~~ y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE sentencia C-111 de 2006> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste. (...)."

Entre las modificaciones antes señaladas destacó el Consejo de Estado, en relación con el cónyuge, compañero o compañera permanente, las siguientes:

"

1. Si a la fecha de fallecimiento del causante el cónyuge o compañero o compañera permanente tiene más de 30 años, la pensión se le concederá en

forma vitalicia. Si es menor de esa edad y no ha procreado hijos con el causante, la pensión será temporal: se concede por 20 años y de esa pensión se descuenta la cotización para su propia pensión.

2. En caso de muerte del pensionado, se requiere además que el cónyuge o compañera o compañero permanente acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que haya convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte.

**3. En principio si hay cónyuge y no hay compañero o compañera permanente la pensión corresponderá al cónyuge. Si no hay cónyuge, pero hay compañera o compañero permanente, la pensión corresponderá a éstos últimos. La ley contempla expresamente el caso de convivencia simultánea entre cónyuge y una compañera o compañero permanente; caso en el cual el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o esposo. La Corte Constitucional<sup>12</sup>, en sentencia C- 1035 de 2008, al estudiar esta última regla la declaró exequible en forma condicional en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos.**

Y finalmente, en lo que se refiere a los padres, del causante, estos serán beneficiarios de la prestación pensional de sobrevivencia en la medida en que faltaren el cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, sin que sea necesario acreditar la dependencia económica absoluta respecto del causante, esto, a partir de la expedición de la sentencia de la Corte Constitucional C-111 de 2006.

### **Sobre la acreditación del requisito de convivencia:**

Sobre la convivencia como requisito para acceder al derecho de la pensión de sobrevivientes, se debe decir que las Altas Cortes se han manifestado en cuanto a este requisito de la convivencia de los 5 años con el causante anteriores a su muerte, que el mismo resulta legítimo en tanto el objetivo es proteger a las personas con las que el *de cujus* formó un hogar hasta el último día de su vida, y no simplemente con quien sostuvo una relación pasajera, y, de igual manera, se buscó eliminar la posible discriminación que pudiera surgir entre un cónyuge y el compañero o compañera permanente del causante, pues, como ya se dijo, la norma atiende a un criterio material de convivencia comprobable, más allá del simple vínculo que una a la pareja.

Es así que La Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003 se pronunció sobre la exequibilidad de la expresión subrayada del literal a) del citado artículo 47 de la Ley 100 de 1993, señalando que:

*"En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema.*

<sup>12</sup> La anterior tesis fue reiterada, recientemente, en sentencia T-018 de 27 de enero de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

**En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.** Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social"

El Consejo de Estado en la sentencia del 10 de octubre del 2013<sup>13</sup>, ha señalado sobre el tema **y la particularidad que la Corte Constitucional le otorga al vínculo material sobre el formal para determinar el criterio determinante en legitimar a la persona beneficiaria de la prestación:**

*"La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha establecido la siguiente línea en relación con el derecho a la sustitución pensional<sup>14</sup>:*

- *El derecho a la sustitución pensional goza de una naturaleza fundamental, en la medida en que configura un medio de garantía de otros derechos con claro reconocimiento constitucional, pues está contenido dentro de valores tutelables como el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud y al trabajo<sup>15</sup>.*
- *La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden en el desamparo o la desprotección por el simple hecho de su fallecimiento<sup>16</sup>. Se trata de un mecanismo de protección de los familiares del pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte, pues al ser beneficiarios de su mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia.*
- *El bien jurídico tutelable en el derecho prestacional a una sustitución pensional lo constituye la familia, como núcleo e institución básica de la sociedad (artículos 5º y 42 superiores), que sin importar la forma de su configuración, debe ser amparada íntegramente y sin discriminación alguna. **El vínculo constitutivo de la familia – matrimonio o unión marital de hecho – es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho<sup>17</sup>.***
- *Todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de vínculo formal<sup>18</sup>. **Así, los derechos a la seguridad social, dentro de los cuales está la pensión de sobrevivientes, comprenden a***

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección A. sentencia del 10 de octubre del 2013. M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, radicación N° 25000-23-25-000-1997-03631-01(1199-12)

<sup>14</sup> Los argumentos que a continuación se resumen fueron tomados íntegramente de la sentencia T-1103 de 23 de agosto de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>15</sup> Sentencia T-173 de 1994.

<sup>16</sup> Sentencia T-190 de 1993.

<sup>17</sup> Ibídem.

<sup>18</sup> Sentencia T-553 de 1994.

**cónyuges y compañeros permanentes de la misma manera.**

- Cuando se presentan conflictos entre los potenciales titulares del derecho a la pensión de sobrevivientes, **se ha establecido legalmente que el factor determinante para dirimir la controversia está dado por el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte del trabajador pensionado.**
- La ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo del fallecido<sup>19</sup>. **En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge o de su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho.**

Tal criterio jurisprudencial ha sido compartido por la Sección Segunda de esta Corporación en diversas sentencias<sup>20</sup>, en todo caso analizando detalladamente cada situación concreta, **según las pruebas existentes en el proceso.**

En efecto, en la sentencia de 2 de octubre de 2008, expediente No. 0757-04, con ponencia de quien ahora elabora esta providencia, se advirtió lo siguiente:

"El criterio material de convivencia efectiva, cuya expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es entonces una herramienta legal de protección a la familia bajo el marco constitucional inicialmente esbozado y constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación, que busca además favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, como también el amparo del patrimonio del pensionado, en cuanto a posibles maniobras fraudulentas de personas que a partir de la constitución de convivencias de última hora, pretendan obtener el beneficio económico derivado de la transmisión pensional, razón por la cual debe existir en cada caso la comprobación fehaciente de los requisitos consagrados en la Ley para tal efecto". (Negrillas resaltad del Despacho).

Indicó el Alto Tribunal:

<sup>19</sup> Sentencia T-566 de 1998.

<sup>20</sup> Ver, entre otras, las sentencias proferidas en las siguientes fechas: (i) 2 de octubre de 2008, expediente No. 4335-04, C.P. Jesús María Lemos Bustamante; (ii) 8 de julio de 2010, expediente No. 1412-07, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

"(...)

5.3.2. En lo que atañe al requisito de la convivencia de no menos de 5 años continuos con anterioridad a la muerte del causante, en los antecedentes<sup>21</sup> de la Ley 797 de 2003 se expuso que su finalidad era la de "evitar fraudes"; esta corporación en sentencia C-1094-03<sup>22</sup> al analizar el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en lo que respecta a la modificación introducida por esta norma al literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, señaló que los requisitos de índole personal o temporal para acceder a la pensión sustitutiva son:

i) Legítimos, por cuanto se busca la protección de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante el reclamo ilegítimo de personas que no tendrían derecho a recibirla, resultando razonable suponer que estas exigencias ii) **pretenden favorecer a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia;** iii) buscando proteger el patrimonio del pensionado de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que solo persiguen el beneficio económico de la sustitución pensional, iv) denotando convivencias de última hora y v) protegiendo a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

5.4. Este tema también ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, que en fallo de enero 28 de 2010<sup>23</sup>, al resolver un problema jurídico semejante al que ahora se estudia, reiteró lo expuesto por esta Corte en la sentencia C-1035 de 2008<sup>24</sup> (no está en negrilla en el texto original):

"En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; texto... declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional C-1035 de 2008, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido..."

5.4.2. Otro fallo de esa corporación sobre el tema fue el dictado por la Sección Segunda Subsección B en abril 8 de 2010<sup>25</sup>, al determinar la legalidad de las resoluciones proferidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de las cuales se dejó en suspenso el reconocimiento de la pensión de beneficiarios

<sup>21</sup> Gaceta Judicial 350 de 2002 Página 16.

<sup>22</sup> Esta sentencia, para su fundamentación, cita la C- 1176 de 2001.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, 28 de enero de 2010, rad. N° 25000-23-25-000-2004-03633-01 (2042-08).

<sup>24</sup> La Corte Constitucional en la referida sentencia C-1035 de 2008 manifestó: "10.2.5.5. Frente a esta regulación legislativa, considera la Corte que, de acuerdo al entendimiento de la dimensión constitucional que irradia la figura de la pensión de sobrevivientes, no existe razón alguna para privilegiar, en casos de convivencia simultánea, la pareja conformada por medio de un vínculo matrimonial, sobre aquella que se formó con base en un vínculo natural. Dicho en otras palabras, no se puede argumentar que para proteger la familia como núcleo esencial de la sociedad, se excluyan del ámbito de protección asistencial modelos que incluso la propia Carta ha considerado como tales."

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, abril 8 de 2010, rad. N° 25000-23-25-000-2004-09096-02(2262-08).

del actor, respecto del 50% de su monto, por estimar que era la jurisdicción competente la encargada de dirimir el conflicto de interés planteado entre quien expuso la condición de cónyuge supérstite y quien adujo la condición de compañera(o) permanente.

El Consejo de Estado basó su decisión en el denominado principio material para la definición del beneficiario, cuyo alcance ha sido definido por la Corte Constitucional (no está en negrilla en el texto original):

**“3. Principio material para la definición del beneficiario...: En la sentencia C-389 de 1996 concluyó que:**

*‘(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es **la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido**’<sup>26</sup>*

**Criterios de convivencia, apoyo y socorro mutuo durante la última etapa de vida del causante son, entonces, los elementos a ser analizados en cada caso concreto, con el objeto de determinar si dentro del primer orden de asignación la (el) cónyuge o la (el) compañera (o) permanente tienen derecho a percibir el beneficio al que se ha venido haciendo referencia.”**

5.4.3. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en noviembre 29 de 2011<sup>27</sup>, al estudiar la juridicidad del fallo de segunda instancia del Tribunal Superior de Pasto, Sala Laboral, dentro de un proceso ordinario adelantado en procura del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a una viuda, dirimiendo el conflicto surgido entre ella y quien adujo la condición de compañera permanente. Basó su decisión en el denominado principio material, para la definición del beneficiario, y determinó para el caso concreto (no está en negrilla en el texto original):

*“A juicio de la Sala, con Ley 797 de 2003, se buscó remediar esa circunstancia y, por esa razón, se introdujo una modificación en materia de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes consistente en que, si bien la convivencia con el causante sigue siendo el requisito fundamental para que el cónyuge o el compañero o la compañera permanente accedan a esa prestación por muerte, se estableció una excepción a esa regla general, con el fin de conferirle también la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cujus.”*

**5.5. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han procurado superar la discriminación que existía en la ley, con relación a la posibilidad de solicitar la pensión sustitutiva por parte de la compañera permanente, postura que obedece a la prevalencia del principio material para la definición del beneficiario, en orden a reconocer, a partir de la realidad, según cada caso, a la persona o personas que convivieron y brindaron ayuda y apoyo en la fase final de la vida del causante.**

**La otra razón constitucional que explica esa posición, es reconocer que estas personas dependían económicamente del fallecido y si son sujetos de especial**

<sup>26</sup> C-1035 de 2008.

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, rad. N° 40055 de noviembre 29 de 2011, M. P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

***protección, merecedoras de un tratamiento particular acorde a sus diferencias con relación al conjunto de la sociedad.***<sup>28</sup>

Conforme al anterior recuento normativo y jurisprudencial se tiene entonces que para cada caso, deberá analizarse razonadamente los supuestos de hecho en los que se sitúa el interesado y en las pruebas allegadas, con el fin de determinar si le asiste derecho o no a este beneficio especial teniendo en cuenta el criterio material de convivencia, recordando que la prestación social reclamada por quien acude a este tipo de procesos, tiene como finalidad atender la contingencia derivada por el deceso del trabajador o pensionado, con el objetivo de cubrir no solo la ausencia repentina de la persona, sino, el apoyo económico que le daba al grupo familiar, con el objeto de evitar un cambio de las condiciones de subsistencia de los beneficiarios.

### **3.4. Premisas fácticas:**

- En este asunto se tiene que mediante la resolución No. 10253 -6 del 19 de noviembre de 2015, la entidad demandada le negó la sustitución de la pensión de jubilación a la señora Orfa Patiño de Pineda en calidad de cónyuge supérstite el fallecido Luis Carlos Pineda Marín, partiendo del previo reconocimiento que le había hecho de la misma prestación a la señora Luz Marina García, así como a sus hijos menores Karla Marina Pineda Marín y José Luis Pineda Marín.
- A folios 21 y 22 del archivo 04C2PruebasDeOficio.pdf y folios 8 y 9 del archivo 01C1Fls1A145.pdf del expediente digitalizado, reposa la resolución No. 9299 -6 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2014 "Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una sustitución de pensión de jubilación" a LUZ MARINA MARÍN GARCIA en calidad de compañera permanente en un porcentaje del 50%, a KARLA MARINA PINEDA MARÍN y JOSÉ LUIS PINEDA MARIN en calidad de hijos menores del causante en un porcentaje del 25% para cada uno.
- **Del fallecimiento del señor Luis Carlos Pineda:** A folios 25 ò 69 del expediente digitalizado archivo 01C1Fls1A145.pdf se encuentra el registro de defunción del señor LUIS CARLOS PINEDA MARÍN, en el que consta que falleció el **8 de abril de 2014** en la ciudad de Manizales.
- **De la calidad de esposo y convivencia del pensionado fallecido con la señora ORFA PATIÑO DE PINEDA (Cónyuge).**
- Obra el registro civil de matrimonio del 11 de abril de 1975, entre el occiso y la señora ORFA PATIÑO MARIN, expedido el 5 de octubre de 2015 por la Registraduría Municipal del Estado Civil de Norcasia, Cds. (Fl. 13 del expediente digitalizado archivo 01C1Fls1A145.pdf)

<sup>28</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-217 del veinte (20) de marzo de dos mil doce (2012). Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

- Testimonios rendidos el 23 de octubre de 2018, como prueba solicitada por la parte demandante, de las señoras MARIA ENELIA SERNA y ALEXANDRA MARIA OSORIO PATIÑO y declaración de parte rendida por la señora ORFA PATIÑO DE PINEDA, quienes manifestaron que el señor Luis Carlos Pineda Marín era casado con la señora Orfa Patiño, con quien tenían tres hijos, que dependían económicamente del occiso incorporado al expediente digitalizado en el archivo 09Audiencia23102018.pdf:

**Testimonio de MARIA ENELIA SERNA** amiga de la señora Orfa desde más o menos 17 años, reside en Tuluá, Valle:

Pregunta: Manifieste todo lo que le conste sobre la relación de Carlos Pineda y Orfa Patiño: Contestó: *“Cuando ellos fueron a vivir allá a las Américas yo ahí lo conocí... pero al tiempo ella se quedó viviendo y él se fue a trabajar y él veía por ella, ella no trabajaba....”*.

Pregunta: Podría hacer más precisa: Respondió: *“Sería el señor Luis Carlos y la señora Orfa”*.

Pregunta: Qué paso con ellos dos: Respondió: *“Una pareja normal”*.

Pregunta: Eso cuanto sucedió: Respondió: *“No sabría decir”*.

Pregunta: Una vez se fueron para el barrio y de manera posterior que observó: Respondió: *“El estaba con ella y cuando no podía venir donde ella, ella viajaba donde él. Iba a la Dorada con el niño o iba sola”*.

Pregunta: Esa convivencia la observó de manera continua o ininterrumpida: Contestó: *“Pues cada mes venía él o si no iba ella.”*

Pregunta: Él donde trabajaba: *“En la Dorada”*.

Pregunta: Nos podría informar si en la relación hubo hijos: *“Si, tres hijos”*. Nombres: *“Claudia, Elvis y Alexander”*. Las edades: *“La mayor 42, Elvis tiene 36 y la niña tiene 28”*.

Pregunta: Nos podría informar si observó si en algún momento las visitas del señor Luis Carlos a la señora Orfa se interrumpieron o hasta cuando observó que el señor Luis Carlos frecuentara a la señora Orfa: Contestó: *“Siempre él iba donde ella”*.

Pregunta: Ese siempre es hasta cuando antes del fallecimiento: Respondió: *“Fecha no te sabría decir”*.

Pregunta: Si la señora Orfa y el señor Luis Carlos celebraban juntos fechas especiales: Respondió: *“En los cumpleaños de los hijos y para fechas especiales”*.

Pregunta: Sabe quién velaba por la manutención de la señora Orfa: *“El esposo, porque ella nos lo contaba y ella no trabajaba porque el esposo no la dejaba trabajar”*.

Pregunta: La ayuda económica hasta cuando se mantuvo: Respuesta: *"Hasta donde yo sé, hasta siempre, él no dejó de ayudarle en ningún momento"*.

Pregunta: Sabe si el señor Luis Carlos tuvo otra relación diferente a la de la señora Orfa: *"No tengo conocimiento"*.

Pregunta: Después del fallecimiento del señor Luis Carlos, quien vela por la manutención de la señora Orfa: Respuesta: *"El hijo que es Policía"*.

Pregunta: Cuando Usted observaba al señor Luis Carlos y a la señora Orfa, cómo observaba la relación entre ellos: Respuesta: *"Una pareja normal (...) uno no veía que discutieran, para mí, bien"*.

Pregunta: En algún momento la señora Orfa le hizo comentario sobre la suspensión de la ayuda económica: Respuesta: *"No señora, en ningún momento ella llegó a comentar eso"*.

**Testimonio de la señora ALEXANDRA MARÍA OSORIO** quien conoce a la señora Orfa por parentesco, ser su sobrina:

Pregunta: Haga un relato detallado y preciso de la relación Orfa y Luis Carlos: Respuesta: *"Mi tía siempre convivió con mi tío Luis Carlos Pineda Marín y mi tía Orfa Pineda Marín, ellos se casaron en Norcasia, luego vivieron en la Dorada, después mi tía se vino a vivir aquí a Tuluá pero él por el trabajo se fue a vivir a Manizales, pues ellos la convivencia era normal, ellos tienen tres hijos, tengo tres primos, y él venía cada mes y medio, cada dos, cada mes, a traerle lo que ellos necesitaban"*.

Pregunta: Podría informar sabe porque se fue a vivir a Tuluá: Respuesta: *"Creo que porque iban a comprar una casa"*.

Pregunta: La señora Orfa con quien vive en Tuluá: Respuesta: *"Con los tres hijos de ella"*.

Pregunta: Ella residía con algún familiar: Responde: *"No, con sus tres hijos normal"*.

Pregunta: Esas visitas del señor Luis Carlos a Orfa hasta cuando se dieron: Respondió: *"Mes y medio antes de fallecer"*.

Pregunta: Cuando el señor Luis Carlos la visitaba era larga o corta la visita: Respondió: *"Él cuando más se demoraba era cuando venía en las vacaciones de los maestros, cuando venía cada mes y medio o dos se demoraba por ahí un fin de semana, se devolvía rápido"*.

Pregunta: Tuvo la oportunidad de observar la relación entre ellos, la convivencia: Respondió: *"Era el esposo de ella era muy normal como pareja, eran esposos"*.

Pregunta: En fechas especiales celebraciones de fin de año, acontecimiento familiar el señor Luis Carlos estaba presente: Contestó: *"Si claro, en situaciones"*.

*especiales, cumpleaños de los muchachos, era muy especial con ellos, fin de año”.*

Pregunta: Quien velaba por la manutención de la señora Orfa: Respuesta: *“Mi tío, porque mi tía nunca trabajo, él siempre veía por ella, él siempre estaba pendiente de ella de sus necesidades”.*

Pregunta: Después del fallecimiento del señor Luis Carlos sabe cómo se solventa la señora Orfa: Respuesta: *“Ella le tocó vender la casa para poderse mantener estos años”.*

Pregunta: Quien le costeo la carrera o el curso de suboficial al hijo: Respuesta: *“Claro el papá, él siempre era pendiente de él para los muchachos, porque mi tía no trabajaba, no podía aportar para eso”.*

Pregunta: Quién le compró a ella esa casa: Respuesta: *“Eso no sé quien le compró la casa, sé que le tocó venderla”*

Pregunta: Una vez falleció el señor Luis Carlos, los hijos de los dos sabe en qué edades estaban: Respuesta: *“38 mi prima la mayor, 32 Elvis y 24 Jimena”.*

Pregunta: Para el momento del fallecimiento del señor Luis Carlos, los hijos vivían con su mamá o ya se habían independizado: Responde: *“Ya se habían independizado”.*

Pregunta: En estos momentos con quien vive la señora Orfa: Respuesta: *“Esta solita”.*

#### **Declaración de parte de la señora ORFA:**

Pregunta: Informe los pormenores de la relación desde donde y hasta cuándo: Respuesta: *“Me casé con mi esposo Luis Carlos el 21 de abril de 1975, siempre fue un esposo leal, convivimos hasta el día de su existencia, hasta el día que él murió”.*

Pregunta: Cómo fue la convivencia desde su matrimonio: Respuesta: *“Pues nosotros convivimos en la Dorada, Caldas y en el 88 a mi esposo lo trasladaron para Manizales allí convivimos, pero por motivos de mi salud, tuve que venirme de ciudad, porque yo sufro problemas del corazón, entonces como mi esposo es muy celoso, ... me dijo vámonos para Tuluá porque usted allá tiene familia y fue y me buscó casa y me llevó allí, y yo hacía lo que él decía”*

Pregunta: Para qué año fue: Respuesta: *“A él lo trasladaron en el año 88 para Manizales, allí convivimos, en la casa de mi suegra, pero como le dije antes, por mi salud me devolvió para Tuluá”.*

Pregunta: En qué año fue eso: Responde: *“Cuando lo trasladaron de la Dorada para Manizales fue en el 88, en Manizales estuvimos más de 1 año cuando quedé en embarazo de la niña y me afectó mucho”.*

Pregunta: Cuando se traslada para Tuluá como sigue la convivencia: Responde: *“Él siempre iba a mercar, ... bajaba y cuando el no podía yo iba a Manizales, pero casi siempre era mi esposo que viajaba a Tuluá, cada 20 días o cada mes”.*

Pregunta: Esa convivencia hasta cuando perduró: Respuesta: *“Hasta el día de la muerte, porque esa semana hacía 8 días había estado en mi casa (...)”.*

Pregunta: Podría hacer referencia quien le daba el sustento en la casa: Respuesta: *“Mi esposo, siempre dependí de mi esposo”.*

Pregunta: Con el fallecimiento del señor Luis Carlos cómo se solventa usted económicamente: Respuesta: *“Desde antes de casarme tenía una casita que mi papá me había regalado en vida, y me tocó venderla para subsistir, y un hijo que está en la Policía también me ayuda, pero es poco porque él ya tiene obligación...”*

Pregunta: Pude hacer precisión si Ustedes celebraban con el señor Luis Carlos fechas especiales de fin de año o tipo familiar: Respuesta: *“Claro mi esposo siempre estaba pendiente de fechas especiales, cumpleaños de mis hijos en diciembre, él siempre estuvo pendiente de nosotros”.*

**- De la convivencia con el pensionado fallecido y la señora LUZ MARINA MARÍN GARCÍA (compañera permanente).**

-. A folio 38 del expediente digitalizado en el archivo 01C1Fls1A145.pdf aparecen los registros civiles de nacimiento de los hijos del causante con la señora Luz Marina Marín García de nombres KARLA MARINA PINEDA MARIN y JOSE LUIS PINEDA MARÍN.

-. Carné expedido por COSMIET LTDA., donde figura como beneficiaria la señora MARIN GARCÍA LUZ MARINA del cotizante con cédula 10.218.513, del programa del MAGISTERIO, visto en el folio 45 del archivo 01C1Fls1A145.pdf del expediente digitalizado.

-. Copia de la cédula de ciudadanía del causante Luis Carlos Pineda Marín C.C. 10.218.513 y de las tarjetas de identidad de los menores KARLA MARINA y JOSE LUIS PINEDA MARÍN, con los respectivos carnés de afiliación a COSMITET LTDA. (fl. 46 del archivo 01C1Fls1A145.pdf del expediente digitalizado)

-. A folios 47 a 49 del expediente digitalizado archivo 01C1Fls1A145.pdf, aparecen tres declaraciones extraprocesales rendidas así:

- El 14 de abril de 2014 en la Notaría Segunda de Manizales, por los señores MARINO ALVAREZ LÓPEZ Y MARIA ELIZABETH VARGAS AGUDELO quienes declararon lo siguiente:

*“... que desde hace dieciocho (18) años, en razón de amistad, conozco a la señora LUZ MARINA MARÍN GARCÍA identificada con cédula de ciudadanía No 24.329.668. por tanto, me consta que convivía en unión libre*

con el señor LUIS CARLOS PINEDA MARIN, con quien tuvo dos (2) hijos, de nombres KARLA MARINA Y JOSE LUIS PINEDA MARÍN de 15 y 14 años de edad respectivamente. TERCERO: Igualmente declaro que la señora LUZ MARINA MARIN GARCÍA y el señor LUIS CARLOS PINEDA MARIN convivieron juntos bajo el mismo techo compartido lecho y mesa hasta el día de su fallecimiento el día 8 de abril del presente año..."

- El 2 de julio de 2014, en la Notaría Tercera de Manizales, por los señores CÉSAR AUGUSTO CARDONA ALZATE, YOLANDA LOPEZ y REGINA HENAO OTALVARO, quienes manifestaron bajo la gravedad del juramento lo siguiente:

*"Manifestamos por medio de la presente declaración bajo la gravedad del juramento que conocemos desde hace 40 años, 20 años y 14 años, respectivamente a la señora LUZ MARINA MARÍN GARCIA, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 24.329.668 y por nuestra relación familiar y de amistad sabemos y nos consta que CONVIVIÓ bajo el mismo techo, compartiendo mesa y lecho ininterrumpidamente y en unión marital de hecho desde el mes de agosto de 1992, con el señor LUIS CARLOS PINEDA MARIN, quien se identificaba con la cédula de ciudadanía número 10.218.513, hasta la fecha de su fallecimiento, hecho ocurrido el día 8 de abril de 2014. De esta unión procrearon dos hijos de nombres KARLA MARINA PINEDA MARÍN Y JOSE LUIS PINEDA MARIN, de 15 años y 14 años de edad, respectivamente. Declaramos de igual forma que no tenemos conocimiento de ninguna otra persona que pueda acreditarse como compañero(a) permanente, hijo legítimo, extramatrimonial ni adoptivos. Y es cierto que era el señor LUIS CARLOS PINEDA MARIN quien velaba por el bienestar económico y manutención de la señora LUZ MARINA MARIN GARCIA hasta el momento de su deceso.*

-. Fotografías de los momentos compartidos en familia con el señor Luis Carlos Pineda (Fls. 61 a 65 del expediente digitalizado archivo 01C1Fls1A145.pdf).

### **3.5. Caso Concreto:**

La controversia radica en que al fallecer el señor LUIS CARLOS PINEDA MARIN, pensionado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se presentó a reclamar la sustitución pensional la señora ORFA PATIÑO DE PINEDA en calidad de cónyuge supérstite, de tal suerte que la respuesta otorgada por la entidad a través de la Resolución No. 10253-6 del 19 de noviembre de 2015 fue que la prestación ya había sido reconocida a la señora LUZ MARINA MARÍN GARCÍA en condición de compañera permanente del señor Luis Carlos, junto con los hijos, KARLA MARINA Y JOSE LUIS PINEDA MARIN, en un porcentaje del 50% para la compañera y 25% para cada uno de los hijos, a través de la Resolución No. 9299-6 del 12 de diciembre de 2014.

En vista que el señor LUIS CARLOS PINEDA MARÍN, falleció el 8 de abril de 2014 la norma aplicable al sub lite es la Ley 100 de 1993 con la respectiva reforma introducida por la Ley 797 de 2003.

En el presente caso se observan dos situaciones:

1-) La señora **Orfa Pineda de Patiño**, se encontraba casada desde el 21 de abril de 1975 con el señor Luis Carlos Pineda; es decir, con anterioridad a convivir con la señora Luz Marina Marín García, sin que hubiera disuelto y liquidado el vínculo matrimonial. Además, procrearon **tres** hijos hoy mayores de edad.

2.) La señora **Luz Marina Marín García** indicó que convivió con el señor Luis Carlos Pineda desde el año 1992 hasta la fecha de fallecimiento, con quien procreó **dos** hijos, dice que respondió por ellos, a quienes le fue reconocida la sustitución pensional por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por lo anterior, habrá de definirse sí, una o ambas, convivieron como pareja en vida del causante y tienen derecho a la sustitución.

### **PRUEBAS PARA DEMOSTRAR LA CONVIVENCIA CON EL CAUSANTE:**

1.- Respecto de la convivencia con la señora **Orfa Patiño de Pineda**, se tiene el vínculo matrimonial demostrado con la copia del folio del Registro Civil de Matrimonio, sin que se hubiere desvirtuado su vigencia.

Testimonios de las señoras: **MARIA ENELIA SERNA Y ALEXANDRA MARÍA OSORIO PATIÑO y la declaración de parte**, coinciden en indicar que la señora **Orfa** fue la esposa del occiso y siempre estuvo pendiente de sus hijos, que por situaciones de enfermedad le tocó irse a vivir a la ciudad de Tuluá en el año 1988 donde residía su familia. Las declarantes concuerdan en que el señor Luis Carlos velaba económicamente por su esposa MARIA ORFA, a quien visitaba con frecuencia hasta el momento del fallecimiento, suceso que le ocasionó una afectación económica a la señora ORFA hasta el punto de tener que vender una casa de su propiedad que le dejó el papá, para poder cubrir sus necesidades básicas.

El Consejo de Estado<sup>29</sup> ha sostenido que el cónyuge supérstite puede tener derecho a la pensión de sobreviviente, siempre y cuando haya existido convivencia efectiva, auxilio o apoyo mutuo; o en su defecto cuando se pruebe que la sociedad conyugal no ha perdido los efectos patrimoniales; es decir no se haya liquidado:

*“[E]l sistema de sustitución pensional de que trataba la Ley 12 de 1975, artículo 1º, fue derogado de manera tácita por el de pensión de sobrevivientes contenido en los artículos 46 a 49 y 73 a 78 de la Ley 100 de 1993; por tanto, en la actualidad no se habla de la sustitución pensional, comoquiera que se contempló la pensión de sobrevivientes dentro del Sistema de Seguridad Social Integral establecido en la Ley 100 de 1993 que entró a regir el 1º de abril de 1994, por mandato de su artículo 151, y es desde esa fecha que se deben aplicar las disposiciones contenidas en dicha ley sobre pensión de sobrevivientes. [...] [C]uando hay conflicto entre la compañera permanente*

<sup>29</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"- consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00028-01(0791-18)

y la cónyuge supérstite, debido a la convivencia simultánea con el pensionado, el criterio para establecer la titularidad del derecho a la sustitución pensional se funda en el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte. [L]a demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por cuanto los efectos patrimoniales cesaron una vez se liquidó la sociedad conyugal. **Así pues, el hecho de que las personas que conforman un matrimonio se separen de hecho y además liquiden su sociedad conyugal, a pesar de que no terminen los demás efectos civiles del matrimonio católico<sup>1</sup> como lo es el estado civil de la persona, son causales suficientes para perder aquél derecho que le otorga la Ley 100 de 1993 en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se refiere, por cuanto, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial que alguna vez conformaron. No obstante, el cónyuge supérstite si puede tener derecho al reconocimiento de la mencionada prestación, si demuestra el apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común durante los últimos 5 años a la muerte del pensionado o afiliado, o en su defecto, que pruebe que la sociedad conyugal que conformó producto del matrimonio no ha perdido los efectos patrimoniales."**

2.- Dentro del caudal probatorio se encuentran las declaraciones extraproceso que dan cuenta de la convivencia del causante con la señora **Luz Marina Marín García**, así:

- Las declaraciones de los señores: MARINO ALVAREZ LÓPEZ, MARIA ELIZABETH VARGAS AGUDELO, dan cuenta que conocieron a la señora LUZ MARINA durante 18 años y convivió con el señor LUIS CARLOS PINEDA MARIN con quien compartió lecho y mesa como marido y mujer hasta el día del fallecimiento del señor Luis Carlos, de dicha unión procrearon dos hijos de nombres KARLA MARINA Y JOSE LUIS PINEDA MARÍN de 15 y 14 años de edad.
- Las manifestaciones de los señores: CÉSAR AUGUSTO CARDONA ALZATE, YOLANDA LOPEZ y REGINA HENAO OTALVARO, coinciden en afirmar que los señores LUIS CARLOS MARIN y LUZ MARINA MARÍN convivieron juntos bajo el mismo lecho y techo desde el año 1992 ininterrumpidamente hasta el día del fallecimiento del señor LUIS CARLOS el 8 de abril de 2014. Igualmente manifestaron que el causante velaba económicamente por su compañera Luz Marina y de dicha relación procrearon dos hijos de nombres KARLA MARINA PINEDA MARÍN Y JOSE LUIS PINEDA MARIN, de 15 años y 14 años de edad, respectivamente.
- Además, se encuentra acreditado que el señor Luis Carlos tenía como beneficiaria a la señora Luz Marina, en el régimen de salud en la E.P.S. COSMITET junto con los hijos.

Ahora, bien, respecto a las pruebas recepcionadas extrajudicialmente, en especial las declaraciones extra proceso, el Código General del Proceso en el artículo 187 establece que "Quien pretenda aducir en un proceso el testimonio

de una persona podrá pedir que se le reciba declaración anticipada con o sin citación de la contraparte”.

Seguidamente, el artículo 188 preceptúa:

**“Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo 221.**

**Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde.**

**A los testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor”.**

Pero sucede que el valor probatorio de estos documentos; es decir, su capacidad para respaldar o verificar los hechos está supeditado a la ratificación del testigo siempre y cuando la contraparte la solicite.

En lo pertinente, el artículo 222 del Código General del Proceso cita:

**“Artículo 222. Ratificación de testimonios recibidos por fuera del proceso. Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que ésta lo solicite”.**

En el presente caso la contraparte no solicitó la ratificación de las manifestaciones rendidas ante Notario por los señores MARINO ALVAREZ LÓPEZ, MARIA ELIZABETH VARGAS AGUDELO, CÉSAR AUGUSTO CARDONA ALZATE, YOLANDA LOPEZ y REGINA HENAO OTALVARO, sino que solamente los señores MARINO ALVAREZ LÓPEZ, CESAR AUGUSTO CARDONA ALZATE, YOLANDA ALVAREZ LÓPEZ y REGINA HENAO OTALVARO fueron llamados como testigos de la misma parte vinculada, pero dichas declaraciones no fueron recepcionadas por lo siguiente:

- El 9 de julio de 2018 se celebró la audiencia inicial, el apoderado de oficio Dr. JOSE OSCAR GUTIÉRREZ compareció en nombre y representación de la señora vinculada LUZ MARINA MARIN GARCÍA, en la misma audiencia se decretaron las pruebas testimoniales de los señores MARINO ALVAREZ LÓPEZ, CESAR AUGUSTO CARDONA ALZATE, YOLANDA ALVAREZ LÓPEZ y REGINA HENAO OTALVARO.
- Mediante memorial allegado el 3 de octubre de 2018 el apoderado de oficio Dr. JOSE OSCAR GUTIÉRREZ renunció al poder que le fuera otorgado por la señora LUZ MARINA MARÍN GARCÍA, quien la representó en la contestación de la demanda y en la audiencia inicial.

- El 23 de octubre de 2018 se llevó a cabo la audiencia de pruebas, sin que se hiciera presente apoderado que representara los intereses de la señora Luz Marina Marín, recepcionando solo los testimonios solicitados por la parte demandante de las señoras MARIA ENELIA SERNA y ALEXANDRA MARÍA OSORIO PATIÑO y el interrogatorio de parte a la señora ORFA PATIÑO. En la misma audiencia se suspendió la recepción de los testimonios decretados a solicitud de la parte vinculada, en virtud que la misma se encontraba sin apoderado. Además, se ordenó oficiar a la señora Luz Marina Marín con el fin de que designara un abogado para que la siguiera representando en la litis.
- Con fecha del 1 de noviembre de 2018 aparece constancia secretarial en la que se informa que la señora Luz Marina Marín García manifestó que no pudo asistir a la audiencia del 23 de octubre por encontrarse hospitalizada.
- Posteriormente el despacho se comunicó con la señora Luz Marina Marín quien manifestó que continuaba hospitalizada, solicitando se le designara de oficio un apoderado para que la representara en el proceso, en virtud que no contaba con ingresos para pagarle a un abogado.
- Mediante auto del 4 de febrero de 2019 el Despacho le concedió el amparo de pobreza, designando como apoderado de oficio al Dr. DANIEL FERNANDO GUTIÉRREZ HURTADO, quien se posesionó el 1 de marzo de 2019.
- Mediante memorial del 10 de abril de 2019 la apoderada de la parte demandante informa al despacho que la señora LUZ MARINA GARCÍA vinculada en el proceso falleció el 6 de marzo de 2019, registrada la defunción en el serial 9569752 de la Notaría Quinta de Manizales.
- El Despacho con el fin de resolver una posible sucesión procesal en el presente asunto requirió a la Notaría Quinta que allegaran certificado de defunción de la señora Luz Marina García.
- Efectivamente fue recibido por parte de la Notaría Quinta de Manizales el Registro Civil de Defunción, indicativo serial No. 09569752, correspondiente a la señora LUZ MARINA MARÍN GARCÍA C.C. 24.329.668, con fecha de defunción 06-MAR-2019.

Así pues, se advierte en primer lugar que las personas que declararon ante la Notaría Segunda y Tercera del Circulo de Manizales sobre el conocimiento que tenía de la convivencia de la señora Luz Marina Marín con el señor Luis Carlos Pineda, no fueron llamadas por la parte demandante y demandada a ratificar su dicho en sede judicial, sino que, la prueba testimonial fue solicitada por la misma parte vinculada y aun cuando fue decretada, la misma no pudo practicarse por lo explicado previamente. Por lo que las únicas pruebas aportadas a efectos de acreditar la convivencia del causante Luis Carlos Pineda Marín con la señora Luz Marina Marín García también fallecida, durante los cinco años anteriores al fallecimiento del señor, fueron las declaraciones extrajudicio ya referidas.

Sobre el valor probatorio de dichas declaraciones, el Despacho destaca el pronunciamiento que hiciera la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de

Estado en sentencia proferida el 14 de diciembre de 2016, expediente No. 37.772 del C.P. Ramiro Pazos Guerrero, en la cual se precisó que estas pruebas no pueden ser valoradas como testimonios, pero sí como documentos declarativos de terceros, en los siguientes términos:

**"1. Si bien es cierto que con anterioridad se ha mantenido que no es procedente otorgarles a dichos medios de convicción la calidad de testimonios<sup>30</sup>, esa circunstancia no impide que se valoren como documentos declarativos emanados de terceros, como pasa a verse.**

2. No desconoce la Sala que, efectivamente, las declaraciones extrajuicio son solamente pruebas sumarias, en la medida en que la parte contraria no pudo ejercer su derecho de contradicción al momento de la declaración, en la medida en que no fue citado a la misma y, por tanto, no pudo tachar al declarante, solicitar el rechazo de las preguntas realizadas -por improcedentes, superfluas o por insinuar la respuesta-, ni tampoco conainterrogarlo.

3. Es por ello que, actualmente<sup>31</sup>, **el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil requiere para darles plena validez a estos medios de prueba que sean ratificados dentro del proceso**, esto es, que se realice nuevamente el interrogatorio sin permitirle al testigo leer su declaración anterior. Sin el cumplimiento de dicho requisito el valor demostrativo de la prueba testimonial se ve seriamente comprometido, de modo que no es susceptible de ser tenida en cuenta, a menos que la ley expresamente así lo faculte.

**4. Sin embargo, las declaraciones extrajuicio también tienen la naturaleza de pruebas documentales**, comoquiera que se trata de escritos o impresos de contenido declarativo, definición que se encuadra con lo señalado al respecto en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil<sup>32</sup>.

(...)

5. Por ello, **aun cuando sea imposible otorgarles a las declaraciones extrajuicio el valor de testimonios, es viable darles el alcance de los documentos declarativos provenientes de terceros, teniendo en cuenta que en uno y otro caso el derecho de contradicción de la parte contraria se garantiza mediante diferentes vías: así, mientras que en el primer caso se debe dar a la contraparte la posibilidad de participar en el interrogatorio o en su ratificación, para los documentos basta con correr traslado de los mismos, a fin de que el interesado pueda contradecirlos y, si es del caso, tacharlos de falso.**

6. Ahora bien, este hecho no significa que su admisión, estándar probatorio y valoración deba adelantarse bajo supuestos menos estrictos; por el contrario, **la actividad probatoria debe adelantarse con el total cumplimiento de los requisitos exigidos para las pruebas documentales** en el capítulo VIII de la sección tercera del libro segundo del Código de Procedimiento Civil.

7. Por ello, **tras verificar su autenticidad** -circunstancia que normalmente podrá determinarse con facilidad, siempre que la declaración se haya rendido ante

<sup>30</sup> Al respecto véase, por ejemplo, la sentencia proferida por esta Subsección el 26 de julio de 2012, exp. 1999-00858 (ACU), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>31</sup> Cabe señalar que con anterioridad a la expedición de la Ley 1395 de 2010, sólo era procedente aportar la declaración extrajuicio como prueba anticipada únicamente cuando el deponente estaba gravemente enfermo.

<sup>32</sup> "Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares (...)"

notario- **y después de haber sido decretada como prueba, debe correrse traslado de la declaración** por un periodo de cinco días, durante el cual podrá ser tachada de falsa. En dicha oportunidad **la parte contraria también podrá solicitar su ratificación, teniendo en cuenta que si no realiza tal petición, la prueba podrá ser valorada sin ninguna consideración adicional**, como lo disponen el numeral segundo del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil<sup>33</sup> y el numeral segundo del artículo 10 de la Ley 446 de 1998<sup>34</sup>.

8. Adicionalmente, **el juez al valorar los documentos contentivos de las declaraciones extrajudicio debe aplicar las reglas de la sana crítica de un modo aún más riguroso que si estuviera valorando la prueba testimonial respectiva, teniendo en cuenta que existe una menor inmediación entre el administrador de justicia y el medio de convicción. Por ello, debe realizar una lectura integral de todos los elementos contenidos en el escrito, verificar las condiciones personales del autor, así como la coherencia interna de sus dichos, la ciencia del conocimiento que tiene sobre los hechos y la coherencia externa del documento con los demás medios de prueba que obren en el plenario**<sup>35</sup>.

De acuerdo a lo anterior las declaraciones extrajudicio aportadas por la parte vinculada tiene pleno valor probatorio, las declaraciones son contundentes, coincidentes y concurrentes al referir el conocimiento personal y directo que tuvieron de la señora Luz Marina Marín García, que convivió con el señor Luis Carlos Pineda Marín de manera permanente e ininterrumpida desde por un período de 18 años para unos testigos y para otros desde el año 1992 hasta el día del fallecimiento, durante su convivencia procrearon dos hijos, y que aquél velaba por el bienestar económico y manutención de aquella, situación que da cuenta de la ayuda mutua entre éstos durante los últimos cinco años anteriores a la fecha del deceso.

Entonces teniendo en cuenta el acervo probatorio, la apreciación de las declaraciones extraproceso, se establece que la señora LUZ MARINA MARÍN GARCIA, convivió durante los últimos años con el señor LUIS CARLOS PINEDA MARÍN.

Ahora, respecto de las declaraciones de los testigos para demostrar la convivencia con la señora **Orfa Patiño de Patiño**, se observa que efectivamente ella se casó con el causante (según registro civil de matrimonio) y aún existía la sociedad conyugal y que nunca se disolvió, ni se liquidó, además que él velaba económicamente por ella y la visitaba de manera periódica y a sus hijos hasta antes de fallecer.

<sup>33</sup> "Documentos emanados de terceros. Salvo disposición en contrario los documentos privados de terceros sólo se estimarán por el juez: (...) 2. Los documentos privados de contenido declarativo, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación".

<sup>34</sup> "Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones se dará aplicación a las siguientes reglas: (...) 2. Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación"

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de septiembre de 2015, exp. 37.939, C.P. Danilo Rojas Betancourth. El Ponente de esta sentencia advierte que se aparta del criterio adoptado por la Subsección, por considerar que las declaraciones extrajudicio carecen de valor probatorio porque no cumplen con los requisitos de ley, dado que no fueron ratificadas, tal como lo exigen los artículos 229, 298, 299 del Código de Procedimiento Civil. Por haber sido tomadas esas declaraciones por fuera del proceso, sin audiencia de la parte demandada y no haber sido ratificadas, carecen de eficacia probatoria. El hecho de constar en actas no muta la naturaleza de la prueba testimonial en prueba documental.

Sin embargo, de las pruebas documentales aportadas al dossier se observa que entre el occiso y la señora ORFA hubo una separación de hecho, aunque si velaba por los hijos y ello se evidencia con el fallo de exoneración de cuota alimentaria de fecha 28 de agosto de 2009 del Juzgado Sexto de Familia, promovido por el señor Luis Carlos Pineda Marín en contra de sus hijos ELVIAS y CLAUDIA DEISY PINEDA PATIÑO, ya mayores de edad.

En los hechos descritos en el mencionado fallo da cuenta que desde el 25 de enero de 1994 fue condenado el señor Luis Carlos a pagar el 26% de la pensión que devengaba para cumplir con el alimento de sus dos hijos menores para la época, y al momento de presentar la demanda de exoneración no tenía conocimiento de la residencia de la señora Orfa y los hijos, por lo que solicitó fueran representados por un curador ad litem, con ello queda demostrado la separación de hecho de los cónyuges, por lo menos hasta el día del fallo agosto de 2009.

Siguiendo el marco normativo y jurisprudencial transcrito, se tiene que tanto la cónyuge con sociedad conyugal de bienes vigente y la última compañera permanente, **tienen derecho a una parte de la prestación en proporción al tiempo convivido con el pensionado cuando no se ha demostrado una convivencia simultánea como es el caso en concreto.**

Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C- 336 del 04 de junio del 2014, señaló:

*“**PENSION DE SOBREVIVIENTES**-Reconocimiento de cuota parte para el compañero o compañera permanente que haya convivido durante los últimos cinco años con el causante separado de hecho, pero con sociedad conyugal vigente.*

*La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que los efectos jurídicos de la unión marital del hecho son diferentes a los del matrimonio, por ende son instituciones jurídicas disímiles y no necesariamente equiparables. La separación de hecho suspende los efectos de la convivencia y apoyo mutuo, más no los de la sociedad patrimonial conformada entre los cónyuges. Por lo cual, no nace a la vida jurídica la sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes, cuando uno de éstos mantiene en vigor la sociedad patrimonial del matrimonio. El Legislador dentro del marco de su competencia, en desarrollo del derecho a la seguridad social en pensiones, puede regular lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. **En ese orden de ideas, en el caso de la convivencia no simultánea entre el cónyuge con separación de hecho y con sociedad conyugal vigente y el último compañero permanente, ponderó los criterios de la sociedad patrimonial existente entre los consortes y la convivencia efectiva consolida con antelación al inicio de la unión marital de hecho, mediante la asignación de una cuota parte de la pensión.***

(...)

4.8.4.2. No obstante lo anterior, si en gracia discusión se estudiara la finalidad de la diferencia de trato otorgada al cónyuge con sociedad vigente pero con separación de hecho, resulta constitucionalmente justificada la medida adoptada, en tanto que ambos beneficiarios –compañero permanente y cónyuge con separación de hecho- cumplen con el requisito de convivencia, el cual se armoniza con los efectos patrimoniales de cada institución, pues los

haberes del matrimonio siguen produciendo efectos jurídicos ya que la separación de hecho no resta efectos a la sociedad patrimonial existente entre el causante y su cónyuge sobreviviente. Es decir, que pese a que el de cujus conviviera por el término mínimo de cinco años con un compañero permanente, la sociedad de hecho entre estos dos no se conformó al estar vigente la del matrimonio.

**Es así, como en protección y reconocimiento del tiempo de convivencia y apoyo mutuo acreditado por el miembro sobreviviente de la unión marital de hecho, que el legislador le otorgó el beneficio de una cuota parte de la pensión frente a la existencia de una sociedad conyugal. En conclusión, la norma busca equilibrar la tensión surgida entre el último compañero permanente y el cónyuge con el cual a pesar de la no convivencia no se disolvieron los vínculos jurídicos. Por todo lo anterior, la norma acusada es constitucional y será declarada executable.**  
(Negritas resalta el Despacho)

Tampoco se puede desconocer que el inciso 3° del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 brindó la oportunidad a la cónyuge supérstite de ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a pesar de que el pensionado hubiese tenido una compañera permanente durante los últimos cinco años, la cual se divide proporcionalmente al tiempo de convivencia con el fallecido, pero solo cuando se ha mantenido la sociedad conyugal vigente, dado que los haberes del matrimonio siguen produciendo efectos jurídicos.

Es así, como el Despacho encuentra acreditada la convivencia, de la compañera permanente, señora Luz Marina Marín García, durante los últimos cinco años de vida del señor Luis Carlos Pineda Marín (q.e.p.d) y durante muchos años más, que le daba derecho a percibir una cuota parte de la pensión frente a la existencia de una sociedad conyugal conformada con la señora Orfa Patiño de Pineda quien también tiene derecho al reconocimiento de una cuota de la pensión, pues la Jurisprudencia es clara en señalar que a pesar **de no darse la convivencia con la cónyuge por no haber disuelto el vínculo jurídico patrimonial, también tiene derecho a la sustitución.**

En conclusión, hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo demandado, porque la señora Orfa Patiño de Pineda tiene derecho a que se le reconozca **la sustitución de la pensión que en vía devengaba el señor** Luis Carlos Pineda Marín, por estar demostrado el vínculo matrimonial sin disolverse y liquidarse y cumplir los requisitos previstos en los incisos 3 del literal b) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificada por el artículo 13 literal b) incisos 2 y 3 de la Ley 797 del 2003, para acceder al derecho en su condición de beneficiaria.

#### **Restablecimiento del Derecho.**

Por lo anterior, hay lugar a reconocérsele las pretensiones de la demanda, pero de la siguiente forma:

La accionante por ser la esposa del señor Luis Carlos Pineda y tener la sociedad conyugal vigente; es decir, nunca fue disuelta ni liquidada, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes como lo ha indicado la norma y jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional.

Ahora, no se puede dejar de un lado que el causante Luis Carlos Pineda tuvo la compañera permanente, cumplió con el requisito de convivencia con él como se ha señalado. Por tanto, **tiene derecho a reclamar una cuota parte de su mesada pensional de acuerdo al tiempo de convivencia con éste.**

Según las declaraciones extrajuicio se logra extraer que convivió con el occiso desde agosto de 1992 hasta el día de su fallecimiento 8 de abril de 2014, pero sucede que la señora Luz Marina Marín García también falleció el 6 de marzo de 2019.

Sin embargo, la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ya le había reconocido el derecho a la señora LUZ MARINA MARIN (q.e.p.d.) y sus hijos KARLA MARIA Y JOSE LUIS PINEDA MARIN, en un porcentaje del 50%, 25% y 25%, respectivamente, a través de la resolución 9299-6 del 12 de diciembre de 2014 y mediante la resolución No. 10253-6 del 19 de noviembre de 2015, objeto de nulidad en la presente litis, resolvió no suspender el pago de la sustitución de la pensión a los beneficiarios antes mencionados hasta tanto la jurisdicción contenciosa decidiera a quién le correspondería el derecho.

Siendo ello así el reconocimiento del derecho deberá hacerse a partir del día siguiente al fallecimiento del señor Luis Carlos Pineda Marín, esto es 9 de abril de 2014, pero los efectos fiscales se darán a partir del 7 de marzo de 2019 fecha para la cual fallece la señora Luz Marina, pasando la señora Orfa Patiño de Pineda a devengar la pensión de sobrevivientes en un porcentaje equivalente al 50%, dentro del cual está asignado el porcentaje que le correspondía a la compañera permanente, por estar dentro del mismo orden y al acrecimiento de la porción que indica el Decreto 1889 de 1994, numeral 1 del artículo 8 y el parágrafo 1<sup>36</sup>,

---

<sup>36</sup> **ARTICULO 8o. DISTRIBUCION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo compilado en el artículo 2.2.8.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> La pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, así:

**1. El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.**

**A falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o compañera o compañero permanente del causante con derecho.**

**A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá a los hijos con derechos por partes iguales.**

2. Si no hubiese cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, la pensión de sobrevivientes, corresponderá en su totalidad a los padres con derecho, por partes iguales.

3. Si no hubiese cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o padres con derecho, en el régimen de prima media con prestación definida y en el sistema general de riesgos profesionales, la pensión corresponderá a los hermanos inválidos con derecho por partes iguales, y en el régimen de ahorro individual los recursos de la cuenta individual harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante.

**PARAGRAFO 1o. Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.**

dado que el derecho se extinguió o se perdió, como ya se dijo, para la señora Luz Marina Marín por su fallecimiento.

De tal forma que no hay que realizar la operación matemática para determinar qué porcentaje le corresponde a cada una de acuerdo con la convivencia demostrada con el causante por el acrecimiento de la cuota o porción antes mencionada, correspondiéndole el 50% de la sustitución pensional a la señora ORFA PATIÑO, dado que el otro 50% le fue reconocido a los hijos del causante KARLA MARÍA PINEDA MARIN y JOSE LUIS PINEDA MARÍN, quienes en la actualidad cuenta con 24 y 22 años de edad, respectivamente, según se extrae de los registros civiles de nacimiento que reposan en los folios 38 y 39 del expediente digitalizado archivo 01, y dicho porcentaje no está en discusión en la presente litis.

Sin embargo, se advierte a la accionante que cuando los beneficiarios del causante; es decir, los hijos mencionados, no cumplan los requisitos indicados en el literal c) del artículo 47 de la ley 100 de 1993<sup>37</sup>, puede solicitar el porcentaje que a ellos les correspondía y acrecer su derecho.

### 3.6. Conclusión

De acuerdo a lo anterior, **se declarará** la nulidad de la Resolución No. 10253-6 del 19 de noviembre de 2015 y se ordenará el reconocimiento y pago del derecho de la pensión de sobrevivientes que devengaba el causante Luis Carlos Pineda Marín, desde la fecha del presente fallo, en un 50% a la señora ORFA PATIÑO DE PINEDA.

Se declararán NO PROBADAS las excepciones propuestas por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, SUSTITUCION PENSIONAL – PENSIÓN SOBREVIVIENTES – DECLARATORIA POR AUTORIDAD COMPETENTE y BUENA FE

### Liquidación

---

**PARAGRAFO 2o.** La extinción del derecho de los beneficiarios del orden indicado en el numeral 1o. de este artículo, implicará la expiración de la pensión sin que pase a los siguientes órdenes.

Igual disposición se aplicará para los beneficiarios descritos en el numeral 2o.

**PARAGRAFO 3o.** Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos sucesorales a que haya lugar.

<sup>37</sup> **ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

c) <Apartes tachados **INEXEQUIBLES**> Los hijos menores de 18 años; **los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno;** y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, **esto es, que no tienen ingresos adicionales,** mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

(...)"

La pensión que se reconoce tendrá los ajustes de Ley. Igualmente, el monto de la condena que resulte se ajustará, mes por mes, en los términos del artículo 192 del CPACA, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de mesada pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificados por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debieron efectuarse cada uno de los pagos.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar teniendo en cuenta que índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

### 3.7 Costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la **contestación de la demanda** se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

Por lo expuesto el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## 4. FALLA

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRESCRIPCIÓN, SUSTITUCION PENSIONAL – PENSIÓN SOBREVIVIENTES – DECLARATORIA POR AUTORIDAD COMPETENTE y BUENA FE, por lo expuesto en este fallo.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad de la resolución No. 10253-6 del 19 de noviembre de 2015 expedida por la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual le fue negado el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de la pensión del causante LUIS CARLOS PINEDA MARIN a su esposa ORFA PATIÑO DE PINEDA, por los motivos expuestos.

**TERCERO: ORDÉNASE** a título de restablecimiento del derecho a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL**

**MAGISTERIO**, reconocer a la señora **ORFA PATIÑO DE PINEDA**, el **50%** de la mesada pensional que por sustitución le corresponde por el fallecimiento de su esposo LUIS CARLOS PINEDA MARIN (q.e.p.d), con los ajustes anuales de Ley.

El reconocimiento del derecho deberá hacerse a partir del día siguiente al fallecimiento del señor Luis Carlos Pineda Marín, esto es 9 de abril de 2014, pero los efectos fiscales se darán a partir del 7 de marzo de 2019 fecha para la cual fallece la señora Luz Marina, pasando la señora Orfa Patiño de Pineda a devengar la pensión de sobrevivientes en un porcentaje equivalente al 50%, dentro del cual está asignado el porcentaje que le correspondía a la compañera permanente, por estar dentro del mismo orden y al acrecimiento de la porción que indica el Decreto 1889 de 1994, numeral 1 del artículo 8 y el parágrafo 1 dado que el derecho se extinguió o se perdió, como ya se dijo, para la señora Luz Marina Marín por su fallecimiento.

**CUARTO:** Las sumas a que se condena a la entidad demandada por medio de esta providencia, se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva.

**QUINTO: NO CONDENAR** en costas.

**SEXTO:** Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**SÉPTIMO:** Una vez en firme esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso en caso de existir y **DEVUÉLVASE EL REMANENTE** a la parte actora; **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

## NOTIFIQUESE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
004  
Manizales - Caldas

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

Código de verificación: **d9dac24f86c6969a9e70744231113c1fdf2d3dec373031f3c595c6cc3876b072**

Documento generado en 03/06/2022 03:48:00 PM

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

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

---

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

Medio de Control	Contractual
Radicación	17001-33-31-004-2012-00011-00
Demandante	ROBERTO JARAMILLO CÁRDENAS
Demandado	INFIMANIZALES
Sentencia	78

#### 1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir el fallo de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el último inciso del art. 181 del CPACA.

#### 2. ANTECEDENTES

##### 2.1. Pretensiones:

- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 030 del 4 de febrero de 2011 expedida por INFIMANIZALES, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato No. 2007-12-158.
- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 313 del 30 de noviembre de 2011, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición y se confirmó la decisión.
- Que se declare que INFIMANIZALES es responsable del restablecimiento económico presentado en virtud del rompimiento de la ecuación financiera del contrato No. 2007-12-158.
- Que, como consecuencia de la nulidad declarada, se ordene a Infimanizales rehacer la liquidación del contrato, incluyendo en favor del contratista los valores que constituyen el desequilibrio económico que se ha presentado durante la ejecución del contrato No. 2007-12-158 en desfavor del contratista demandante, de la siguiente manera:

Valor de los reconocimientos económicos: \$ 272.513.574.00

##### Resumen de los reconocimientos:

Reajuste a los precios del contrato:	\$32'302.703.00
Reajuste al valor del acero de refuerzo grado 60	\$42'622.527.00
Reajuste al valor de la mezcla densa en caliente Tipo MDC-2	\$40.759.544.00
Reconocimiento del valor de la utilización de una Bomba para concreto	\$12'993.000.00
Reconocimiento por el costo de la mayor permanencia en obra	\$143.835.800.00

**Valor total** **\$272.513.574.00**

Valor de la indexación del capital	\$24.907.741.00
Valor de los interés corrientes	\$181.273.304.00

**Valor total a favor del contratista**  
**Ing. Roberto Jaramillo Cárdenas** **\$478.694.619.00**

- Que las sumas que sean reconocidas y a cuyo pago sea condenada la entidad demandada, sean actualizadas desde la fecha de terminación del contrato y hasta la fecha de la sentencia con base en el IPC debidamente certificado.
- Que se liquiden los intereses de mora desde el momento en que cobre ejecutoria la sentencia, en los términos del inciso 3 del artículo 192 del CPACA
- Que se condene en costas a INFIMANIZALES conforme el art. 188 del CPACA
- Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

## 2.2. Supuestos fácticos:

- Que INFIMANIZALES, ordenó mediante resolución nro. 000289 de 2007 la apertura de la Licitación Pública Nro. INFI 011 – 2007, conforme a lo dispuesto en la ley 80 de 1993, con el objeto de CONTRATAR LA CONSTRUCCION DE INTERSECCION VIAL VARIANTE SUR PANAMERICANA, ACCESO BARRIO LA ENEA Y AEROPUERTO.
- Que como resultado del proceso de evaluación de la licitación Nro. INFI 011- 2007, la propuesta presentada por el Ingeniero ROBERTO JARAMILLO CARDENAS, obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles y por lo tanto, a través de la Resolución Nro. 000350 del 13 de diciembre de 2007, le fue adjudicado el contrato para la CONSTRUCCION INTERSECCION VIAL VARIANTE SUR PANAMERICANA, ACCESO BARRIO LA ENEA Y AEROPUERTO.

- Que el valor del Contrato Nro. 2007- 12- 158, fue pactado **a precios unitarios** en la suma de UN MIL DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$1.217.580.856).
- Que la fecha de inicio del contrato, para la ejecución de las obras, el cual fuera radicado con el Nro. 2007- 12-158, fue fijado el 18 de febrero de 2008, tal como consta en el acta de inicio y con un plazo de ejecución de cuatro (4) meses.
- Que a pesar que el inicio de actividades fue fijado para el 18 de febrero de 2008, la ejecución del contrato no pudo darse por circunstancias imputables a la entidad contratante, esto es INFIMANIZALES, de modo que el inicio de las obras sólo se realizó el día 18 de abril de 2008.
- Que INFIMANIZALES, debía para la fecha de inicio, esto es, 18 de febrero de 2008, entregar al CONTRATISTA LA TOTALIDAD DE LOS PREDIOS SOBRE LOS QUE DESARROLLARIA LA OBRA, ADEMÁS DE SEÑALARLE LOS PUNTOS SOBRE LOS QUE SE CONSTRUIRIAN LOS CAISSON, circunstancias que no se cumplieron en dicha oportunidad.
- Que, de este hecho, fue informado INFIMANIZALES, a través de comunicado que envió al demandante, el cual hizo extensivo a la INTERVENTORIA DEL CONTRATO, esto es, al CONSORCIO L Y T, según consta en oficio de fecha 24 de enero de 2008.
- Que, dado el retraso en el inicio de la obra, por hechos imputables solo a la entidad contratista, el Ingeniero, el día 25 de abril de 2008, solicitó al señor gerente de INFIMANIZALES, la AMPLIACION DEL PLAZO DEL CONTRATO
- Que dicha solicitud, motivada en la evidencia de los hechos imputables a INFIMANIZALES, fue aceptada y concretada en un OTRO SI del contrato, celebrado el día 16 de junio de 2008, ampliándose el plazo del contrato en dos meses más y dejando constancia expresa sobre las razones en que se fundaba tal ampliación.
- Que dentro del mencionado otro sí, se incluyó en la cláusula quinta la siguiente previsión: "La presente prórroga no implica el reconocimiento de valores o costos adicionales a favor del contratista y a cargo de INFIMANIZALES"; sin embargo, esta cláusula fue dejada sin efecto, mediante documento que contempló OTRO SI a la prórroga, documento firmado en julio de 2008 y donde expresamente se dijo que se dejaba sin valor la mencionada previsión.
- Que nuevamente en el mes de agosto, fecha antes de la terminación del contrato, el Ingeniero ROBERTO JARAMILLO

CARDENAS, solicitó nueva prórroga sustentada en nuevos hechos imputables a INFIMANIZALES.

- Que, con base en las anteriores razones, el contrato fue prorrogado por segunda vez, el día 15 de agosto de 2008 y por un término de dos meses más, hasta el 18 de octubre de 2008.
- Que, a su paso, el día 17 de octubre de 2008, se prorrogó nuevamente el contrato tanto en plazo como en valor, justificado en las obras adicionales que se tuvieron que realizar para el mejoramiento del proyecto y con fecha de culminación 8 de noviembre de 2008.
- Que como consecuencia de una serie de hechos explicitados por el contratista al interventor del Contrato, en comunicación de fecha 26 de octubre de 2008, suscrita por el demandante y enviada a la Interventoría y relacionados con “la mayor cantidad de roca que se presentó en la excavación de la transversal 36”, mayor excavación de la profundización de ésta tubería, debido a la presencia de un colector de alcantarillado a lo largo de la vía, conllevando esto a una mayor cantidad de llenos”, se solicitó nueva prórroga, la misma que fue concedida por un término comprendido entre el 09 de noviembre y el 18 de diciembre de 2008.
- Que las razones que motivaron cada una de las ampliaciones al plazo contractual, estuvieron sustentadas en hechos de falta de planeación e imprevisión, imputables a la entidad contratante, las mismas que en cada uno de las prórrogas contractuales fueron aceptadas por las partes, en especial por la entidad contratante, esto es, INFIMANIZALES y sobre las cuales siempre el demandante elevó reclamaciones a fin que le fueran reconocidos todos los sobrecostos y mayor permanencia en obra en los que tuvo que incurrir.
- Que el día 18 de noviembre de 2008, el ingeniero ROBERTO JARAMILLO CARDENAS, efectuó la entrega de la totalidad de las obras objeto del contrato, como consta en el acta de recibo final suscrita por las partes.
- Que las circunstancias nacidas y no previstas durante la ejecución de contrato y no imputables al contratista, llevaron a que el Cronograma establecido para la ejecución de la obra se modificara y el plazo de ejecución se ampliara, generando sobre costos de toda índole y rompiéndose la ecuación económica del contrato; dentro de los cuales, es lógico, se encuentran la MAYOR PERMANENCIA EN OBRA, que origina costos en el manejo de personal profesional, técnico y personal de obreros; REAJUSTES DE PRECIOS ( MAYOR VALOR DE ACERO DE REFUERZO, RECONOCIMIENTO POR UTILIZACION BOMBA DE CONCRETO, RECONOCIMIENTO POR MAYOR VALOR DE MEZCLA ASFALTICA y

RECONOCIMIENTO DE LOS AJUSTES DEL VALOR DEL CONTRATO DURANTE LOS MESES DE DICIEMBRE DE 2007 A ABRIL DE 2008) y RECONOCIMIENTOS DE COSTOS FINANCIEROS.

- Que, mediante diferentes comunicados, dirigidos tanto a la Interventoría como a la Entidad Contratista, el contratista solicitó el reconocimiento y pago de las mayores cantidades de obra, de los sobrecostos generados durante la ejecución del contrato, los reajustes financieros y de valor, tal como consta en comunicados que se adjuntan y como consta en la bitácora de obra.
- Que el valor total de los reconocimientos solicitados a título de restablecimiento de la ecuación contractual, es de DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TRECE MIL QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$272.513.574,00), más el valor de la indexación del capital y el valor de los intereses corrientes, para un total de CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS DIEZ Y NUEVE PESOS (\$478.694.619,00).
- Que mediante comunicado 9894 de 2009, la Subdirección Técnica de Proyectos de Infraestructura solicitó al Ingeniero Orlando Castañeda Fierro, Interventor del Contrato, emitir concepto sobre las reclamaciones presentadas por el demandante, el cual, mediante oficio del 23 de enero de 2009, emitió concepto favorable, pero parcial, sobre las mismas.
- Que muy a pesar del concepto favorable de la interventoría, INFIMANIZALES, en calidad de contratista negó el reconocimiento y pago de las reclamaciones del demandante, tal como consta en acta del comité de conciliación y repetición de fecha 13 de abril de 2010.
- Que la entidad contratante, con base en lo anterior, procedió a realizar la LIQUIDACION BILATERAL del Contrato Nro. 2007 – 12- 158, a lo cual se opuso el ingeniero ROBERTO JARAMILLO CARDENAS.
- Que, ante la imposibilidad de liquidar bilateralmente el contrato, por efectos de la negativa de la entidad contratante a reconocer el valor por mayores cantidades de obra y los sobrecostos en la ejecución contractual, INFIMANIZALES, procedió a la LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO 2007-12 158, mediante resolución Nro. 000030 de 04 de febrero de 2011.
- Que mediante resolución Nro. 00030 del 04 de febrero de 2011, INFIMANIZALES, liquidó unilateralmente el contrato nro. 2007-12-158, en la cual reconoció el pago de la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES DIEZ MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS (\$45.010.580,00), a favor del ingeniero JARAMILLO CARDENAS, por CONCEPTO DE

AJUSTES, desconociendo y omitiendo el reconocimiento de los restantes sobrecostos demostrados y reclamados por el contratista.

- Dentro del término legal, se interpuso RECURSO DE REPOSICIÓN en contra de la RESOLUCIÓN NRO. 000030 de 2011, en la cual se solicitó la revocatoria de tal acto administrativo, dado que no se tuvo en cuenta parte de la reclamación formulada y relacionada, con el sobrecosto de administración, el reajuste al costo de las obras, el reconocimiento de los intereses por mora en el pago de anticipo.
- Mediante resolución nro. 000313 de noviembre 30 de 2011, se resolvió el recurso de reposición, confirmando la decisión tomada en el acto administrativo mediante el cual se liquidó el contrato nro. 2007-12- 158.
- Que las circunstancias atrás anotadas, las cuales se hicieron notar en el transcurso de la actuación administrativa adelantada en INFIMANIZALES, conllevaron al rompimiento de la ecuación financiera del contrato y generaron créditos a favor del contratista, lo que pone en evidencia el vicio de falsa motivación que adolecen los actos administrativos de liquidación unilateral del contrato, haciendo evidente que existe un enriquecimiento sin causa de INFIMANIZALES a costa del detrimento patrimonial del demandante, lo cual debe ser reconocido e indemnizado por la entidad contratante.

### **2.3. Normas violadas y concepto de violación:**

**Constitución Política:** Artículos 2, 4, 6, 13 y 209.

**Ley 80 de 1993:** Artículos 4 numerales 3 y 9; 5 numeral 1; 14 numeral 1; 26 numerales 1, 2, 3 y 4, 26; 27 de la Ley 80 de 1993.

### **2.4. Contestación de la demanda:**

**2.4.1.** INFIMANIZALES dio respuesta a la demanda, afirmando en cuanto a las pretensiones propuestas por la parte demandante que no le asisten razones para incoar la presente acción, toda vez que no sufrió desequilibrio económico y que los valores a cancelar por mayor permanencia en obra ya fueron cancelados al momento en que se realizaron las adiciones al contrato de obra No. 2007-12-158 y el único valor a cancelarle por concepto de mayor permanencia en obra es de \$45.010.580,70, de acuerdo a lo manifestado por la interventoría del contrato.

De igual forma señala que no le asiste derecho a lo peticionado por el contratista, toda vez que no se aportaron pruebas diferentes a las que allegaron en la relación inicial, por lo que se concluye que el contratista

no prueba que se le hubiese ocasionado perjuicio económico; es decir, que sufrió desequilibrio económico con la ejecución del contrato 2007-12-158, que obligue a INFIMANIZALES a reconocerle sumas adicionales a las ya canceladas, ya que no demuestra que la mayor permanencia en la obra le haya afectado el AIU y porque cuando se hicieron las prórrogas y en las adiciones al contrato en mención se le reconoció por parte de INFIMANIZALES los costos adicionales y que dieron origen a las mismas, quedando únicamente en la resolución de terminación unilateral del contrato como suma a reconocer adicional por valor de \$45.010.580,70.

De acuerdo a lo anterior esboza que para obtener una declaratoria de responsabilidad se hace necesario probar el hecho, el daño y el nexo causal, esta posición jurídica la respaldan con la jurisprudencia del Consejo de Estado, donde delimita y diferencia la temática de la imputación de la responsabilidad, con la demostración del daño y las consecuencias de no demostrar con suficiencia la afectación alegada, proceso número 15162, radicado R-0785 del 16 de agosto de 2006, Sección Tercera, Consejo de Estado.

Finalmente argumenta que el demandante en ningún momento demostró a INFIMANIZALES que de acuerdo al balance general del contrato tuvo pérdidas y que las mismas una vez aplicadas al AIU y SIS las pérdidas económicas superaron lo establecido en el AI, para que pudiese reclamar, toda vez que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, así hubiese existido hechos que pudieran alterar la ejecución normal del contrato pero si las pérdidas no superan lo estipulado en el AIU, no hay desequilibrio económico. Por lo tanto, en los casos que no fueron reconocidos o remunerados no corresponden a la definición de desequilibrio financiero del contrato por hechos exclusivamente imputables a la entidad, por tratarse de riesgos no asumidos por el contratista y estar necesariamente vinculados a la obra y por lo tanto no estar subsumidos en los factores de administración, imprevistos o utilidad, lo cual se demuestra con la resolución de liquidación unilateral del contrato y los documentos probatorios.

Propone como medios exceptivos de fondo:

- INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO: La sustenta en el sentido que el contratista debió conocer los mayores costos en razón de su naturaleza profesional y que debió incluir en su oferta en razón de su responsabilidad de planeación; además, tampoco hay desequilibrio económico por ningún concepto por obras o situaciones del proyecto que fueron valoradas, reconocidas, evaluadas y remuneradas en las adiciones y prórrogas del contrato inicial; por tanto es impropio que el contratista suscriba sin salvedades dichas adiciones y prórrogas y después reclame mayores costos o mayores permanencias como desequilibrio económico.
- EXCEPCIÓN GENÉRICA DE DECLARATORIA OFICIOSA POR INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN: La sustenta en el artículo 306 del

C.P.C. que preceptúa que cuando se hallen probados hechos que constituyen una excepción o un medio de defensa del demandado, se deberá reconocer de oficio en la sentencia, por enervar el derecho sustancial pretendido por la parte demandante.

**2.4.2.** ORLANDO CASTAÑEDA FIERRO en calidad de interventor llamado en garantía, como respuesta a las pretensiones de la demanda sostuvo que, para el reconocimiento por el costo de mayor permanencia en obra, por la modificación del cronograma que amplió el tiempo de ejecución de la obra, en cuantía de \$143.835.800, considera que se debe tener en cuenta el antecedente jurisprudencial del Consejo de Estado en sentencia del 28/02/2013, radicado 25000-23-26-000-2001-02118-01 (25199).

Frente a las pretensiones del llamado en garantía, señala el Ing. CASTAÑEDA que siempre actuó conforme a las directrices establecidas en el Manual de Interventoría de INVIAS, por ello es preciso entrar en el análisis del concepto emitido por el interventor Ing. ORLANDO CASTAÑEDA FIERRO el 23 de enero de 2009, originario de la solicitud que hiciera el Dr. JORGE MARIO AMARILES, Director Técnico de Infraestructura de INFIMANIZALES.

Esboza que no era permitido para él apartarse ni del Manual, ni del contrato y mucho menos entrar a decidir reclamaciones concernientes a la entidad, por ello y en ejercicio de su actividad, respecto a las reclamaciones del contratista en relación a sobrecostos y mayor permanencia en la obra, su concepto de fecha 23 de enero sin ser obligatorio ni vinculante, solo podría limitarse a los hechos y razones por él conocidas durante el tiempo comprendido entre el 4 de septiembre de 2008 a diciembre 5 de 2008 fechas extremas del contrato de interventoría. Por lo tanto, no podía el Ingeniero CASTAÑEDA pronunciarse por cuanto le eran completamente ajenos, respecto al caso de la solicitud de reajuste por mayor permanencia en la obra durante la fase de inicio del contrato, donde eran otros los interventores quienes debían también dar cumplimiento al manual de interventoría de INVIAS, a la ley y al contrato estatal.

Propuso los siguientes medios exceptivos frente al llamado en garantía:

- LÍMITE DE RESPONSABILIDAD.
- BUENA FE CONTRACTUAL.
- GENÉRICA.

**2.4.3.** EL INVIAS llamado en garantía, contestó la demanda manifestando que se atiene a lo probado en el proceso y reitera que no debió haber sido vinculado a la presente actuación, por ser completamente ajena al negocio jurídico relacionado con el contrato 2007-12-158 suscrito entre INFIMANIZALES y el Ingeniero Civil ROBERTO JARAMILLO CÁRDENAS, pues no tuvo nada que ver con la etapa precontractual – contractual y post-contractual, que dio lugar a la suscripción del contrato de obra pública

aquí mencionado y de los derechos obligaciones emanados entre las partes.

Propuso como medios exceptivos frente a la demanda los siguientes:

- FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA.
- INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL INVIAS Y LA PARTE DEMANDANTE.
- COBRO DE LO NO DEBIDO.
- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.
- AUSENCIA DE CAUSA LEGAL Y/O CONTRACTUAL SOBRE LA SUMA PRETENDIDA.
- EXCEPCIÓN GENÉRICA.

Respecto al llamado en garantía se opone, puesto que no puede haber una relación contractual surgida entre el INVIAS e INFIMANIZALES quien suscribió el contrato No. 2007-12-158 con el señor Roberto Jaramillo Cárdenas, pues son los directos responsables de todo el espectro que rodea dicha relación contractual y sobre la capacidad jurídica del ente contratante INFIMANIZALES y la persona natural contratista ROBERTO JARAMILLO.

Agrega que el INVIAS no tiene nada que ver con los supuestos fácticos y jurídicos que dieron lugar la denuncia del pleito y la demanda en la presente actuación, pues claramente se observa en el contrato de obra que ambos acordaron la forma de modificar los ítems y las cantidades de obra, también contemplaron la provisión presupuestal con la que se va pagar el contrato.

**2.4.4.** El MUNICIPIO DE MANIZALES, en respuesta general a la demanda y al llamado en garantía expone que el acta de liquidación que obra en el infolio es prueba clara de que las partes estaban de acuerdo en su contenido al momento de la suscripción de la misma. Trae como referencia jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con el tema si procede la reclamación judicial de acreencias posteriores cuando no se dejaron salvedades en su contenido, radicado 44001-23-31-000-1997-01146-01 (15939) del 26/01/2011. Como quiera que el demandante aceptó el contenido del acta y la suscribió, no tiene sus pretensiones vocación de prosperidad en una acción contractual. Además contra el acta de liquidación bilateral procede demanda únicamente cuando se han dejado salvedades en la misma según lo indicado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en el radicado 68001-23-15-000-1997-00942-01 (16246) del 31/03/2011, por lo que el acta de liquidación fue suscrito sin salvedades ni observaciones, declarándose las partes a PAZ Y SALVO por toco concepto, por lo que es improcedente su estudio en estrados judiciales, y así deberá declararse en sede judicial.

Respecto al peritazgo indica que no existen los elementos necesarios para emitir un concepto desde el punto de vista contable, puesto que no se arrimaron al proceso los libros de contabilidad, estados financieros ni declaraciones de renta de la persona que obliga a ello, por lo tanto, no

puede ser tenido en cuenta como prueba dentro del proceso, puesto que no pasa del terreno de la especulación y no se torna objetivo para el debate jurídico.

Propuso las siguientes excepciones de fondo:

- COBRO DE LO NO DEBIDO.
- INEXISTENCIA DE PRUEBA DE LA PRETENSIÓN EN MEDIO DE CONTROL CONTRACTUAL.
- IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN FRENTE AL MUNICIPIO DE MANIZALES.
- PRESCRIPCIÓN
- GENÉRICA

**2.4.5. La Compañía Aseguradora de Finanzas S.A. llamada en garantía,** se pronunció aduciendo que desconoce los fundamentos fácticos de la demanda, por lo tanto están sujetos a lo que se pruebe en el proceso.

Frente a las pretensiones del llamado se opuso, considera que la Aseguradora no está obligada a pagarle al llamante en garantía suma alguna, porque en el proceso no se debate el incumplimiento del contratista garantizado y tampoco el pago de perjuicios causados a la entidad contratante asegurada por incumplimientos del contratista. Así las cosas, la entidad llamante en garantía estaría desvirtuando la naturaleza de los seguros expedidos por la aseguradora.

Propuso los medios exceptivos:

- INOPERANCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DE INFIMANIZALES, AL HABERSE NOTIFICADO CONFIANZA S.A. DE MANERA EXTEMPORÁNEA.
- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PARTE DE INFIMANIZALES PARA LLAMAR EN GARANTÍA A CONFIANZA S.A.

**2.4.6. Consorcio L y T (Jhon Jairo López y José Pablo Tarazona):**

Contestaron la demanda extemporáneamente.

**2.5. Pronunciamiento sobre el traslado de excepciones:**

La parte demandante se pronunció frente a las excepciones propuestas por la demandada y ruega se den por no probadas. (fls. 845 a 849).

**2.6. Alegatos de Conclusión:**

**2.6.1. Parte demandante:**

Los alegatos los sintetiza en que a la parte actora le asiste derecho a reclamar los reajustes y mayores valores generados con ocasión de la

ejecución del contrato No. 2007-12-158 celebrado con INFIMANIZALES, por la mayor permanencia en la obra del personal, mayor valor del acero de refuerzo, utilización de bomba de concreto, mayor valor de la mezcla asfáltica, y mayores costos financieros. Que la prueba de ello está basada en el dictamen pericial aportado con la demanda, el cual cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, entre los cuales se encuentran:

- Que los mayores valores y reajustes se encuentren soportados con los medios de prueba idóneos.
- Que esos mayores valores obedezcan a situaciones imprevisibles para el contratista al momento de suscribir el contrato.
- Que tratándose de una situación preexistente al contrato, se desconozca por las partes sin culpa de ellas.
- Que, siendo un suceso previsible, sus resultados resulten siendo ostensiblemente diferentes a los planeados.
- Que los reajustes y mayores valores hayan sido reclamados por el contratista, en vigencia del contrato.

Trayendo apoyo jurisprudencial sobre el tema, afirma que la objeción al dictamen pericial presentada por el Municipio de Manizales debe ser soportada con otro dictamen pericial ya sea aportado o solicitado por la parte que sustenta la objeción, en los términos del artículo 220 del CPACA, lo cual no ocurrió en el caso concreto, de tal forma que la objeción formulada se encuentra llamada al fracaso.

### **2.6.2. INFIMANIZALES:**

En los alegatos de conclusión se ratifica en todos los argumentos de defensa utilizados en la contestación de la demanda, quedando demostrado que al demandante no le asisten razones para que se le indemnice por la mayor permanencia en la obra, aduce que durante la ejecución del contrato le fue prorrogado y adicionado en el momento oportuno, con lo cual INFI le canceló las sumas de dinero que debió asumir el contratista por la mayor permanencia en la obra.

Además, sostiene que el contratista no logró demostrar que la mayor permanencia en la obra le haya afectado el IAU y porque cuando se hicieron las prórrogas y en las adiciones al contrato en mención se le reconoció por parte de INFIMANIZALES los costos adicionales y que dieron origen a las mismas, quedando únicamente en la resolución de terminación unilateral del contrato como suma a reconocer adicional por valor de \$45.010.580.70.

### **2.6.3. Municipio de Manizales.**

En su pronunciamiento de alegatos esboza que la parte demandante no logró probar los dichos de sus hechos relacionados con la ocurrencia de la ruptura del equilibrio contractual, ni tampoco el quantum de las mismas. Infiere que el peritazgo practicado no puede ser tenido en cuenta como prueba porque no fue presentado conforme con los

requisitos del artículo 226 del C.G.P., por falta de cumplimiento de los numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7.

Dice que ha de prosperar la objeción por error grave porque según el oficio GC-1322-025 del 6 de marzo de 2014 firmado por el contador del municipio no tuvo evidencia contable que lo respaldara ya que no fue arrimada por el ingeniero, situación que fue corroborada por el perito en la audiencia de pruebas.

Además, aduce que se logró probar con la objeción por error grave que el acero comprado a mayor valor subió a un porcentaje del 7% que en términos económicos para el contratista no alcanzaba la suma de 4 millones de pesos, y sobre el ajuste para la mezcla en concreto no tiene sustento probatorio porque se basa en otro contrato similar, situación que carece de presentación.

Sobre el sobrecosto de la obra y el AIU concluye que quedó probado que, por la tardía entrega de los lotes, INFIMANIZALES reconoció esta situación y prorrogó en tiempo y adicionó el contrato en otro valor adicional que está consignado en el acta de liquidación unilateral y que el contratista no lo quiso recibir. De tal forma que los sobrecostos fueron cubiertos y si de alguna forma quedó alguna cosa sin cubrir, dice que para ello existe dentro del presupuesto de obra el AIU.

#### **2.6.4. Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA**

La compañía aseguradora se ratifica en todas y cada una de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y el llamamiento en garantía al señalar la total improcedencia del llamamiento que hizo INFIMANIZALES teniendo en cuenta que el mismo debe ser declarado INEFICAZ de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 del CPC, hoy 66 del CGP al haberse notificado a Confianza S.A. 26 meses después de haberse admitido dicho llamamiento.

Aduce una falta de legitimación en la causa por parte de INFIMANIZALES y prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

Solicita absolver a la compañía aseguradora de toda responsabilidad derivada de la garantía única de seguros de cumplimiento teniendo en cuenta que ni los hechos ni las pretensiones del llamante en garantía gozan de cobertura.

#### **2.6.5. INVIAS.**

Se ratifica en su oposición de las pretensiones e insiste en las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, así también en que no tiene ninguna relación contractual con la demandante. No obstante, lo anterior, aduce que en ningún momento se configura el rompimiento de

la ecuación económica del contrato como equivocadamente lo afirma la actora.

#### **2.6.6. Ingeniero ORLANDO CASTAÑEDA FIERRO**

Indica en los alegatos que cuando asumió la interventoría, la ejecución del contrato llevaba un porcentaje aproximado del 70%, de tal forma que ya se habían ejecutado obras y recursos del contrato.

Asevera que como interventor obedecía a la aplicación del Manual de Interventoría de INVIAS como herramienta para la realización de la supervisión del contrato.

Manifiesta que a pesar que conceptuó que debían realizarse algunas prórrogas y además que debieron haber sido reconocidos algunos valores por las circunstancias anotadas en su concepto, éstas no fueron tenidas en cuenta por la entidad contratante para el reconocimiento de algunas sumas de dinero, en razón que consideró que no habían pruebas del desmedro tenido por el contratista, con lo que demuestra que el interventor cumplió con sus funciones, sino que también no tenía la última palabra en las decisiones que fueran tomadas en la obra mencionada, en consideración que unas fueron tenidas en cuenta y otras no.

Que las labores del interventor siempre se ciñeron al manual de interventoría procurando porque en el ejercicio de las funciones se detectaran factores que pudieran alterar el equilibrio económico del contrato de obras los cuales fueron resueltas en la oportunidad debida sin menos cabo para la entidad ni para el contratista, sin que por ello fuera de su resorte introducir modificación alguna al contrato, ya que esta función solo le atañe a las partes del contrato.

#### **2.7. Concepto del Ministerio Público:**

La señora Procuradora Judicial para Asuntos Administrativos no conceptuó este asunto.

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. Cuestión previa:**

##### **De la Legitimación en la causa**

El Despacho encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa al Ing. Roberto Jaramillo Cárdenas para integrar el extremo demandante, en su condición de contratista dentro del negocio jurídico No. 2007-12-158, en cuyo desarrollo se produjo la supuesta ruptura del equilibrio económico que constituye la materia de reclamación y el cual fue liquidado unilateralmente mediante la decisión sobre la cual recae la solicitud de nulidad.

Igualmente, el Despacho advierte que INFIMANIZALES está legitimada en la causa por pasiva, dada su condición de contratante del negocio jurídico presuntamente alterado por la ruptura de su equilibrio económico y por haber sido la entidad pública que expidió los actos administrativos atacados.

**Objeción por error grave al dictamen pericial presentado con la demanda, la solicitud de tacha del testigo que hace la declaración de la objeción y la facultad del apoderado de la parte demandante de tachar el testimonio.**

El Municipio de Manizales formuló objeción por error grave, contra el dictamen pericial decretado y practicado dentro del expediente, tal como lo dispone el numeral 3 del artículo 220 del C.P.A.C.A., razón por la cual se impone la necesidad de proceder al análisis previo de dicha objeción con el fin de determinar si, el dictamen presentado con la demanda, puede tenerse dentro del acervo probatorio que será valorado para efectos de fundar la decisión.

En la audiencia inicial realizada el 23 de mayo de 2016, se decretó la prueba consistente en un dictamen pericial referente a la valoración de los perjuicios solicitados por la parte demandante y alegada por esta con ocasión de la pretendida ruptura del equilibrio financiero del contrato.

El dictamen fue efectuado por el Ingeniero Civil GUILLERMO ANTONIO HURTADO MEJIA, con tarjeta profesional No. 669 del Copnia Caldas, y Registro Nacional de Avaluadores No. 548, firmado el 22 de enero de 2009, en el que analiza y valora el perjuicio económico en que incurrió el contratista.<sup>1</sup>

En su experticia, concluyó:

*1- Sobre el REAJUSTE DE LOS PRECIOS AL CONTRATO, que de acuerdo al párrafo 2 de la cláusula cuarta sobre cantidades y precios del contrato que establece que serán reajustados para cada ítem por una sola vez con base en la variación de los respectivos grupos del ICCP publicados por el DANE diciembre de 2007 – enero 2008 sin importar si el resultado es positivo o negativo se aplicará para toda la obra ejecutada de acuerdo al factor de actualización así:*

*Factor de actualización: Índice ICCP enero*

*Índice ICCP diciembre*

*Que el ICCP global es el promedio de los valores de ajuste para todos los precios unitarios; que el valor del contrato fue ejecutado en un ciento por ciento, y aplicando la metodología de INVIAS, la aplicación es así:*

<i>ICCP de Diciembre/2007:</i>	<i>113.74</i>	
<i>ICCP de Enero/2008:</i>	<i>116.88</i>	
<i>FACTOR DE ACTUALIZACIÓN:</i>		<i><math>\frac{116.88}{113.74} = 1.0276</math></i>
<i>Valor actualización: \$943.861.129 x 1.0276 =</i>		<i>\$969.911.696,00</i>

<sup>1</sup> Fls. 126 a 140 junto con sus anexos.

VALOR AJUSTE: \$969.911.696,00 - \$943.861.129 =	26.050.567,00
A.I.U. 29%	<u>\$7.554.664,00</u>
AJUSTE TOTAL	\$33.605.231,00
Menos descuento del 5% correspondiente al pago	
De la contribución especial de contratos de obra	
(Ley 1106 de 2006)	<u>\$1.302.528,00</u>
<b>Total a favor del contratista</b>	<b>\$32.302.703,00</b>

2- Respecto al REAJUSTE AL VALOR DE ACERO DE REFUERZO GRADO 60 (ITEM 24), lo sustenta en que en el período de mayor plazo del contrato se presentó un alza en el valor del acero de refuerzo que están sustentadas en las facturas de compraventa: Facturas Nos. 323, 325, 394, 502, 1952, 1893, 2534, 2581, 2586, 2583, 2584 y 2585, emitidas por Metalcentro Constructor, con un total de 73.454,30 kg. a razón de \$1897,00 por kg más el IVA.

Otras facturas de compraventa Nos. 2844, 3010, 3136, 3156, 3389, 3616, 3773, 3775, 3766, 4245 y 4938, para una cantidad de 7.939 Kg. y un valor total de \$18.375.620.

Precio promedio:  $\frac{\$18.375.609,40}{7.939 \text{ Kg}} = \$2.314,60/\text{Kg}.$

Valor ponderado:  $\frac{\$7.939 \text{ Kg} \times \$2.314,60 \text{ Kg} + 73.454,3 \text{ Kg} \times 1.897}{7.939 \text{ Kg} + 73.454,3 \text{ Kg}}$

$\frac{\$157.718.416,50}{81.393,30 \text{ Kg}} = 1.937,73 / \text{Kg}$

Valor del acero, incluido IVA = \$2.247.771 Kg.

Que el alambre negro de amarrar, tuvo un costo de \$3.999,68 incluido el IVA.

A la vez realizó el análisis de precios presentado en la propuesta económica del contratista, para el acero de refuerzo grado 60, teniendo en cuenta lo siguiente:

	UN	CANT.	VR. UNIT.	VR. TOTAL
Acero de refuerzo grado 60	kg	1	\$1.900	\$1.900
Alambre negro de amarrar	kg	0.025	\$2.500	63
Herramienta menor	GL	1	\$ 168	168
Cuadrilla A(1oficial + 3 ayudantes), Día		0,003	\$129.865	<u>390</u>
<b>Total costo directo</b>				<b>\$2.521/Kg</b>

Subsiguientemente realizó análisis de precios unitarios de acuerdo a la compra de material:

	UN	CANT.	VR. UNIT.	VR. TOTAL
Acero de refuerzo grado 60	kg	1	\$2.247	\$2.247
Alambre negro de amarrar	kg	0.025	\$3.999,68	99
Herramienta menor	GL	1	\$ 168	168
Cuadrilla A(1oficial + 3 ayudantes), Día		0,003	\$129.865	<u>390</u>
<b>Total costo directo</b>				<b>\$2.905,76</b>

Más los reajustes unitarios:

Valor nuevo precio – valor precio histórico = \$2905,76-\$2.521=\$384,76/Kg  
A.I.U. 29% 11,58/Kg  
Valor total \$496,34/kg

Total hierro instalado, según el Acta de Liquidación del Contrato: 89.336,30 Kg.

Valor total del reajuste 89.336,30 Kg x \$496,34/kg = \$44.341.179.00

Menos 5% de contribución especial de contratos de

Obra (ley 1106 de 2006)	<u>1.718.652.00</u>
Total a favor del contratista	\$42.622.527.00

3- Respecto al REAJUSTE DEL ÍTEM 9: Mezcla densa en caliente tipo MDC-2, reconoce que por resultar pertinente para este contrato sea autorizado un costo directo de \$497.810,00 que fue el mismo precio reconocido al Consorcio Libertad 2008.

Sustenta lo anterior en el memorando del 3 de febrero de 2009 de la Dra. Martha Elena Calvo Montoya, Secretaria General, dirigido al Director Técnico de Infi-Manizales, Ing. Jorge Mario Amariles Gómez, y en el comunicado del Ing. Orlando Castañeda – Interventor de la Obra del 23 de enero de 2009 dirigido a Jorge Mario Amariles donde aceptan el reajuste.

Además, el mismo reconocimiento quedó consignado en la Resolución No. 00030 del 4 de febrero de 2011.

Por ello el nuevo precio convenido para la mezcla densa en caliente tipo MCD-2 es de \$497.810,00/M3.

El valor inicial contractual de este ítem fue de \$309.978,00/M3, lo que da un reajuste de \$187.832,00/M3.

Que, de acuerdo con el Acta de Liquidación del Contrato, la cantidad suministrada e instalada de mezcla densa en caliente tipo MDC-2 fue de 175,00 m3.

El reajuste queda así:

175,00 M3 x \$187.832,00/M3 =	\$32.870.600.00
A.I.U. del 29%	<u>9.532.474.00</u>
Total del reajuste	\$42.403.074.00
Menos 5% de contribución especial	
De contrato de obra (Ley 1106/08)	<u>\$1.643.530.00</u>
Total a favor del contratante:	\$40.759.544.00

4- En relación con el RECONOCIMIENTO DEL VALOR DE LA UTILIZACIÓN DE UNA BOMBA PARA CONCRETO, NECESARIA PARA LA COLOCACIÓN DEL MISMO, indica que, en el memorando firmado por la Dra. Martha Elena Calvo Montoya, se da la aquiescencia a este reconocimiento por lo tanto total a favor del contratista es de \$12.993.000.00.

5- El COSTO DE LA MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA, lo sustenta que de acuerdo en la cláusula segunda – obligaciones del contratista, éste se obliga a tener el siguiente personal:

Un Ingeniero Civil o de Transporte como Director de Obra, con una dedicación del 40%.

Un Ingeniero Civil o de Transporte Residente de Obra, con una dedicación del 100%.

Un Especialista Estructural, con una dedicación del 10%.

Un ingeniero civil o de Transporte como Auxiliar de Ingeniería de Obra, con dedicación exclusiva.

Un Maestro de Obra o Técnico Constructor con dedicación exclusiva.

Un Inspector de Obra o Técnico Constructora con dedicación exclusiva.

Además de otro personal que requiere toda obra como Almacenistas, secretaria, Mensajero, Paleteros, incluso costos como servicios públicos,

contabilidad, etc., Los cuales presentó el contratista por valor de \$35.958.950.00 por mes y que fueron reconocidos por INFIMANIZALES por 2 meses, según aceptación por parte de la Secretaría General Técnica de Infi-Manizales, pero el contratista relaciona 4 meses, que es absolutamente razonable.

Por lo anterior este perjuicio se valora así:

4 meses x \$35.958.950.00/mes = \$143.835.800.00.

6- Indexación de la deuda:

El valor total de los reajustes: \$272.513.574.00

IPC para marzo de 2009: 101.93732

IPC para mayo de 2012: 111.25436

FACTOR DE ACTUALIZACIÓN:  $\frac{111.25436}{101.93732} = 1.09140$

101.93732

VALOR ACTUALIZADO: \$297.421.315,00

VALOR DEL AJUSTE: \$24.907.741,00

7- Intereses:

Cálculo de intereses  $\$272.513.574 \times \frac{0.2052}{12} \times 38.9 = \$181.27.304.00$   
12 meses

Resumen General

Valor de los reconocimientos económicos:	\$272.513.574,00
Valor de la indexación del capital:	\$24.907.741,00
Valor de los intereses corrientes:	<u>\$181.273.304,00</u>
Valor total a favor del contratista	<b>\$478.694.619,00</b>

La apoderada del Municipio de Manizales en la audiencia inicial solicitó aclaración al dictamen (ver preguntas fl. 904 C 1D audiencia inicial), a la vez lo objetó por error grave (ver argumentos de la objeción en el fl. 904 C1D voto). De igual forma y para probar la objeción, solicitó se decretara el testimonio técnico del Ingeniero de la Secretaría de Obras Públicas Sr. JUAN ALBERTO ZULUAGA MUÑOZ.

De acuerdo a lo anterior el Despacho citó a audiencia de pruebas para tomar testimonio al Ing. GUILLERMO HURTADO MEJIA para ratificación del peritazgo y resolver las aclaraciones y objeciones propuestas por el Municipio, para ello también se citó al Ing. JUAN ALBERTO ZULUAGA MUÑOZ, a quien se le tomó la declaración. Además, se autorizó al apoderado de la parte demandante realizarle unas preguntas al perito.

En la audiencia de práctica de pruebas del art. 181 del CPACA, primero se tomó el testimonio al perito ingeniero Guillermo Hurtado Mejía para adicionar el decreto de pruebas propuesto por el apoderado de la parte demandante, aclarar y objetar los puntos solicitados por el Municipio.

Como primera medida se le realizaron las preguntas indicadas por el apoderado de la parte demandante en la audiencia inicial (ver acta

audiencia inicial). Seguidamente se le plantearon las preguntas propuestas por el Municipio de Manizales con el fin de aclarar el dictamen para luego pasar a objetarlo y finalmente el Municipio de Manizales objetó por error grave el peritazgo por los siguientes motivos:

- Porque no se tuvo en cuenta la cláusula de ajuste, que solo reconoce un único ajuste por ítem. El perito frente a esta objeción manifestó que el resultado matemático es el mismo y se hace por el cambio de año.
- Que el porcentaje de acero que se compró a mayor valor es muy pequeño sólo del 9% comparado con la totalidad del acero que se llevó la obra, por ende, el precio de esta reclamación no corresponde con la realidad. El perito contestó que el acero fue el que se compró a mayor valor, la base son las facturas que presentó el ingeniero.
- Porque el precio que se le quiere incrementar al vaciado de la bomba debió haber estado concebido con el precio unitario inicial, porque es un tema que el contratista debió haber tenido presente al presentar la propuesta. El perito respondió que el valor del reconocimiento de la bomba la hizo con base en la autorización que dio el Municipio. No estaba previsto pero la bomba agiliza el trabajo.
- Porque sustenta el precio del asfalto con otro contrato sin prueba de la circunstancia de precio, modo y lugar del contrato que se discute. El perito se remite al memorando presentado por Jorge Mario Amariles, advirtiendo que el mayor valor que reclaman fue porque en otro contrato lo reconocieron.
- Porque se equivoca en solicitar mayor permanencia en obra, porque esta duró 9 meses y el plazo inicial fueron 4 meses, se le reconocieron 2 meses por no entrega de lotes y está solicitando otros 4, o sea que debió pedir 3 y no 4. El perito explica que la entrega de los lotes e invierno ya no fueron 4 meses, sino 5 meses más, tiene una cantidad de costos que se salen del equilibrio del contrato.
- Porque no reconoce las cláusulas de las adiciones del contrato que dice que las prórrogas no implican reconocimiento de valores o costos adicionales a favor del contratista y en contra de Infimanizales. El perito manifestó que se limitó hacer lo que le pareció que alteró la ecuación del contrato.

Al preguntársele al perito ¿Qué resultados le arrojó el análisis? Respondió que no realizó eso, se limitó a evaluar unas condiciones no previstas.

Al preguntársele si recuerda las adiciones, respondió que no tiene la cifra.

Al preguntársele ¿si las adiciones podrían haber cubierto la mayor permanencia en la obra?, respondió que no son 2 meses, el análisis debe hacerse por 4 meses.

En la misma audiencia llevada a cabo el 25 de septiembre de 2016, el apoderado de la parte demandante tachó al testigo JUAN ALBERTO ZULUAGA – jefe de Vías de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales, por considerar que tenía vínculo laboral con la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS.

Por otro lado, la apoderada del Municipio solicitó no tener en cuenta la tacha en razón a que el apoderado del contratante no tenía poder para tachar de falso el testimonio, petición esta que al tenor del art. 77<sup>2</sup> debe ser negada, pues la posibilidad que tiene un apoderado de tachar a un testigo, es una facultad que está implícita en el desarrollo del mandato conferido por quien otorga un poder.

Ahora bien, si es del caso analizar la tacha del Ingeniero Juan Alberto Muñoz por ser servidor del Municipio de Manizales y si la misma estuvo afectada de parcialidad o falta de objetividad.

Al respecto el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de enero de 2012, indico que los motivos de la tacha del testigo se analizaran en la sentencia; sin embargo, la tacha no implica que la recepción y valoración de esta prueba se torne improcedente, *"sino que exige del juez un análisis más severo para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria"*<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> *“Artículo 77. Facultades del apoderad. Salvo estipulación en contrario, el poder para litigar se entiende conferido para solicitar medidas cautelares extraprocesales, pruebas extraprocesales y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de este, solicitar medidas cautelares, interponer recursos ordinarios, de casación y de anulación y realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente las condenas impuestas en aquella.*

*El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante.*

*El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, prestar juramento estimatorio y confesar espontáneamente. Cualquier restricción sobre tales facultades se tendrá por no escrita. El poder también habilita al apoderado para reconvenir y representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvencción y la intervención de otras partes o de terceros.*

*El apoderado no podrá realizar actos reservados por la ley a la parte misma; tampoco recibir, allanarse, ni disponer del derecho en litigio, salvo que el poderdante lo haya autorizado de manera expresa.*

*Cuando se confiera poder a una persona jurídica para que designe o reemplace apoderados judiciales, aquella indicará las facultades que tendrá el apoderado sin exceder las otorgadas por el poderdante a la persona jurídica.*

<sup>3</sup> Sentencia del 17 de enero de 2012, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Radicación No. 110010315000 201100615 00

Por otro lado, el artículo 211 del C.G.P., aplicable en el presente asunto, conforme lo establecido en sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de junio de 2014<sup>4</sup>, dispone que:

*"Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales y otras causas. La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda.*

*El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo a las circunstancias de cada caso".*

Por ello, se realizará una síntesis de los temas centrales de la declaración presentada por el Ing. ZULUAGA MUÑOZ, sobre los hechos materia del litigio. El testigo manifestó en síntesis que:

*Labora para el Municipio hace 1 año y 3 meses, antes trabajó con la empresa Procal Manizales – Bogotá, durante 6 años como administrador vial, indica que la Secretaría Jurídica le pidió apoyo para rendir concepto del peritazgo sobre el tema del puente de la Enea; que empezó a laborar el 25 de agosto de 2015 en el Municipio de Manizales.*

*Expone que el acero que se compró a mayor valor son exactamente 7.939 Kg, que la totalidad de obra fueron 81.393,3 Kg y equivale al 9%; que en términos económicos representan para el contratista, la diferencia con el peritazgo de \$496,34; que en resumidas cuentas equivalen a \$3.940.443,26 incluido el AIU. Que para este contrato habían dos formas de mantener los mayores valores, uno los imprevistos que están dentro del contrato y el otro una fórmula de pago por reajustes que contemplaba el contrato. Indica que sobre el ajuste que se pide en la mezcla que en un 9% del total de la cantidad de los 87 mil representa una cantidad muy pequeña y el incremento en costo como tal en porcentaje tampoco es exagerado como para solicitar reajuste sobre el tema. Señala que el perito anexa unas facturas de compra sobre los 7 mil donde revela la diferencia que existía entre él y el precio que él cotizó pero jamás allegó facturas del resto del hierro que entendería lo compró a un precio inferior porque no hizo reclamación sobre esa parte, entonces como el análisis era sobre precios unitarios fijos, la reclamación no tiene lugar porque como tal, el contrato no contempla que se le va a pagar por cada factura que él presente, entonces la cantidad de reajuste que tendría el precio total del acero con la fórmula que se contempla equivaldría a \$5.563.313,25 que equivale más o menos al 2.76% que fue el índice que se concibió para ese tipo, si vemos el reajuste que le estarían pagando para el acero es mucho mayor a lo que él está reclamando por el sobrecosto en ese mínimo porcentaje que tuvo de valor de compra mayor. Los valores de compra de un material es un riesgo que lo asume un contratista cuando se somete a una licitación por compra de costos unitarios. Para el anterior análisis se dirigió a INFIMANIZALES y solicitó el archivo completo, con una semana completa mirando la documentación, la licitación, los análisis unitarios y todo lo que tenía que ver con el proceso.*

*Manifestó que analizó cada ítem del contrato, que está reflejado en un análisis de precios unitarios que incluye dentro de la propuesta. Que el porcentaje total que representa el desequilibrio frente al contrato manifiesta que no lo calculó. Indica*

<sup>4</sup> El Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 2014. EXP. 25000- 23-36-000-2012-00395-01(I.J), M.P. ENRIQUE GIL BOTERO. (...)..."La Sala Plena entonces mediante Auto unificó jurisprudencia concluyendo que el Código General del Proceso para los asuntos que son competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entra a regir desde el 1° de enero del 2014 y no en forma gradual."

según el acta de liquidación las obras se ejecutaron y liquidaron en su totalidad con valores indicados en el contrato inicial así como en las adiciones.

Tuvo la oportunidad de revisar el texto del contrato del que se refiere el dictamen pericial, que es un contrato de obra pública con precios unitarios fijos con fórmula de reajuste, en el cual se pueden presentar situaciones imprevistas o imprevisibles en su ejecución. Dice que la situación que se presentó dentro de este contrato fueron inicialmente unas demoras en la entrega de unos lotes donde se necesitaba construir, las demoras fueron reclamadas en su momento por el contratista y fueron reconocidas al mismo con unos pagos administrativos que representan una mayor estadía en obra, digamos que este hecho no previsto. Se incurrió que el contrato que inicialmente era para 4 meses fuese ampliado hasta 9 meses.

Sobre si eran o no previsibles las circunstancias que se presentaron durante la ejecución del contrato, manifestó que es un riesgo, y que en una licitación se realiza una matriz de riesgo y sobre ella se define que riesgos pueden ocurrir dentro de ellas y se analiza de quien es la responsabilidad y quien la asume. Dentro del riesgo de los lotes la entidad asumió la mayor estadía y le reconoció dos meses. Al preguntársele si las circunstancias que ocurrieron durante la ejecución del contrato normales o anormales fueron conocidas antes de suscribir el contrato, manifestó que no.

A la pregunta que si los perjuicios que reclama el contratista a los que cuales hace referencia el Ing. Guillermo Hurtado en el peritazgo, eran conocidas con antelación por Roberto Jaramillo, responde que estaban concebidos o que podían ocurrir, entonces la reclamación es de unas si y otras no pero la parte que analizó fue en la forma que se realizó la reclamación, sobre unos puntos específicos y no en una forma generalizada; es decir, sobre el peritazgo, y las cifras sobre las cuales se apoya y los tiempos no concuerdan con la realidad, no tiene fundamento si se está estudiando un peritazgo y una cosa tan elemental de reclamar una mayor estadía en obra, si reclama 4 meses y la suma no da y ya ha pagado 7 de donde se saca el otro mes, entonces se centra en cada uno de los puntos. Responde que conoció la matriz de riesgo suscrito en el contrato y que los hechos que narró el perito en el dictamen si se presentaron independiente de las cifras. Aclara que de los cuatro 4 puntos del peritazgo el único que no estaba previsto era el de mayor permanencia en la obra el resto no estaban previstos.

El testigo agrega sobre la mezcla densa en caliente que no es la forma de sustentar un mayor precio, porque cada contratación tiene las circunstancias de modo, tiempo y lugar de ejecución y no se puede basar en una reclamación sobre otro contrato.

En el primer punto sobre que tiene derecho a la fórmula de reajuste y que además de eso tiene derecho a lo otro y el contrato es muy claro en decir que lo único que le pagaba era la fórmula, entonces reclama con una y adicionalmente reclama con otra cosa, por lo que los argumentos de la reclamación no son bien sustentados.

El despacho incorporó al expediente el informe que data del 20 de mayo de 2016, mediante el cual basó su testimonio<sup>5</sup>.

Ahora bien, de acuerdo al fundamento legal y jurisprudencial planteado en precedencia sobre la tacha por sospecha del testigo, y escuchada la declaración del Ing. Juan Alberto Zuluaga Muñoz en la audiencia de pruebas, encuentra el Despacho que esta no puede ser tildada de sospechosa o de falsa, por el solo hecho de que el testigo sea servidor del Municipio de Manizales, pues si bien es cierto tiene una relación con

---

<sup>5</sup> Fls. 927 a 929 C1D.

la entidad vinculada, no se evidencia que su declaración está viciada por falta de objetividad y parcialidad.

Hay que recordar que, según la jurisprudencia, el hecho de que se haya propuesto tacha por sospecha del testimonio rendido por el señor ZULUAGA MUÑOZ, no implica que su recepción y valoración sea improcedente, pues lo que se exige es que el análisis sea más severo, a fin de determinar el grado de credibilidad. Por lo tanto, aplicando las reglas de la sana crítica, encuentra el Despacho el testigo hizo su declaración de forma convincente, fue suficientemente claro en su exposición, e hizo sus manifestaciones con conocimiento de causa, dados sus conocimientos técnicos en la materia.

Las anteriores razones hacen concluir, que la tacha por sospecha del testimonio propuesta por el apoderado de la parte demandante, rendido por el ingeniero ZULUAGA MUÑOZ, no tiene vocación de prosperidad.

En lo que respecta a la objeción por error grave propuesto por el Municipio de Manizales, se precisa lo siguiente:

De conformidad con el artículo 238 del C.P.C., la objeción que las partes pueden formular contra el dictamen pericial procede por “*error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas*”. Vale decir, debe tratarse de un error de tal magnitud que, “*de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos*”, por lo cual, el error debe ser tan significativo que las conclusiones a las cuales conduzca, sean ostensiblemente equivocadas.

En torno a los presupuestos de este mecanismo de contradicción probatoria, el Consejo de Estado<sup>6</sup> ha señalado:

*“144. Cuando la contradicción se ejerza mediante la objeción por error grave, deben cumplirse los requisitos del numeral 5º del referido artículo 238, relacionadas con el deber de precisar el error y de solicitar las pruebas que se consideren necesarias para demostrarlo.*

*145. Sobre el concepto de error grave, la Sección Primera de esta Corporación se pronunció, en sentencia de 26 de noviembre de 2009<sup>7</sup>, indicando que:*

**“[...] Resulta pertinente precisar que para que se configure el “error grave”, en el dictamen pericial, se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, una falla que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4 y 5 del artículo 238 CPC.**

<sup>6</sup>Consejo de Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Primera, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Número único de Radicación: 25000232400020090019901.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, sentencia de 26 de noviembre de 2009, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, núm. único de radicación: 25000232700020040204901

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado, respecto de la objeción por error grave contra el dictamen pericial y sus especiales condiciones, lo siguiente:

**“(...) si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...”** pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven [...]”

146. En efecto, para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos.

147. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación y no a la conclusión de los peritos.

**148. Por su parte, la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia de 8 de febrero de 2017, precisó sobre la procedencia del error grave lo siguiente:**

**“[...] De conformidad con el artículo 238 del C. de P.C., la objeción que las partes pueden formular contra el dictamen pericial procede por “error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas”.** Vale decir, debe tratarse de un error de tal magnitud que, “de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos”, por lo cual, el yerro debe ser tan significativo que las conclusiones a las cuales conduzca sean ostensiblemente equivocadas.

En torno a los presupuestos de este mecanismo de contradicción probatoria, esta Corporación ha señalado:

**“...la objeción por error grave procede no por la deficiencia del dictamen ante la falta de fundamentación o sustento técnico y científico o por la insuficiencia o confusión de los razonamientos efectuados por los peritos, sino por su falencia fáctica intrínseca, a partir de la cual no puede obtenerse un resultado correcto, por cuanto parte de premisas falsas o equivocadas en relación con el objeto mismo materia de la experticia,** ‘(...) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, (...) **es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen,** pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil (...) no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa

*examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva' (G. J. tomo LXXXV, pág. 604) " (Énfasis fuera de texto)". (Subrayas y negrillas del despacho)*

De lo anterior se sigue que, para que prospere la objeción por error grave, la experticia debe haber cambiado las cualidades del objeto examinado o haber tomado como objeto de estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen.

Aplicando las anteriores consideraciones se verifica que el dictamen pericial objetado en el *sub-lite*, atendió, precisamente, la materia que debía analizar el perito, la cual se limitó a realizar un i) reajuste de los precios al contrato, de acuerdo a la fórmula del parágrafo 2 de la cláusula cuarta del contrato No. 2007-12-158, ii) reajuste del valor de acero de refuerzo, con base a la confrontación de facturas suministradas por el contratista y los valores del contrato inicial, iii) reajuste de la mezcla densa en caliente, basado en un memorando del 27-01-2009 expedido por el Ing. Jorge Mario Amariles dirigido a la Secretaría Técnica de INFIMANIZALES, en el que acepta el reconocimiento de este ítem. (fl. 190 C1), iv) reconocimiento de utilización de la bomba, por la aquiescencia de su utilización, de conformidad al memorando del 27-01-2009, y v) costo de mayor permanencia en la obra, fundado en los dos meses que le fueron reconocidos al contratista por la suma de \$35.958.950 cada mes; por lo tanto, a su juicio indica que *"es absolutamente razonable en su reclamación. Los costos de administración presentados por el Contratista y aceptados por la entidad contratante..."*, sobre el resto de tiempo.

En este orden de ideas, se trataba de un procedimiento matemático de comprobación, respecto a los reajustes del precio del contrato y del acero de refuerzo, que se limitó a verificar si existía una diferencia cuantitativa en la aplicación de uno u otro indicador. Los otros puntos fueron soportados o extraídos del memorando el 27-01-2009; es decir, no partieron de premisas falsas o equivocadas, fueron soportadas en el mismo contrato y en documentos expedidos por Infimanizales, pero que de manera alguna puede considerarse esta constatación como prueba suficiente de la ocurrencia de un desequilibrio económico contractual, puesto que tal valoración corresponde efectuarla al juzgador en conjunto con los demás medios de convicción aportados al proceso, como en efecto lo hará el Despacho más adelante.

Adicionalmente, se precisa que lo que fue materia de complementación, aclaración y objeción, también fue tema resuelto por el Ing. Guillermo Hurtado Mejía sustentado en el mismo dictamen en la audiencia de pruebas.

En consecuencia, no se advierte la existencia del error grave alegado por El Municipio de Manizales, pues la discusión y controversia del análisis y la deducción que efectuó el perito y que la entidad llamada en garantía

no comparte, no resultan suficientes para tener por configurado el error grave por el cual se objetó el aludido dictamen pericial.

### **3.2. Fondo del asunto:**

Se contrae a determinar la legalidad de la actuación administrativa que liquidó de manera unilateral el contrato de obra No. 2007-12-158 celebrado entre el ingeniero Roberto Jaramillo Cárdenas e Infimanizales, cuyo objeto consistió en la CONSTRUCCIÓN DE LA INTERSECCIÓN VIAL VARIANTE SUR PANAMERICANA, ACCESO BARRIO LA ENEA Y AEROPUERTO, derivado de la Licitación Pública Nro. INFI 011 – 2007 y como consecuencia de ello, el reconocimiento del rompimiento de la ecuación financiera del contrato lo cual, se aduce, ha generado créditos a favor del contratista, poniendo en evidencia el vicio de falsa motivación de los actos administrativos de liquidación unilateral del contrato y haciendo evidente la existencia de un desequilibrio económico surgido durante la ejecución del contrato, el cual debe ser indemnizado.

### **3.3. Problema jurídico:**

Si en la ejecución del contrato No. 2007-12-158, el demandante incurrió en costos mayores al valor pactado en el contrato principal, al punto de romper el equilibrio económico del mismo.

En caso afirmativo, ¿cuál es el valor adeudado al contratista y cuál de las entidades y particulares demandados debe concurrir al pago de los valores adeudados?

### **3.4. Premisas normativas y jurisprudenciales:**

#### **Régimen jurídico del contrato de obra No. 2007-12-158**

El Contrato de Obra N° 2007-12-158 fue celebrado el 27 de diciembre de 2007, fecha para la cual INFIMANIZALES, entidad contratante, ostentaba la naturaleza jurídica, según el numeral 1 del Acuerdo No. 292 de 1997, de un establecimiento público, descentralizado, de orden municipal, adscrito a la Alcaldía de Manizales, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y patrimonio propio e independiente, anteriormente denominado Empresas Públicas de Manizales, cuyo objeto principal, de acuerdo con el numeral 3 del Acuerdo en cita, es el fomento, promoción y contribución al desarrollo administrativo, económico, social, urbanístico, cultural, deportivo, financiero, institucional, turístico y físico – ambiental del Municipio de Manizales, cuyas actividades asignadas se basaron en la financiación de inversiones públicas o sociales sin que se mencionara el desarrollo de obra pública o de infraestructura, pero además se le permitió dentro de los estatutos atendiendo que su objeto es el desarrollo administrativo urbanístico,

ejerger “las demás actividades que tengan relación directa con el objeto social y sean autorizadas por la Junta Directiva de la entidad”.

Es así que entre el Municipio de Manizales e INFIMANIZALES firmaron un Convenio Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyectos No. 0610025504 del 2 de octubre de 2006, en el que el Municipio de Manizales le asignó a INFIMANIZALES, la gerencia de los proyectos necesarios para la ejecución de algunas obras, por cuenta y riesgo del mismo Municipio, entre ellas la Intersección Panamericana – Enea.

Por manera que dada la competencia de INFIMANIZALES para celebrar el contrato *sub iudice* el régimen aplicable es la Ley 80 de 1993 que fijó las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, y en virtud a la naturaleza y en ejercicio de las facultades podía suscribir el contrato objeto del presente proceso.

### **Sobre el desequilibrio económico del contrato**

El restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales se encuentra normativamente previsto en los numerales 3° y 8° del artículo 4°, en el numeral 1° del artículo 5° y en el artículo 27, todos de la Ley 80 de 1993, que respectivamente preceptúan:

*“Artículo 4°. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

*(...)*

*3°. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.*

*(...)*

*8°. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación ... o de contratar en los casos de contratación directa, Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.*

*(...)*

**Artículo 5° De los derechos y deberes de los contratistas.** *Para la realización de los fines de que trata el artículo 30 de esta ley. Los contratistas:*

**1°. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.**

**En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio**

se rompe por incumplimiento de la entidad estatal, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

(...)

**Artículo 27. De la ecuación contractual.** En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

**Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25.** En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia que se trate".

De acuerdo a lo anterior, el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

Ahora bien, respecto al origen de la ruptura del equilibrio económico de los contratos estatales el Consejo de Estado<sup>8</sup> ha dicho:

"...[E]l equilibrio financiero puede resultar afectado por variadas causas, algunas atribuibles a la propia administración contratante, como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución del contrato; otras, también imputables a la administración, pero provenientes del ejercicio de su función estatal; así mismo, la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión. (...)"<sup>9</sup>

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias, a saber: **i) actos o hechos de la entidad estatal contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo –ius variandi–, sean éstas abusivas o no; ii) actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato; y iii) factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran**

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Radicación número: 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996), 13 febrero de 2013.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, C.P. Daniel Suárez Hernández.

circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.

**En todos los eventos antes referidos surge la obligación para la entidad estatal contratante de auxiliar a su contratista colaborador asumiendo, bien mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o bien indemnizándolo integralmente, según el caso, previo cumplimiento de los requisitos señalados para cada figura.**

Conviene precisar, sin embargo, que en estricto rigor hay lugar a **distinguir<sup>10</sup> entre la responsabilidad contractual que se deriva del incumplimiento o del cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones asumidas por alguna de las partes –incluidas las entidades estatales contratantes–, por cuya virtud la parte incumplida debe responder ante su co-contratante cumplido por los perjuicios que le ocasione por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso que le sea imputable, por un lado, de la figura del equilibrio económico o financiero del contrato por otro lado, comoquiera que la finalidad de esta última no es otra que la de mantener, a lo largo del tiempo, las condiciones económicas, técnicas y financieras existentes al momento de la presentación de la oferta o de la celebración del contrato, según sea el caso, todo con el fin, a su turno, de preservar la equivalencia convenida, considerada y acordada entre las partes del contrato respecto de sus correspondientes, mutuas y recíprocas prestaciones, todo ello independientemente de que, como resulta apenas natural, la ecuación inicial del contrato también se vea alterada o afectada por causa o con ocasión de circunstancias constitutivas de incumplimiento contractual.**

**“El equilibrio financiero o ecuación económica del contrato, tiene como finalidad mantener durante la ejecución del contrato las mismas condiciones económicas que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta o contratar; equivalencia que puede verse afectada por diversas causas que pueden ser imputables al contratista, a la administración o a factores externos a las partes en cuanto no les haya sido posible preverlos.**

Esta figura encuentra fundamento en la conmutatividad de los contratos o equivalencia que puede establecerse entre las prestaciones que asumen las partes, pero todo ello referido al momento y en el contexto integrado por las circunstancias vigentes que constituyeron el marco dentro del cual las partes llegaron al acuerdo que determinó la celebración misma del correspondiente contrato, por manera que si durante la ejecución del contrato y por variación de tales prestaciones, circunstancias o condiciones, para una de dichas partes la ejecución del vínculo le representa la asunción de prestaciones o de cargas significativamente mayores o adicionales en relación con las

<sup>10</sup> Se hace hincapié en la diferenciación que existe y es posible establecer entre la 'responsabilidad contractual', derivada del incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, por oposición a la figura del 'equilibrio económico' del contrato, puesto que la propia ley incorpora elementos que tienden a confundir esos dos fenómenos jurídicos; ciertamente, la Ley 80 de 1993, en el numeral 8 de su artículo 4, al ocuparse de relacionar algunas de las "medidas necesarias para mara mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa", en clara y directa alusión a la figura del 'equilibrio económico' de los contratos estatales, incluye el pacto de 'intereses moratorios', cuando es evidente que la mora supone el incumplimiento cualificado de una obligación. Así mismo, el inciso 2° del numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80, consagra una hipótesis fáctica que confunde los dos fenómenos jurídicos aludidos al disponer: "Si dicho **equilibrio se rompe** por **incumplimiento** de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato".

originalmente convenidas, será menester restablecerse el equilibrio financiero que se ha visto afectado....”

Agregando la citada Alta Corporación en la misma providencia que:

(...)la finalidad del equilibrio financiero del contrato no es otra que la de mantener, a lo largo del tiempo, la equivalencia de las condiciones económicas, técnicas y financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentación de la oferta que, precisamente, contiene las bases sobre las cuales se concluyó el correspondiente negocio jurídico y que fue estructurada de acuerdo con las circunstancias y condiciones que en su momento conoció y tuvo a su alcance el proponente -cuando el contrato está precedido del procedimiento de la licitación-, o al momento de contratar -cuando la contratación se hace de forma directa, esto es sin agotar el citado procedimiento de selección-.”<sup>11</sup>

Explica el Consejo de Estado que

“..el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del alea normal del contrato<sup>12</sup>, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato:...“Habría que concluir entonces que las variaciones que eventualmente podrían sucederse dentro de una operación normal, bien sean favorables o desfavorables a los intereses económicos del concesionario, corresponderían a su riesgo negocial, es decir, al alea normal de los negocios y, por lo tanto, en manera alguna podría trasladarse los déficit respectivos a la entidad pública contratante, ni tampoco podría exigírsele al concesionario la entrega del superávit a la entidad concedente cuando los resultados superaren las proyecciones iniciales, puesto que tales medidas no resultan congruentes en un negocio en el cual los riesgos que cada una de las partes asume deben quedar definidos desde antes de la celebración del contrato, para que, de esta manera, cada una de ellas tenga suficiente claridad sobre los mismos y adopte los mecanismos necesarios para cubrirlos. Es claro que las deficiencias de una propuesta ni el alea normal del negocio pueden trasladarse a la entidad contratante so pretexto del rompimiento del equilibrio financiero del contrato (...)”<sup>13</sup>

Quiere decir lo anterior que las partes se obligan a través del respectivo contrato estatal después de analizar las circunstancias existentes al momento de celebrarlo o de presentación de la respectiva oferta, según

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de agosto de 2006, exp. 15.162.

<sup>12</sup> Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pg. 524: “Debe recordarse que en la celebración y ejecución de los contratos, siempre hay una contingencia de ganancia o pérdida, un cierto grado de riesgo, es decir, un alea que es normal y que las partes deben asumir, como consecuencia de su decisión voluntaria de obligarse. En cambio, el “Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato”

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 15.475.

el caso, en todos los aspectos razonablemente previsibles que pueden tener incidencia en la ejecución de sus obligaciones. Así mismo, pactan las condiciones de ejecución del contrato teniendo en cuenta los riesgos que en el momento de su celebración podían –bueno es reiterarlo– razonablemente preverse, e incluso efectuando una distribución de los mismos.

Con base en toda esta información las partes hacen sus proyecciones y sus cálculos y acuerdan el contenido de sus respectivas obligaciones; es decir, se fija el contenido de las prestaciones y contraprestaciones: lo que una de las partes debe realizar y el precio que por ello recibirá de la otra parte y que, en consecuencia, considerará como equivalente. **Se traba entonces una doble relación: en primer lugar, cada una de las partes considerará que existe una equivalencia entre los costos y gastos en que incurrirá y el beneficio o utilidad que para ella se derivará de la ejecución del contrato y, en segundo lugar, que es equivalente la obligación que cada una de ellas asume frente a la contraprestación a cargo de la otra parte, lo que da lugar al surgimiento de la ecuación contractual que se debe mantener a lo largo de toda la ejecución contractual. En este orden de ideas, puede el contratista invocar el restablecimiento del equilibrio contractual sobre la parte que efectivamente ejecutó, siempre y cuando se satisfagan los demás requisitos para que prospere la teoría de la imprevisión...**

#### **Sobre la prueba idónea de ruptura grave del equilibrio económico del contrato:**

Como la alteración de la ruptura del equilibrio económico del contrato puede derivarse de hechos o actos imputables a la Administración o al contratista, por incumplimiento de sus obligaciones, por el hecho del príncipe o circunstancias imprevistas, es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

Sobre este particular el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

**“...cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad**

*contractual, que deben ser asumidos por él<sup>14</sup> o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos...”<sup>15</sup>*

En otro pronunciamiento el Consejo de Estado<sup>16</sup> concluyó que para que proceda el restablecimiento de la ecuación financiera es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos, de tal forma que los mismos deben ser probados:

“1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE.

2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico.

3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.

5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta.

### **Las reclamaciones en materia contractual y el principio de la buena fe.**

El artículo 16 y el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo *“los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”*

Respecto al tema de la oportunidad para las salvedades o reclamaciones se ha pronunciado el Consejo de Estado<sup>17</sup> así:

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, Expediente 18080.

<sup>16</sup>Radicación número: 680012333000201300118 01 (52.666) del 29 de enero de 2018.

<sup>17</sup> Radicación número: 680012333000201300118 01 (52.666) del 29/01/2018

“(…)

**Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.**

**Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como se sabe, la buena fe contractual, que es la objetiva, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia” 31 (Se subraya).**

**En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual...”**

### 3.4. Análisis del caso concreto:

a. En este asunto se tiene entonces que se solicita la nulidad de los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el Contrato de Obra 2007-12-158, celebrado entre el ingeniero Roberto Jaramillo Cárdenas e Infimanizales, pues se informa sobre una falsa motivación de la decisión administrativa atacada, en tanto se generó un desequilibrio contractual en contra de los intereses del contratista demandante los cuales deben ser indemnizados por la entidad y que se concretan a:

- Mayor permanencia en obra (costos en el manejo de personal profesional, técnico y personal de obreros.
- Reajuste de precios (mayor valor del acero de refuerzo, reconocimiento por utilización bomba de concreto, reconocimiento por mayor valor de mezcla asfáltica, reconocimiento de los ajustes del valor del contrato durante los meses de diciembre de 2007 a abril de 2008
- Reconocimiento de costos financieros.

Infimanizales plantea que la demora en el inicio de la obra no fue por causas imputables a la entidad sino al contratista, que la demora en la entrega de la totalidad de los predios al contratista se justificó en tanto se

prorrogó el contrato por esta misma razón y las sumas a reconocer se definieron en las adiciones al contrato.

El señor Orlando Castañeda Fierro en su calidad de interventor en uno de los lapsos de tiempo que duró el desarrollo del contrato, adujo que todas las peticiones elevadas por la parte demandante fueron oportunamente atendidas como consta en las actas y en las prórrogas del contrato.

A su turno el INVIAS y el MUNICIPIO DE MANIZALES, soportaron su defensa en la responsabilidad que le asiste solamente a INFIMANIZALES en concurrir al reconocimiento y pago de los valores reclamados en caso de acreditarse el desequilibrio contractual planteado en la demanda.

b. Teniendo en cuenta lo anterior y dado el planteamiento hecho por el Juzgado en la fijación del litigio, se analizará si se ha configurado un desequilibrio económico a la luz de los artículos 5, 26 y 27 de la Ley 80 de 1993 y del desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, identificando en consecuencia, a) como se estableció la ecuación financiera del contrato; es decir, el entendimiento de la fórmula de precio; b) la ocurrencia de los hechos que se alegan como origen al supuesto desequilibrio económico del contrato, que para el caso en estudio, se hará bajo el supuesto de situaciones imprevistas; y c) la afectación económica que el contratista adujo haber sufrido; es decir, la alteración de la ecuación financiera.

**c. Del desarrollo del contrato de obra No. 2007-12-158:**

Dentro del plenario se encuentra probado que el 25 de septiembre de 2007, mediante Resolución No. 000289, INFIMANIZALES ordenó la apertura de una Licitación Pública cuyo objeto era la escogencia del contratista para la celebración del contrato relacionado con la CONSTRUCCIÓN INTERSECCIÓN VIAL VARIANTE SUR PANAMERICANA, ACCESO BARRIO LA ENEA Y AEROPUERTO EN LA CIUDAD DE MANIZALES, entre el 17/10/2007 y el 31/10/2007; de igual forma se ordenó la publicación de los pliegos definitivos, en la página web [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co) y ponerlos a disposición de los interesados en la Secretaría General de Infimanizales.<sup>18</sup>

Se verifica en el plenario el pliego de condiciones de la Licitación Pública INFI-011-2007, el cual contiene las condiciones generales de la licitación, los requisitos contractuales, las especificaciones técnicas, la evaluación, calificación y adjudicación<sup>19</sup>.

Como aspectos relevantes para definir el asunto, se resaltan las siguientes condiciones contenidas en dicho documento:

- El proyecto de pliegos estuvo a disposición de los interesados por el término de 10 días calendario con el fin de que se presentaran las observaciones al mismo en el Portal Único de Contratación y en las oficinas de esta, consignando que dentro de dicho plazo cualquier

---

<sup>18</sup> Fls. 2 a 6 C3.

<sup>19</sup> Fls. 7 a 88 C3.

interesado podía solicitar aclaraciones específicas en relación con el proceso.

- En el numeral 1.8 del pliego se consignó el "PRESUPUESTO OFICIAL", así: "El presupuesto oficial asignado para esta contratación es de UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS DIECISEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.258.552.616.00) A.I.U. INCLUIDO ....

Las cantidades obra y los valores unitarios aproximados a ejecutar son los siguientes:

**NOTA: El formulario de precios oficial es inmodificable en cuanto a la numeración del ítem, descripción, unidad y cantidad. Por tanto, en caso que un proponente lo modifique en estos aspectos acepta que la entidad haga las correcciones correspondientes incluido en el valor de las operaciones matemáticas que se presenten**<sup>20</sup>.

- En el ítem 1.12 se dispuso sobre la "VISITA AL SITIO DE LAS OBRAS", consignando que dicha visita era de carácter obligatorio personal e indelegable.
- En el ítem 1.13 se consignó sobre la Audiencia Aclaratoria, con el fin de resolver las dudas presentadas en los pliegos, precisando que si no se presentaban solicitudes de aclaración, no se aceptarían de manera posterior reclamos fundamentados en discrepancia, errores, omisiones o dudas del pliego. La citada audiencia se verifica en documentos de fls. 74 a 89, C.3
- Y sobre la forma de pago se dijo en unos de los apartes de este ítem que "Los precios será reajustados para cada ítem por una sola vez, con base en la variación de los respectivos grupos del ICCP... publicados por el DANE calculado en el mes de diciembre de 2007 y el mes de enero de 2008. El ajuste se hará sin importar si el resultado es positivo o negativo y se aplicará para toda la obra ejecutada a partir del 1 de enero de 2008.

Dado lo anterior, participó dentro del proceso de selección, entre otros, el proponente ROBERTO JARAMILLO CÁRDENAS.

Al mencionado Ingeniero el **13 de diciembre de 2007** mediante la Resolución No. 000350<sup>21</sup> se le adjudicó la contratación derivada de la licitación pública No. INFI-011-2007.

El 27 de diciembre de 2007 entre INFI-MANIZALES y el ingeniero CONTRATISTA suscribieron el contrato de obra No. 2007-12-158<sup>22</sup>, en cuya cláusula primera se estableció el objeto del contrato así "El presente contrato tiene por objeto por parte de EL CONTRATISTA, la ejecución de obras de "CONSTRUCCIÓN INTERSECCIÓN VIAL VARIANTE SUR PANAMERICANA, ACCESO BARRIO LA ENEA Y AEROPUERTO", obras que deberán cumplir estrictamente las especificaciones Generales de Construcción de Carreteras del Instituto Nacional de Vías vigentes, incluidas sus adiciones y/o modificaciones, las especificaciones particulares incluidas en los

<sup>20</sup> Fl. 14 C2.

<sup>21</sup> Fls. 115 a 120 C3.

<sup>22</sup> Fls. 22 a 30 C1A

presentes términos de Referencia **y a los precios unitarios que más adelante se detalla....**” Objeto éste que se ejecutaría en un plazo inicial de 4 meses, contados a partir del acta de inicio.

En la cláusula tercera se especificó el valor del contrato y la forma de pago de la siguiente manera: “Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente contrato se fija en la suma de UN MIL DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOSCINCUENTA Y SEIS PESOS MCTE (\$1.217.580.856). **Pero su valor final será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios relacionados en el contrato**”.

Y en la cláusula cuarta del mismo contrato se fijó las cantidades aproximadas de las obras y los precios unitarios de cada uno de los ítems, así: “SUBTOTAL COSTOS BÁSICOS OBRA \$943.861.129, AIU (29%) \$273.719.727, VALOR TOTAL OBRA \$1.217.580.856”.

Además, se estipuló en el PARÁGRAFO 1:

**“Las modificaciones relacionadas con los ítems y con las cantidades de obra del presente contrato que sea necesario realizar, se harán de común acuerdo y se consignarán en las actas de recibo de obra”.**

Y en PARÁGRAFO 2 se dijo:

**“Los precios serán reajustados para cada ítem por una sola vez, con base en la variación de los respectivos grupos de ICCP (Índice de Costos de Construcción pesada) publicados por el DANE calculado con el mes de diciembre de 2007 y el mes de enero de 2008. El ajuste se hará sin importar si el resultado es positivo o negativo y se aplicará para toda la obra ejecutada a partir del 1 de enero de 2008.** El valor del ajuste se calculará de la siguiente manera: Factor de Actualización = índice ICCP Enero / ICCP diciembre. Valor de actualizado = precio unitario inicial x factor de actualización. Valor de ajuste = valor actualizado – precio unitario inicial.

Asimismo, se observa en la cláusula vigésima sexta que se estipuló lo relacionado con la forma de ejecutar las obras extras y su valor, **“EL CONTRATISTA está en la obligación de ejecutar las obras no previstas en el presente contrato, cuando a juicio del interventor sean necesarias para la realización, mantenimiento o estabilidad de la obra objeto del contrato. El valor de las obras extras se consignará en las respectivas actas de recibo de obra. Cuando para su realización sea necesario conceder un plazo adicional se hará mediante la suscripción de un contrato adicional.”**

Adicionalmente en la cláusula vigésima séptima señaló sobre el contrato adicional y su prórroga **“Cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido en el presente contrato se podrá suscribir un contrato adicional, en los términos establecidos en el inciso final del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.** Para lo cual EL CONTRATISTA deberá presentar su solicitud con diez (10) días de anticipación al vencimiento del plazo contractual, solicitud que deberá estar acompañada por la justificación técnica de parte del interventor...”

Finalmente, en lo que respecta a la responsabilidad del contratista la cláusula trigésima primero determinó: **“El contratista asume toda la responsabilidad por los daños y perjuicios que se ocasionen como consecuencia de las actividades que se desarrollen para la realización de la**

**obra, bien sea a INFI-MANIZALES y/o al MUNICIPIO DE MANIZALES o a terceros, por causa u omisión suya o de los trabajadores o empleados de la obra, por las máquinas o equipos a su servicio, así fuere por falla de los mismos y por accidentes que puedan presentarse en el sitio de trabajo tanto a empleados de la obra como a particulares.** En caso de mora en el pago de estos perjuicios, INFI-MANIZALES podrá descontar dicha suma de lo adeudado por la ejecución del contrato. Igualmente es responsable de la protección y conservación de las obras hasta la entrega final y recibo definitivo por parte de INFI-MANIZALES. De otro lado y de conformidad con lo señalado en el artículo 26 numerales 7 y 8 de la Ley 80 de 1993... Igualmente responde por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente contrato, como los hechos y omisiones que le fueren imputables y que causen daño o perjuicio a INFI-MANIZALES y/o a EL MUNICIPIO DE MANIZALES."

El Acta de Iniciación de la obra fue suscrita el 18 de febrero de 2008<sup>23</sup> y en ella se mencionó "Tras comprobar que se encuentran dadas las condiciones, para iniciar las labores, se procede a suscribir el acta de iniciación, una vez cumplido lo establecido en el contrato".

Una vez iniciada la ejecución del contrato antes descrito, que tuvo lugar el 18 de febrero de 2008, entre el contratista Ing. ROBERTO JARAMILO CÁRDENAS, los interventores que participaron en la ejecución del contrato, el representante legal de INFIMANIZALES firmaron unas prórrogas y adiciones al contrato inicial, y además entre el contratista y el interventor del proyecto suscribieron diferentes actas de recibo de obra, como pasa a referirse:

- Se vislumbra en el plenario, que al contratista le realizaron un anticipo por la suma neta de \$340.922.640 (con los respectivos descuentos legales), por lo tanto, los desembolsos fueron realizados el 14 de abril de 2008 por \$182.573.590 y el 18 de abril de 2008 por la suma de \$84.593.590<sup>24</sup>
- Mediante comunicación radicada el 25 de abril de 2008, el Contratista demandante le solicitó a INFIMANIZALES la ampliación del plazo de ejecución del contrato por un término de 2 MESES con ocasión al retardo de la entrega de los puntos en el predio "TISQUESUSA", además solicitó prever "el reajuste del precio, originado en mayor permanencia de obra y sobrecosto en el reajuste de precios, teniendo en cuenta para ello la fecha de la propuesta y el término previsto para la ejecución inicial del contrato"<sup>25</sup>.
- También obra en el expediente la misma solicitud, sin fecha, dirigida al interventor de la obra Consorcio L Y T.<sup>26</sup>
- Las partes acordaron "prorrogar" el término de ejecución del contrato por 2 meses contados entre el 18 de junio de 2008 y el 17 de agosto de 2008, previo concepto favorable impetrado en tal sentido por el interventor de la obra Consorcio L Y T el día 29 de mayo de

<sup>23</sup> Fl. 171 C2A.

<sup>24</sup> Fls. 442 a 446.

<sup>25</sup> Fls. 42 y 43 C1A y 212 a 213 C.2B.

<sup>26</sup> Fls. 44 a 45 C1A

2008<sup>27</sup> y estudio de reprogramación de obra hasta el 17/08/2008 con el respectivo cronograma, expedido por el mismo consorcio de fecha 13 de mayo de 2008<sup>28</sup>. La mencionada prórroga se firmó el 16/06/2008.<sup>29</sup>

- Mediante la firma de otro si a la prórroga anterior firmado el 14 de julio de 2008, las partes decidieron suprimir la cláusula quinta "... **La presente prórroga no implica el reconocimiento de valores o costos adicionales a favor de EL CONTRATISTA y a cargo de INFI – MANIZALES**"<sup>30</sup>.
- A través del oficio de fecha 1 de agosto de 2008 dirigido al consorcio interventor L Y T, el Contratista ROBERTO JARAMILLO CÁRDENAS, solicita nuevamente ampliación del contrato en 2 meses y el valor del mismo de acuerdo a la evaluación presentada por la Interventoría por los siguientes motivos: "1. Por la diferencia que existió con el estudio de suelos, en el material de excavación de las pilas de cimentación y la presencia de una gran cantidad de agua en ellas, demorando la culminación de dicha obra objeto del contrato. 2. Por los problemas de despiece que se han presentado en los planos (cambio de flejes). 3. Por el invierno que se ha presentado. 3. Para la ejecución de las obras de la parte inferior del puente que corresponden a la intersección vial sur Panamericana no previstas en el contrato original".<sup>31</sup>
- Atendiendo la petición anterior, entre las partes firmaron una segunda "prórroga" por el término de 2 meses contados entre el 18 de agosto de 2008 y el 17 de octubre de 2008, previo concepto favorable otorgado por el interventor de la obra Consorcio L Y T el día 4 de agosto de 2008 radicado en INFIMANIZALES el 8/8/2008<sup>32</sup>. La mencionada prórroga se firmó el 15/08/2008.<sup>33</sup>
- Por parte del contratista se vislumbra **una nueva solicitud de ampliación de plazo del contrato de 20 días y adición por valor de \$388.304.085, fechada el 7 de octubre de 2008** dirigida al nuevo Interventor Ingeniero ORLANDO CASTAÑEDA FIERRO, los motivos que llevaron al contratista a la solicitud son por "**obras adicionales que hacen parte de la ampliación en dinero presentada**", incorpora cuadro de precios y cantidades.<sup>34</sup>
- El interventor de la obra, Ingeniero ORLANDO CASTAÑEDA FIERRO, presentó aprobación a la petición del contratista mediante oficio dirigido a INFIMANIZALES el 7 de octubre de 2008,<sup>35</sup> justificando que se ajusta a los términos del contrato y se requiere teniendo en cuenta las

<sup>27</sup> Fl. 186 C2A.

<sup>28</sup> Fls. 246 a 248 C2B.

<sup>29</sup> Fl. 46 a 48 C1A.

<sup>30</sup> Fls. 49 y 50 C1A y Fls. 209 y 210 C2B.

<sup>31</sup> Fl. 226 C2B.

<sup>32</sup> Fl. 227 C2B.

<sup>33</sup> Fls. 52 a 54 C1A y Fls. 221 a 223 C2B.

<sup>34</sup> Fls. 279 a 280 C2B.

<sup>35</sup> Fl. 259 C2B.

obras adicionales a realizar para el mejoramiento del proyecto, y destaca las siguientes:

“...

- *Puente peatonal sobre Quebrada Manizales, para dar continuidad al andén del proyecto y así permitir de una manera segura el paso de los transeúntes por el sector hasta San Marcel.*
  - *Construcción transversal K33 + 352 para captación de aguas de la parte superior del apoyo No. 4 y la vía Aeropuerto, al igual que el encoque de las aguas de la cuneta a construir en la vía panamericana empalme K33+330/460 lado izquierdo y manejo de aguas de la cuneta existente lado derecho de la vía panamericana.*
  - *Ampliación de vía y empalme K33+330. Con el fin de dar continuidad a las obras que se están ejecutando desde el K33+330 hacia atrás.*
  - *Obras de alumbrado. Solicitadas por INVAMA para iluminación de las áreas del proyecto.*
  - *Demarcación y señalización permanente. A fin de indicar de una manera clara y segura tanto el peatón como para los conductores los sentidos y giros que se deben realizar para los accesos a la Enea y al Aeropuerto luego de dar al servicio acabado a la estructura del mismo.*
  - *Pintura del puente para protección de la Carbonatación y a su vez dar un mejor acabado a la estructura del mismo.*
  - *Sumideros y descoles. Para manejo de aguas de escorrentía en el puente y zonas aledañas”.*
- A través de la prórroga No. 3 y adicional 1, firmado el 29 de octubre de 2008<sup>36</sup> por las partes, decidieron “prorrogar” la vigencia del contrato por 20 días más, entre el 18 de octubre de 2008 y el 8 de noviembre de 2008 y adicionar el mismo en la suma de \$388.304.085 de acuerdo a las cantidades de obra que se relacionan en el contrato adicional. La citada prórroga y adición fue considerada ajustada y por lo tanto recomendó su ejecución a la Secretaría de Obras Públicas de la Alcaldía de Manizales<sup>37</sup>.
- El contratista ROBERTO JARAMILLO CÁRDENAS nuevamente solicita al interventor Orlando Castañeda Fierro, adición al contrato para la culminación por \$33.343.204, mediante oficio de fecha 26 de octubre de 2008<sup>38</sup>, la motivación se constituyó en “mayor cantidad de roca que se presentó en la excavación de la transversal de 36”, mayor cantidad de excavación por la profundización de esta tubería, debido a la presencia de un colector de alcantarillado a lo largo de la vía, conllevando esto a una mayor cantidad de llenos. Las obras faltantes para la culminación corresponden a los sardineles del separador, andenes, cunetas, señalización, llenos y empedramiento de

<sup>36</sup> Fls. 56 a 61 C1A y Fls. 272 a 277 C2B.

<sup>37</sup> Fl. 283 C2B.

<sup>38</sup> Fl. 319 y 320 C2B.

islas... Por lo anterior se hace necesario solicitar una prórroga de diez (10) días." Incorpora presupuesto de la adición en cantidad y precios.

El interventor de la obra Ing. ORLANDO CASTAÑEDA FIERRO emite concepto a la anterior petición, considera que la adición es necesaria al igual que la ampliación del término para dar una total ejecución a las obras por los siguientes motivos:

- *"Mayor peso real por metro lineal de baranda (40.25 Kg por metro) que, contemplado inicialmente, lo que nos representa 401 Kg adicionales.*
- *Mayor volumen de lleno para la transversal del K33+352; lo anterior a raíz del alto porcentaje de roca encontrado en la excavación de la transversal, lo que generó voladuras que ocasionaron derrumbes imprevistos en el presupuesto inicial.*
- *La necesidad de una baranda peatonal en el andén del lazo sur a raíz de la ejecución del mismo.*
- *Terraplenes para conformar islas y zonas aledañas a andenes.*
- *Extendida asfalto corrección empozamiento y berma puente existente."*

Las partes firmaron la prórroga 4 y la adición 2 el 7 de noviembre de 2008, en la misma se dispuso "prorrogar" la vigencia del contrato entre el 9 de noviembre de 2008 y el 18 de noviembre de 2008, y adicionar el valor del contrato en la suma \$33.343.204<sup>39</sup>, previo concepto favorable por parte INFIMANIZALES y la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales<sup>40</sup>.

### **Actuaciones relacionadas con las actas de recibo de obras parciales y finales:**

- Acta de recibo parcial de obra No. 1 del 22 de abril de 2008: Correspondiente al período de ejecución de obra comprendido entre el 18 de febrero y al 20 de abril de 2008 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$873.341.938. En la mencionada acta se dejó plasmada la siguiente NOTA: "**1. El Interventor certifica que revisó, verificó y constató el pago de los parafiscales de Ley por parte del contratista, con base en los soportes presentados por éste. 2. Las cantidades y valores consignados en la presente acta son responsabilidad exclusiva del Contratista e Interventor. El pago de la presente acta se realizará con base en el principio de confiabilidad y responsabilidad con la que la interventoría y el Contratista realizan las mediciones en campo y las revisiones efectuadas por parte de la interventoría**" y otra nota después de firmas que dice: "El Jefe de la Unidad Ejecutora JORGE MARIO AMARILES GÓMEZ ordena el pago de la presente acta teniendo como base la revisión documental y aritmética

<sup>39</sup> Fl. 315 a 318 C2B.

<sup>40</sup> Fls. 315 a 318 C2B.

del acta realizada por los supervisores de contrato y de proyecto, quienes en consecuencia le imparten visto bueno.<sup>41</sup>

- Acta de recibo parcial de obra No. 2 de 16 de julio de 2008: correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 21 de abril y 18 de junio de 2008 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$785.230.705,90, en la mencionada acta se dejó plasmada la siguiente NOTA: **"1. El Interventor Certifica que revisó, verificó y constató el pago de los parafiscales de Ley por parte del contratista, con base en los soportes presentados por éste. 2. Las cantidades y valores consignados en la presente Acta son responsabilidad exclusiva del Contratista e Interventor. El pago de la presente acta se realizará con base en el principio de confiabilidad y responsabilidad con la que la interventoría y el Contratista realizan las mediciones en campo y las revisiones efectuadas por parte de la interventoría"**<sup>42</sup>

- Acta de modificación de cantidades de obra No. 3 de 12 de octubre de 2008: Correspondiente a MODIFICACIÓN DE CANTIDADES DE OBRA en la que se estipula como causales de la modificación: **"LA PRESENTE ACTA DE MODIFICACIÓN OBEDECE A CANTIDADES DE OBRA REALES EJECUTADAS, SE MODIFICAN CANTIDADES MAS NO VALOR"**. NOTA: **"La suscripción del acta de modificación para contrato adicional es solo un soporte para el trámite del mismo" VALOR TOTAL BÁSICO DEL CONTRATO: \$943.861.129. Valor inicial: \$1.217.580.856. Valor Actualizado: \$1.605.884.942"**<sup>43</sup>

- Acta de recibo parcial de obra No. 4, suscrita el 15 de septiembre de 2008: Correspondiente al período de ejecución de obra comprendido entre el 19 de junio y 15 de septiembre de 2008 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$163.954.039,68, en la mencionada acta se dejó plasmada la siguiente NOTA: **"1. El Interventor Certifica que revisó, verificó y constató el pago de los Parafiscales de Ley por parte del contratista, con base en los soportes presentados por éste. 2. Las cantidades y valores consignados en la presente Acta son responsabilidad exclusiva del Contratista e Interventor. El pago de la presente acta se realizará con base en el principio de confiabilidad y responsabilidad con la que la interventoría y el Contratista realizan las mediciones en campo y las revisiones efectuadas por parte de la interventoría"**<sup>44</sup>.

- Acta de recibo parcial de obra No. 5 de 20 de octubre de 2008: Correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 16 de septiembre y 20 de octubre de 2008 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$105.173.800,96. NOTA: **"1. El interventor Certifica que revisó, verificó y constató el pago de los Parafiscales de Ley por parte del contratista, con base en los soportes presentados por éste. 2. Las cantidades y valores consignados en la**

<sup>41</sup> Fls.682-683 C2D

<sup>42</sup> Fl.600 C2C Y 601 C2D

<sup>43</sup> Fls.741-742 C2D

<sup>44</sup> Fls.839-840 C2E

**presente Acta son responsabilidad exclusiva del Contratista e interventor. El pago de la presente acta se realizará con base en el principio de confiabilidad y responsabilidad con la que la interventoría y el. 3. El número de orden 31, ítem de pago demolición de edificaciones, cambia su medida de global a unidad”<sup>45</sup>.**

- Acta de entrega parcial de obra No. 6 de 18 de noviembre de 2008: Correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 21 de octubre y 18 de noviembre de 2008 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$2.366,41. NOTAS: **“1. El interventor certifica que revisó, verificó y constató el pago de los parafiscales de ley por parte del contratista con base en los soportes presentados por éste. 2. Las cantidades y valores consignados en la presente acta son responsabilidad exclusiva del Contratista e Interventor. El pago de la presente acta se realizará con base en el principio de confiabilidad y responsabilidad con la que la Interventoría y el Contratista realizan las mediciones en campo y las revisiones efectuadas por parte de la Interventoría. 3. El número de orden 31, ítem de pago demolición de edificaciones, cambia su medida de global a unidad, a partir del acta parcial de obra N 05 debido a que fue lo pactado en el acta de fijación de ítems no previsto de mayo 7 de 2007. 4. El número de orden 19, ítem de pago concreto clase B para columnas y vigas cabezal, se corrigió su grupo de ajuste del 6 al 7 a partir del acta de recibo parcial de obra No. 2. 5. El número de orden 9, ítem de pago mezcla densa en caliente tipo MDC-2 cambia su grupo de ajuste del 7 al 8 en las actas de recibo parcial de obra No 2, 3, 4, 5 y 6 de conformidad con el DANE y los índices de costos de la construcción pesada (ICCP), índices serie empalme, según canasta general y grupos de obra 2000-2008. 6. El número de orden 15, ítem de pago geotextil no tejido, cambia su grupo de ajuste del 7 al 8 en las actas de recibo parcial de obra No. 2,3,4,5 y 6 de conformidad con el DANE y los índices de costos de la construcción pesada (ICCP), índices serie empalme, según canasta general y grupos de obra 2000-2008. 8. El costo básico es igual para los ajustes al costo directo más el AIU. 7. Los valores acumulados de la presente acta corresponden a la suma de cada uno de los valores de las actas parciales más la actual. 8. El costo básico es igual para los ajustes al costo directo más el AIU”<sup>46</sup>.** Firman el acta el contratista ROBERTO JARAMILLO CÁRDENAS y el interventor ORLANDO CASTAÑEDA FIERRO.

En el acta final de recibo de obra<sup>47</sup> se resumió la entrega así:

“...  
 INICIO: 18 febrero de 2008  
 PLAZO: 9 meses  
 FECHA DE RECIBO: 18 de noviembre de 2008  
 VALOR INICIAL DEL CONTRATO: 1.217.580.856  
 VALOR ADICIÓN No. 1: 388.304.085  
 VALOR ADICIÓN No. 2: 33.343.204  
 VALOR TOTAL CONTRATO: 1.639.228.145

<sup>45</sup> Fls.451-452 C.1D.

<sup>46</sup> Fls.1067 a 1068 C2F.

<sup>47</sup> Fls. 1031 a 1032 C2F.

...

- 1.0 La parte contratante ha recibido de parte del contratista la totalidad de los trabajos que hacen parte del presente contrato a los 18 días del mes de noviembre de 2008.
- 2.0 El contratista para efectuar la liquidación final del contrato debe presentar la siguiente documentación 1. Acta liquidación iniciación y parciales firmadas por las partes. 2. Póliza de estabilidad 3 Bitácora en original y copia. 4. Registro fotográfico impreso y en medios magnéticos 5. Informe final de interventoría debidamente firmado y parciales si los hubo 6. Paz y salvo de parafiscales (SENA, ICBF, Confamiliares) 7. Pagos a los sistemas de salud, pensiones y ARP de sus empleados 8. Factura si está obligado a emitirla 9. Constancia Expedida por el SENA del registro de empleados en la obra.
- 3.0 **CONSTANCIA:**  
Para constancia de la presente acta de recibo final de las obras de la Construcción intersección vial variante sur Panamericana acceso al barrio la Enea y Aeropuerto, e firman los que en ella intervinieron a los 18 días del mes de noviembre de 2008".

El acta la suscribieron JORGE RICARDO GUTIÉRREZ C. – director territorial Caldas, JORGE MARIO AMARILES G. – Director Técnico de infraestructuras, ROBERTO JARAMILLO C. – Contratista, MARGARITA CHAVES E. – Coordinadora Proyecto y ORLANDO CASTAÑEDA FIERRO – Interventor.

En el último informe de interventoría No. 7 del 29/12/2008<sup>48</sup> en el ítem **INFORME DEL CONTRATO: Informe financiero**, se reflejan los valores pagados al contratista de la siguiente forma:

Pago No. 1	\$365.274.257 (Anticipo 30%)
Pago de la contribución especial (5%)	\$60.879.043
Pago No. 2	\$63.678.829,20 (Acta de Obra #1
Pago No. 3	\$79.564.442,59 (Acta de Obra #2
Pago No. 4	\$242.707.287,56 (Acta de obra #3
Pago No. 5	\$318.305.542.04 (Acta de obra #4
Pago No. 6	\$339.801.336,91 (Acta de obra #5
Pago No. 7	\$169.014.353,65 (Acta de Obra #6
Total Pagos:	\$1.639.225.091,95
Valor del contrato Adicionado:	\$1.639.228.145,00
Saldo del contrato:	\$3.053,05

Se sigue de lo anterior que el término inicial de ejecución del contrato culminaba el **18 de junio de 2008** –como quedó señalado en el contrato de obra-, la ampliación de ese plazo en 5 meses, con las distintas prórrogas, habría de finalizar el **18 de noviembre de 2008**. Con todo, el

<sup>48</sup> Fls. 1063 a 1065 C2F.

**Acta de Recibo Final de la Obra** se firmó por las partes el **18 de noviembre de 2008**<sup>49</sup>.

Hasta aquí, el Despacho encuentra acreditado que el contratista solicitó mediante oficio del 25/04/2008 prever el reajuste del precio, originado en mayor permanencia de obra y sobre costo en el reajuste de precios, teniendo en cuenta la fecha en que se presentó la propuesta y el término previsto para la ejecución inicial del contrato informado; oficio que fuera puesto en conocimiento del interventor y de INFIMANIZALES, y como consecuencia de ello se firmaron las prórrogas No. 1 y 2 al contrato, y posteriormente INFIMANIZALES decidió adicionar dos veces el contrato por obras adicionales y mayor cantidad de roca, la primera por \$388.308.085 y la segunda por \$33.343.204, pero no se vislumbran otros reclamos de sobrecostos con posterioridad, contrario sensu, las actas parciales de entrega y la final fueron suscritas sin ninguna salvedad al respecto.

#### **Actuaciones relacionadas con la liquidación del contrato:**

- Se aprecia en el folio 77 del cuaderno principal un requerimiento por parte de INFIMANIZALES al ingeniero Roberto Jaramillo Cárdenas, del 4 de febrero de 2009 a través del oficio 9894-028 radicado el 05-02-2009, **en el que le solicita proceder a la liquidación del contrato**, en atención a la petición por él presentada el 3 de diciembre de 2008, además le anexan los conceptos de la Secretaría General de INFIMANIZALES por los cuales la entidad considera pertinente reconocerle la suma de \$127.313.974 por concepto de mayor permanencia en la obra, mayor valor de la mezcla asfáltica y la utilización de una bomba para concreto, necesaria para la colocación del mismo.
- El Ing. Roberto Jaramillo Cárdenas, da respuesta a la exigencia el 21 de abril de 2009, radicado en la entidad el 22 de abril, manifestando que en días pasados de forma verbal hizo entrega del soporte dando respuesta al oficio del 4 de febrero de 2009, dicho soporte concreta las actividades reclamadas y que se resumen así:

ACERO DE REFUERZO	\$ 46.393.308,00
UTILIZACIÓN BOMBA DE CONCRETO	\$ 20.090.643,00
MAYOR VALOR MEZCLA ASFALTICA	\$ 42.403.074,00
MAYOR PERMANENCIA EN OBRA	\$143.835.800,00
REAJUSTE DICIEMBRE 2007 – ABRIL 2008	\$102.618.777,00

Incorpora nuevamente los soportes vistos en los folios 79 y 80 C1.

- En el expediente se denota otro oficio No. 9895-147 de fecha 17 de noviembre de 2010 expedido por INFIMANIZALES, requiriendo nuevamente al contratista para que **compareciera a suscribir ese**

<sup>49</sup> Fl. 1031 a 1032 C2F.

**mismo día a las 4:00 p.m. el acta de liquidación del contrato** de mutuo acuerdo, adjuntando el borrador de la misma<sup>50</sup>.

- Ante tal petición, el contratista ROBERTO JARAMILLO CÁRDENAS respondió mediante escrito del 5 de enero de 2011<sup>51</sup> afirmando que “...una vez analizado de manera juiciosa el contenido de la misma, no me asiste ánimo alguno de suscribirla ni de efectuar salvedades, ya que considero la misma lesiva para mis intereses”.
- Finalmente, INFIMANIZALES, conforme a la Ley 1150 de 2007, inciso 2 del artículo 11,<sup>52</sup> liquidó unilateralmente el contrato mediante Resolución No. 000030 del 4 de febrero de 2011 que es el acto demandado, “POR LA CUAL SE LIQUIDA UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE OBRA No. 2007-12-158 CELEBRADO ENTRE ROBERTO JARAMILLO CÁRDENAS Y EL INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE MANIZALES “INFI-MANIZALES”.
- En el capítulo III de la citada resolución, realizó el “BALANCE DE EJECUCIÓN DEL OBJETO CONTRACTUAL” liquidando las cantidades de obra ejecutada por el valor unitario arrojando un subtotal de \$1.270.717.125,85, más el AIU 29% de \$368.507.966,11 para un total de \$1.639.225.091,95.

En el ítem 3.2. “VALOR TOTAL CONTRATO” se liquidó así:

DESCRIPCIÓN	VALOR
Valor pagado por actas de obra (Anticipo, Acta No. 1, 2, 3 4, 5 y 6)	\$1.639.225.091,95
Valor acta de ajustes No. 01 y Final (Por Pagar)	\$45.010.580,70
VALOR TOTAL CONTRATO	\$1.684.235.672,65

**“Nota:** Está pendiente de pago el Acta No. 1 y final de ajustes de ajustes por un valor de \$45.010.580.70.”

- El contratista presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 030 del 4-02-2011<sup>53</sup>, que sustenta así:

“(...)

a.) **Pese a que en el texto del numeral VI de la Resolución recurrida se menciona que PARA TERMINAR Y LIQUIDAR existe un mutuo acuerdo, el**

<sup>50</sup> Fl. 406 C 2C.

<sup>51</sup> Fl. 407 C 2C.

<sup>52</sup> “En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo”.

<sup>53</sup> Fls. 118 a 123 C1.

**mismo no es cierto, pues no se están reconociendo las partidas por mí solicitadas**, como consecuencia de la mayor permanencia en obra, el mayor valor del acero de refuerzo, la mezcla densa en caliente y el concreto de la superestructura, entre otros aspectos.

b) El Interventor del contrato, Ingeniero ORLANDO CASTAÑEDA FIERRO y la Dirección Técnica de Infraestructura de INFIMANIZALES, han emitido concepto favorable sobre la casi totalidad de las pretensiones que formulé, como consecuencia del rompimiento de la ecuación financiera dentro del contrato referido.

**..... la reclamación que se ha hecho se fundamenta simple y llanamente en el rompimiento de la ecuación financiera del contrato, originado en errores cometidos por la Entidad en cuanto a las cantidades de obra señaladas en los términos de condiciones, la falta de disponibilidad de los predios para la ejecución de la obra, obligación de la Contratante que generan desequilibrio económico en el contrato y que no pueden ser trasladadas de facto al Contratante. Así mismo se reclamó el reconocimiento por mayor valor del acero empleado en el contrato, mayor valor del asfalto, mayor valor del concreto de la superestructura y los reajustes de precios y valores causados por mayor permanencia en la obra.**

(...)"

- A través de la resolución No. 000049<sup>54</sup> del 2 de marzo de 2011 INFIMANIZALES aclaró la Resolución No. 000030 en el sentido de anotar que el artículo 1 **"corresponde a la liquidación unilateral del Contrato No. 2007-12-158"**, suscrito entre "Infi-Manizales" y Roberto Jaramillo Cárdenas cuyo objeto consistió en la "construcción intersección vial variante sur panamericana acceso al Barrio La Enea y Aeropuerto".
- Posteriormente INFIMANIZALES emitió la resolución No. 000103 del 25 de abril de 2011 "POR MEDIO DE LA CUAL SE ORDENA LA REVISIÓN DE UN PROCESO Y SE DISPONE LA EMISIÓN DE UNOS CONCEPTOS DEL MARCO RECURSO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. 000030 de febrero 04 de 2011 POR LA CUAL SE LIQUIDÓ UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE OBRA No. 2007- 12-158 CELEBRADO ENTRE ROBERTO JARAMILLO CÁRDENAS Y EL INSTIUTO DE FINANCIAMIENTO PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE MANIZALES "INFI-MANIZALES", en la parte resolutive de la citada resolución se dijo:

**"ARTICULO PRIMERO: Solicitar a la Dirección Técnica de Proyectos de Infraestructura de la Entidad que dentro de los treinta (30) días siguientes a la expedición del presente acto, emita concepto técnico acerca de las afirmaciones que hace el Ingeniero Roberto Jaramillo Cárdenas en el Escrito de Reposición** en contra de la Resolución No. 000030 de febrero 04 de 2011 por medio de la cual la Infi-Manizales adoptó unilateralmente el Acta de Liquidación del Contrato de Obra No. 2007-12-158.

<sup>54</sup> Fl. 114 a 115 C1.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Solicitar al Asesor Jurídico de la Secretaría General de la Entidad que dentro de los treinta (30) días siguientes a la expedición del presente acto, emita concepto acerca de los mecanismos legales para el pago del saldo reconocido al contratista en la Resolución No. 000030 de febrero 4 de 2011”.

No se vislumbra en el plenario concepto técnico expedido por las partes requeridas con fecha posterior al 25 de abril de 2011.

**SOBRE LA AFECTACIÓN ECONÓMICA QUE EL CONTRATISTA ADUJO HABER SUFRIDO, ALTERANDO LA ECUACIÓN FINANCIERA Y EL SOPORTE PROBATORIO:**

Como se mencionó anteriormente existe una solicitud radicada el **25 de abril de 2008**, donde el Contratista demandante **solicitó a INFIMANIZALES la ampliación del plazo de ejecución del contrato por un término de 2 MESES con ocasión al retardo de la entrega de los puntos en el predio “TISQUESUSA”**, además solicitó prever **“el reajuste del precio, originado en mayor permanencia de obra y sobrecosto en el reajuste de precios, teniendo en cuenta para ello la fecha de la propuesta y el término previsto para la ejecución inicial del contrato”**<sup>55</sup>.

Con ocasión de lo anterior se firmó la prórroga número 1 al contrato ampliando el término por 2 meses, posteriormente una segunda prórroga por otros 2 meses, pero no se mencionó nada sobre los reajustes y sobrecostos, hasta la solicitud de la tercera prórroga por 20 días que data del 7/10/08 dirigida al Interventor Orlando Castañeda que a la vez pidió adición del contrato por la suma de \$388.308.085 por concepto de obras adicionales a la cual accedió INFIMANIZALES firmando la prórroga 3 y la adición 1. Finalmente, el 26 de octubre de 2008 solicitaron una cuarta prórroga por 10 días por mayor cantidad de roca y otra adición por \$33.343.204 que fue aceptada y firmada el 7/11/2018. La anterior secuencia se puede verificar detalladamente en el acápite anterior.

De otra parte aparece en el plenario memorial del **3 de diciembre de 2008 dirigido a INFIMANIZALES**<sup>56</sup> por parte del contratista Ing. Roberto Jaramillo Cárdenas, en el que **solicita “reconocimiento del mayor valor del acero, el asfalto, y el concreto de la superestructura (concreto premezclado), segundo que los reajustes sean evaluados del período diciembre-2007 – abril – 2008 y tercero un reconocimiento de la administración por el mayor tiempo de permanencia en la obra (esto principalmente debido a la demora en la entrega de los terrenos).”**.

Los motivos que arguyó para presentar la solicitud fueron:

*“Los precios directos de la propuesta presentada, dieron como resultado el contrato de la referencia y como en distintas*

<sup>55</sup> Fls. 42 y 43 C1A y 212 a 213 C.2B.

<sup>56</sup> Fls. 394 a 398 C2B.

oportunidades se lo expresé, presentaron unos aumentos de precio muy considerables, que no son reconocidos por la fórmula de reajuste del contrato. Adicional a lo anterior, la propuesta se presentó en el mes de octubre de 2007 y su anticipo fue entregado en el mes de abril de 2008, dentro de este período se presentaron alzas considerables en todos los materiales.

La consideración de la entidad de hacer los concretos de la superestructura en la obra, no fue posible de ejecutar puesto que los terrenos de la obra fueron entregados después de iniciados los trabajos y además con el inconveniente que se debían demoler las construcciones existentes y con el agravante que este era un espacio insuficiente para poder hacer un patio de mezclas técnico para garantizar la calidad del concreto como una obra de esta importancia lo amerita, a lo que se tuvo que llegar a la compra del concreto (concreto premezclado)."

A la anterior solicitud anexó proyecto de reajuste del contrato con el período de diciembre 2007 a abril de 2008, cuadro de gastos administrativos por períodos de mes y cuadro resumen de la solicitud que reflejan un valor total solicitado de \$392.033.422,69, discriminado así<sup>57</sup>:

"El valor del <b>CONCRETO PREMEZCLADO</b>	\$49.641.055
El valor del <b>ASFALTO</b>	\$32.903.850
El Valor del <b>ACERO DE REFUERZO</b>	<u>\$58.182.067</u>
SUBTOTAL	\$140.726.973
A.I.U.	<u>\$ 40.810.822</u>
TOTAL	\$181.537.795
VALOR <b>ADMINISTRACIÓN 3 MESES</b>	\$107.876.850
VALOR <b>REAJUSTES</b>	\$102.618.777
TOTAL, SOLICITADO	\$392.033.422"

Se observa un escrito del 13 de enero de 2009<sup>58</sup>, donde nuevamente el contratista JARAMILLO CÁRDENAS oficia a INFIMANIZALES, específicamente al Ing. Jorge Mario Amariles, en el que solicita "... reconocimiento de mayor valor de contrato de la superestructura (concreto premezclado), segundo que los reajustes sean durante todo el período octubre – 2007 – noviembre – 2008 de duración de la obra y tercero un reconocimiento de la administración por el mayor tiempo de permanencia en la obra (esto principalmente debido a la demora en la entrega de los terrenos).

Análisis de los puntos anteriores:

CONCRETO PREMEZCLADO	
Valor del concreto en la propuesta	\$199.000.00
Valor del premezclado puesto en obra	\$313.618.00

<sup>57</sup> Fl. 398 C2B.

<sup>58</sup> Fls. 66 a 68 C1.

Mayor valor del concreto por M3	\$114.618.00
Cantidad ejecutada 433.10 M3	
Mayor valor	\$49.641.055.80
Costo total con AIU (29%)	\$64.036.962.00

VALOR DE SOLICITUDES	UNIDAD	CANTIDAD	MAYOR VALOR UNITARIO	MAYOR VALOR
MAYOR COSTO DEL CONCRETO MAS A.I.U.				\$64.036.962.00
VALOR ADMINISTRACION	MES	4.00	35.958.950.00	\$143.835.800.00
VALOR DE LOS REAJUSTES				\$147.238.061.42
TOTAL, SOLICITADO				\$355.110.823.42

Ampliaciones de plazo después del plazo contractual (18 de febrero al 17 de junio de 2008).

Primera ampliación del 18 de junio al 17 de agosto de 2008

Segunda ampliación del 18 de agosto al 17 de octubre de 2008

Tercera ampliación del 18 de octubre al 8 de noviembre de 2008

Cuarta ampliación del 9 de noviembre al 18 de noviembre de 2008”

El Interventor de la Obra, Ing. Orlando Castañeda Fierro presentó concepto<sup>59</sup> el 23 de enero de 2009 sobre la solicitud del Ing. Roberto Jaramillo, dirigido al Ing. Jorge Mario Amariles G., - Director Técnico de Infraestructura de INFIMANIZALES, así:

“1. Con respecto al mayor valor del concreto premezclado es cierto que este tiene un mayor valor con respecto al valor de la propuesta siendo la diferencia la presentada por el contratista, pero al ser las especificaciones técnicas del INVIAS las que rigen para este contrato estas establecen que este el concreto para estructuras se puede elaborar con mezcladoras estacionarias en la obra y más adelante para la preparación del concreto este se puede elaborar hasta con plantas centrales y camiones mezcladores sin establecer ninguna diferencia de costo. Sin embargo, no habla de la colocación del concreto que debe ser continua y uniforme ya que es un concreto masivo para lo cual se utilizó una bomba para concreto montada en un camión que tiene un costo adicional de \$30.000.00 TREINTA MIL PESOS (\$30.000.00) por M3 instalado y que adicionalmente se requería por la altura de la estructura y la imposibilidad de que el MIXER pudiera transitar sobre ella para poner el concreto. Por esta razón consideró que sería un reconocimiento justo de \$30.000.00 por M3 sin ir en contra de la especificación que aplica para este contrato.

2. Respecto a la solicitud de un ajuste al precio de la mezcla asfáltica considero que debido al alza del petróleo este sufrió un alza considerable que no corresponde al precio de la propuesta del contratista por lo que creo que se debe analizar la solicitud del contratista y la entidad debe tener argumentos para esta negociación.

<sup>59</sup> Fls. 70 a 71 C1,

3. Acero de Refuerzo: Este ajuste solicitado por el contratista mediante la presentación de una factura con tan solo 2825 Kg. No es argumento teniendo en cuenta que la obra se consumieron 89236.3 Kg.

4. Debido a que mi participación como Interventor fue en la última etapa de construcción de la obra no tengo los argumentos para emitir un concepto sobre la mayor permanencia en obra y sus causas."

INFIMANIZALES, a través del Memorando No. 000037 del 27 de enero de 2009<sup>60</sup> firmado por el Director de Proyectos JORGE MARIO AMARILES GÓMEZ dirigido a la Secretaría General Técnica: Dra. MARTHA CALVO y a la Asesora Jurídica: Dra. ESPERANZA SALAZAR GRISALES, emite concepto técnico relacionado con la petición del contratista sobre el reconocimiento de los mayores valores en los que incurrió en ASFALTO, CONCRETO PREMEZCLADO, ACERO DE REFUERZO y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, en el que concluyó lo siguiente:

**"RECONOCIMIENTO POR MAYOR VALOR DEL CONCRETO**

*....no creo pertinente el reconocimiento del pago del concreto premezclado, ya que la especificación, contempla la posibilidad de utilizar plantas de producción de mezclas y el contratista debió prever esta eventualidad dentro de su presupuesto".*

**"RECONOCIMIENTO POR MAYOR VALOR DE LA MEZCLA ASFÁLTICA TIPO MCD-2**

*... los incrementos de la mezcla asfáltica fueron documentados plenamente por el consorcio Libertad 2008 para el contrato No. 2007-12-152, Mejoramiento de la vía Estación Uribe Puente La Libertad K32+190-k33+33 y reconocidos por la entidad mediante la prórroga y adición de septiembre de 2008.*

*Por esta razón considero pertinente que para este contrato también sea autorizado un costo directo de \$497.810.00 que fue el mismo precio reconocido al consorcio Libertad 2008."*

**"RECONOCIMIENTO POR MAYOR VALOR DEL ACERO DE REFUERZO.**

*Con el fin de estudiar y documentar esta solicitud, se pidió al contratista que adjuntara la factura con la cual se realizó la compra del acero de refuerzo, para lo cual presentó la copia de la factura cambiaria de compraventa No. 3616 de fecha 8 de Septiembre de 2008 por medio de la cual se cancelaron 2825 kilos de acero de refuerzo, esta compra no es representativa porque la cantidad total cancelada al contratista para este Item, ascendió a 89.336.30 kilos, por esta razón se ha solicitado reiteradamente al ingeniero Roberto Jaramillo adjuntar la factura con la cual canceló la mayor parte del hierro lo cual no ha realizado, por esto no considero que se deba estudiar la solicitud relacionada con el acero de refuerzo".*

**"RECONOCIMIENTO DE AJUSTE DENTRO DEL PERIODO ENTRE DICIEMBRE 2007 Y ABRIL 2008.**

<sup>60</sup> Fl. 390 a 393 C2B y Fl. 72 a 75 C1.

“... Debido a que el contrato y los términos de referencia de la licitación pública Infi 011-2007 establecen claramente el período dentro del cual serán calculados los ajustes para este contrato no es posible aceptar esta modificación”.

“RECONOCIMIENTO POR MAYOR PERMANENCIA EN OBRA.

...

Considero que es posible este reconocimiento durante los dos meses que fueron causados por la demora en la entrega de la totalidad de los predios que se desarrolló la obra.

Por lo tanto, considero posible realizar al contratista los reconocimientos de mayor valor de la mezcla asfáltica por \$42.403.074.00 y por mayor permanencia en obra por el término de 2 meses por \$71.917.900.00.

Adicionalmente la interventoría considera que es pertinente el reconocimiento de la utilización de una bomba para concreto necesaria para la colocación del mismo por la altura de la estructura, la cual no está contemplada en la especificación, el costo de la bomba es de \$30000 por m3 por un valor de \$12.993.000.00.

**Por lo anterior considero pertinente estudiar el reconocimiento de la suma de \$127.313.974.00 al ingeniero Roberto Jaramillo Cárdenas”.**

Mediante memorando No. 054 del 3 de febrero de 2009 expedido por la Secretaría General de INFIMANIZALES dirigido al Director Técnico de la misma entidad, emite concepto en el cual concluye que, de acuerdo al análisis efectuado a la información aportada por el contratista, el interventor y el documento presentado por el mismo Director Técnico de INFI, concluyen con claridad las sumas y los conceptos que pueden ser reconocidos, y con base en ello proceden a la liquidación del contrato.<sup>61</sup>

Por lo anterior, INFIMANIZALES, a través del Director Técnico Proyectos de Infraestructura – Jorge Mario Amariles Gómez, expidió el oficio No. 9894-028 del 4 de febrero de 2009 dirigido al Ing. Roberto Jaramillo<sup>62</sup> requiriéndolo nuevamente para que procedieran a la liquidación del contrato<sup>63</sup>:

“(…)

Con el fin de dar respuesta a su solicitud del 3 de diciembre de 2008, le anexo los conceptos de la Secretaría General de Infi-Manizales, de la Dirección Técnica de Proyectos de Infraestructura y de la interventoría, mediante los cuales la entidad considera pertinente reconocer la suma de \$127.313.974.00 por concepto de mayor permanencia en obra, mayor valor de la mezcla asfáltica y la utilización de una bomba para concreto, necesaria para la colocación del mismo

---

<sup>61</sup> Fl. 404 C2C y Fl. 76 C1.

<sup>62</sup> Fl. 72 C1.

<sup>63</sup> Fls. 81 a 94 C1.

**Le solicitamos proceder a la liquidación del contrato** para lo cual usted debe cumplir con todos los requisitos establecidos en la cláusula tercera parágrafo 1 del mismo que son:

(...) “

Aparece en el folio 78 del cuaderno principal escrito por parte del Contratista, firmada el 21 de abril de 2009 en la que indica la entrega realizada a INFIMANIZALES de los soportes<sup>64</sup> dando respuesta al oficio del 4 de febrero de 2009, y dice lo siguiente:

*“En dicho soporte doy respuesta al reconocimiento planteado por ustedes en lo referente a la mayor permanencia en obra, mayor valor de la mezcla asfáltica, utilización de la bomba de concreto y facturas para el reconocimiento del mayor valor del hierro y reajustes de obra.*

*En resumen, de cada una de las actividades solicitadas, es el siguiente:*

• ACERO DE REFUERZO	\$46.399.308.00
• UTILIZACIÓN BOMBA DE CONCRETO	\$20.090.643.00
• MAYOR VALOR MEZCLA ASFÁLTICA	\$42.403.074.00
• MAYOR PERMANENCIA EN OBRA	\$143.835.800.00
• REAJUSTES DICIEMBRE 2007-ABRIL 2008	\$102.618.777.00

*Anexo nuevamente copia de los documentos”.*

## **Conclusión:**

Con fundamento en todo lo que se ha dejado expuesto, el presente proceso no es un caso en el cual resulten aplicables los postulados derivados del principio de equilibrio financiero del contrato con el fin de establecer que el mismo se ha visto roto en detrimento de la parte actora y menos aún un supuesto para cuya resolución puedan ser empleados los parámetros, igualmente aludidos dentro de esta providencia, de la teoría de la imprevisión.

El Consejo de Estado<sup>65</sup> en cuanto tiene que ver con la teoría de la imprevisión, cuya aplicación en el presente caso pretende el contratista demandante, ha explicado que la misma *“... se caracteriza porque se presenta una situación extraordinaria ajena a la voluntad de las partes contratantes, que no podía preverse al momento de la celebración del contrato y que afecta gravemente la economía del mismo, sin impedir su ejecución”*<sup>66</sup>, precisando sobre su contenido y alcance en el sentido que:

<sup>64</sup> Fls. 79 a 80 C1.

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera - Subsección A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01742-01(34454).

<sup>66</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012; Consejera ponente: Olga Mérida Valle de De La Hoz; Expediente: 20.459.

“...La teoría de la imprevisión “regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4º numeral 3º y 8º; 5º numeral 1º; 25 numeral 14; 27 y 28”<sup>67</sup>.

“En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible. **No obstante, las partes contratantes pueden prever la ocurrencia de dichos imprevistos, y convenir el mecanismo de reajuste o revisión de precios al que se refiere el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993**<sup>68</sup>.

**“Con esto se pretende, pues, mantener la ecuación contractual cuando se presentan aumentos en los costos del contrato. Al efecto, “Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso”<sup>69</sup>.**

De acuerdo a lo anterior, para que se mantenga el equilibrio contractual por causas de sucesos no previstos, es necesario que el contratista demuestre dos circunstancias: 1) La prueba de los costos y la modificación de las circunstancias iniciales. 2) Las reclamaciones deben ser formuladas por el contratista durante la ejecución del contrato, o en el momento de su liquidación.

Ahora bien, respecto al momento en que se tienen que realizar las reclamaciones respectivas, la jurisprudencia es clara al decir que **“si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”**, a lo que agrega **“... cada parte del negocio se hace responsable de aquello a lo que se**

<sup>67</sup> Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente No. 1952, M.P. Enrique Arboleda Perdomo.

<sup>68</sup> Nota original de la sentencia citada: Numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993: “Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que hubiere realizado licitación (o concurso), o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios (...).”

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 22952, M.P. Alir Hernández Enríquez.

**compromete, y así mismo, mientras nuevas circunstancias no alteren el acuerdo, se considera que contiene en sí su propio reequilibrio financiero.”<sup>70</sup>**

Es decir, si los imprevistos se presentaron durante la ejecución del contrato el momento para presentar las reclamaciones es en las adiciones o prórrogas del contrato, pero si tal circunstancia se presentó después de terminada la ejecución del contrato las salvedades se podrán presentar al momento de su liquidación.

En este asunto, se destaca en el contrato que el Ing. Roberto Jaramillo Cárdenas en ejercicio de la autonomía de la voluntad suscribió las prórrogas y las adiciones que convino con INFIMANIZALES, por circunstancias conocidas por ambas partes, pues como se observa:

- La prórroga No. 1 por 2 meses se firmó por la demora en la entrega del predio TISQUESUSA.
- La prórroga No. 2 por otros 2 meses, fue concedida por la diferencia en el material de excavación de las pilas de cimentación **y la presencia de gran cantidad de agua** entre ellas, por problemas de despiece y **por el invierno**.
- La prórroga No. 3 por 20 días y adicional 1 por la suma de \$388.304.085, se llevó a cabo por obras adicionales como el puente peatonal sobre la quebrada Manizales, **construcción transversal K33+352 para captación de aguas y manejo de aguas de cunetas** del lado derecho de la vía Panamericana, ampliación vía y empalme K33+330, obras de alumbrado, demarcación y señalización permanente, pintura puente para protección, sumideros y descole.
- Y la prórroga No. 4 por 10 días y la adición 2 por la suma de \$33.343.204, se firmó para terminar la ejecución de las obras dentro de las que se encuentran: Mayor peso real por metro lineal de baranda (40.25 kg por metro) que el contemplado inicialmente, que representa 401 kg adicionales. Mayor volumen de lleno para la transversal del K33+352; lo anterior a raíz del **alto porcentaje de roca** encontrado en la excavación de la transversal, lo que generó voladuras que ocasionaron derrumbes **imprevistos** en el presupuesto inicial. La necesidad de una baranda peatonal del lado sur a raíz de la ejecución del mismo. Terraplenes para conformar islas y zonas aledañas a andenes. Extendida asfalto corrección empozamiento y berma puente existente.
- Aparece acreditado en el acta de entrega parcial No. 3, de fecha 12/10/2008, **una modificación de cantidades de obra** que cambió las condiciones del contrato inicial que era de \$1.217.580.856 y varió a \$1.605.884.942, de tal forma que las obras adicionales que surgieron a raíz de la ejecución del contrato fueron tenidas en

<sup>70</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087.

cuenta por INFIMANIZALES y canceladas al contratista como se vislumbra en el informe financiero del contrato contenido en el informe de interventoría No. 7 del 29 de diciembre de 2008 visto en el folio 1065 del C 2F.

Con ello se verifica el cumplimiento del parágrafo 1 de la cláusula cuarta del contrato sobre cantidades y precios, que establece: "**Las modificaciones relacionadas con los ítems y con las cantidades de obra del presente contrato que sea necesario realizar, se harán de común acuerdo y se consignarán en las actas de recibo de obra**".

Además, la aplicación de la cláusula tercera sobre valor del contrato y forma de pago, que determina: "... Su valor final será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios relacionados en el contrato...."

- Se observa en el plenario un **acta de ajuste**<sup>71</sup> del 17 de diciembre de 2008 que contiene los ajustes de diciembre de 2007 a abril de 2008 de los siguientes grupos: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 por un valor de \$102.618.777.00, dando cumplimiento al parágrafo 2 de la cláusula 4 del contrato "*Los precios serán reajustados para cada ítem por una sola vez...*", quedando desvirtuada la manifestación que realizó el perito en la aclaración que le solicitó el Municipio al dictamen, cuando aseveró que los precios no habían sido reajustados por tal motivo procedió a realizar el reajuste con la fórmula presentada en el contrato.

De acuerdo a lo anterior, el plazo de las adiciones y prórrogas estaban precedidas de las circunstancias que los originaron, es decir los imprevistos **por gran cantidad de agua, invierno y presencia roca**, y fue sobre esas razones, conocidas por los contratistas que se pactó lo que consta en esos documentos, por lo tanto, las partes se hacen responsables de sus compromisos conservando en sí su propio equilibrio financiero.

Adicionalmente no se advierte que hayan efectuado otras solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las adiciones o prórrogas del plazo contractual, pues se nota en las actas parciales de recibo de obras que ninguna observación realizó al respecto que diera cuenta de manera específica las razones de la ruptura del equilibrio contractual ahora reclamado. Sólo existen dos peticiones posteriores al acta de recibo final del contrato<sup>72</sup>, una del 3 de diciembre de 2008 y otra del 13 de enero de 2009.

Además el contratista tuvo la última oportunidad de firmar la liquidación de manera bilateral y pronunciarse sobre las salvedades relacionadas con el desequilibrio económico del contrato de la forma como lo hizo en las reclamaciones aludidas, pero por el contrario, del material probatorio se desprende que no asistió a firmar el acta de mutuo acuerdo por considerar que era levisa a sus intereses, y en suma manifestó que no le

<sup>71</sup> Fl. 947 C 2E.

<sup>72</sup> Firmada el 18/11/08.

asistía el ánimo de imponer salvedades, esto se ve reflejado en el escrito del 5 de enero de 2011.

Dado el material probatorio que antecede, Despacho acoge diferentes conclusiones:

- **El contratista no hizo las salvedades referentes al desequilibrio por él evidenciado en la respectiva oportunidad contractual.**

La primera conclusión refiere a la falta de salvedades por parte del contratista en las 6 actas parciales de obra y el acta de recibo final, suscritas entre el 22 de abril de 2008 y el 18 de noviembre del mismo año e, incluso, el acta de ajustes firmada el 17/12/2008<sup>73</sup>

De igual forma, en los contratos adicionales suscritos el **17 de octubre y el 7 de noviembre de 2008**, en donde se adicionó el valor y se prorrogó el plazo del contrato, se mantuvieron las condiciones pactadas en el contrato inicial, entre estas los precios unitarios con opción de reconocimiento de valores o costos adicionales, y aquí el demandante no hizo ninguna salvedad. Y en razón a que no firmó el acta de liquidación bilateral perdió la oportunidad en la misma de presentar las salvedades sobre el desequilibrio económico.

Se debe tener en cuenta que el Consejo de Estado ha precisado que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos prestacionales derivados de contratos, cuando no se hicieron en las adiciones, prórrogas o suspensiones, suscritos por las partes, ello en virtud al principio de la autonomía de la voluntad.

Si se observa, este criterio de oportunidad fue aplicado por el contratante, cuando solicitó a los interventores y a INFIMANIZALES 4 prórrogas y 2 adiciones del contrato; es decir, celebró acuerdos de valores y tiempo durante la ejecución del contrato para superar las anomalías que ameritaron su prolongación, no sucediendo lo mismo con las 2 últimas reclamaciones que presentó por ser extemporáneas, pues el contratista reclamó los supuestos sobrecostos o reajustes de precios cuando ya se habían suscrito todas las actas parciales y la final.

En este sentido, lo esperable dentro del desarrollo de la relación contractual es que, en ejercicio de la buena fe, las partes avisen a tiempo las situaciones que pueden afectar el contrato. Como el caso del acero de refuerzo grado 60, que en dictamen pericial advierte el perito que en el período de mayor plazo se presentó un alza en su valor, que fue sustentado con las facturas de compraventa, y que el Despacho resume así: El valor unitario del kg presentado en la propuesta económica del contratista fue a un precio de \$1.900 y al precio que fue comprado para la obra fue a \$2.247, presentándose una diferencia por Kg de \$347,77.

En este evento, lo esperable era que el contratista advirtiera a INFIMANIZALES la amenaza que aquejaba la ecuación del contrato para,

---

<sup>73</sup> Fl. 971 a 973 C2E

así, adoptar las correcciones a que hubiera lugar, pues esa alza en el precio del acero de refuerzo fue una situación que se presentó desde el mes de agosto de 2008<sup>74</sup>; es decir, era de conocimiento del contratista para el momento en que firmaron las prórrogas 2, 3 y 4; incluso para cuando se suscribieron las actas parciales de avance de la obra donde se hicieron las respectivas cuentas.

En suma, en el acta de recibo parcial de obra No. 6<sup>75</sup> existe el "ÍTEM DE PAGO NO PREVISTO", y en ninguno de estos momentos el contratista efectuó las salvedades correspondientes, si consideraba que fue insuficiente el mencionado pago por lo no previsto o si quedó faltando algún ítem debió realizar la salvedad.

Ahora, en lo tocante al reajuste del valor de la mezcla densa en caliente tipo MDC-2 y el reconocimiento del valor de la utilización de la bomba para concreto que recomienda el perito sea pagado al contratista, es una apreciación que hace el perito extraída del Memorando del 27 de enero de 2009 del Director Técnico de Proyectos de Infraestructura de INFIMANIZALES, Ing. Jorge Mario Amariles Gómez, dirigido a la Secretaría General Técnica de INFIMANIZALES, Dra. Martha Elena Calvo Montoya en el que aceptan el reconocimiento de los mencionados ítems, sin aportar ningún juicio de valor encaminado a establecer si los costos reclamados por el demandante realmente se efectuaron, con el respectivo soporte probatorio del contrato 2017-12-158, sino que se basó en el reconocimiento de incrementos de la mezcla asfáltica del contrato 2007-12-152 firmado con el Consorcio Libertad 2008, sin ningún soporte.

Respecto a la reclamación de mayor permanencia en la obra que reclama de 4 meses, considera, el Perito en el dictamen que es razonable la reclamación de acuerdo al reconocimiento de 2 meses que le hizo INFIMANIZALES por la demora del predio Tisquesusa, cada uno por \$35.958.950, de tal forma que los 4 meses por mayor permanencia en la obra deben ser cancelados por el mismo valor por mes, sin probar con documentos que el contratista incurrió en esos mayores valores.

Sobre estos dos últimos ítems, tampoco se observa que el contratista hubiese realizado reclamaciones en durante la ejecución del contrato.

Visto lo anteriormente expuesto, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, es necesario que el factor de oportunidad no la haga improcedente, por cuanto, si las partes, han llegado a acuerdos tales como adiciones o prórrogas del plazo contractual, al momento de suscribir tales acuerdos debieron presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades que hayan surgido en razón de las variaciones o circunstancias sobrevinientes dadas con posterioridad a la suscripción del contrato, con los respectivos soportes probatorios.

---

<sup>74</sup> Según facturas vistas en los folios 172 a 185 C1.

<sup>75</sup> Fl. 1607 y 1608 C 2F.

En consecuencia, cualquier solicitud, reclamación ulterior es extemporánea y vulnera el principio de la buena fe contractual.

Así las cosas, ante la inconformidad del contratista Ing. Roberto Jaramillo Cárdenas con la expedición de la Resolución No. 0030 del 4 de febrero de 2011 de liquidación unilateral del contrato, por considerar que alteró el equilibrio económico del contrato, dicho contratista estaba en la obligación de informar previamente tales circunstancias a la entidad contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado.

**- No se encuentran acreditados los demás elementos que configuran el desequilibrio económico del contrato estatal**

Por otro lado, en el *sub judice* no quedó probado que se diera alguna de las circunstancias del rompimiento económico del contrato, en razón que no se logró demostrar variaciones en el contrato que no fueran advertidas al contratista; y si bien se presentó demora en la entrega del predio que conllevó a mayor permanencia en la obra y gastos adicionales, esta situación fue superada con las prórrogas y adiciones; por lo tanto no se advierte un incumplimiento del contrato, tampoco expedición de alguna ley o acto administrativo que afectara el contrato de obra, y finalmente en el evento de haberse presentado alguna circunstancia externa al contrato que no fuera previsible por las partes contratantes, **la cláusula vigésima del contrato** lo blindó al establecer que **“El contratista está en la obligación de ejecutar obras no previstas en el presente contrato cuando a juicio del interventor sean necesarias para la realización, mantenimiento o estabilidad de la obra.”**

Incluso, no se vislumbra en el plenario que se haya afectado la partida AIU previsto en el contrato, siendo determinante la afectación de éste para la demostración del desequilibrio económico, así lo ha dicho el Consejo de Estado: **“...en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato”**<sup>76,77</sup> (Subrayas y negrillas del Despacho)

<sup>76</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433... (La cita es del texto citado).

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, Expediente 18080. (La cita es del texto citado).

Es por eso que se concluye el no existir razones para acceder a las pretensiones de la demanda e invalidar la liquidación unilateral celebrada por INFIMANIZALES, lo que lleva a negar las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, se declarará probada la excepción de INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO, propuesta por INFIMANIZALES.

Teniendo en cuenta la decisión anterior, se obvia el estudio de la legitimación en la causa por pasiva que le asiste a los llamados en garantía .

### **3.5. Condena en costas.**

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la **demanda** se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **4. FALLA**

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control CONTRACTUAL, instauró el Ing. Roberto Jaramillo Cardona, en contra de INFIMANIZALES.

**SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO, propuesta por INFIMANIZALES por las razones expuestas en la considerativa.

**TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS.**

**CUARTO:** Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

**QUINTO:** En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático "Justicia Siglo XXI". La Secretaría liquidará los gastos del proceso, si quedaren remanentes efectúese su devolución.

**NOTIFÍQUESE**

**Firmado Por:**

**Maria Isabel Grisales Gomez  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
004  
Manizales - Caldas**

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

Código de verificación: **ebdbb28ee6dba480690d42db046e72e83b35e0c4fadd0138feac185072444372**

Documento generado en 03/06/2022 03:48:02 PM

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

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

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

**Radicado:** 17001-33-33-004-2019-00266-00  
**Medio de Control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** MARTHA YANETH RÍOS VALENCIA  
**Demandados:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
**Sentencia No.:** 084

### 1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia oral de primera instancia, dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO interpuesto por la señora **MARTHA YANETH RÍOS VALENCIA**.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. Pretensiones:

- Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 00576 del 6 de junio de 2017, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al momento de adquirir el status de pensionada.
- Declarar que la demandante tiene derecho a que LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague el reajuste o reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 27 de febrero de 2017, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, horas extras y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de la demandante.

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada:

- Condenar a la demandada a que le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 27 de febrero de 2017 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, horas extras, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de la demandante.

- Condenar a la demanda que en el caso concreto debe extenderse el reconocimiento de la prima de navidad, horas extra, la prima de servicios, creada según el Decreto No. 1545 del 19 de julio de 2013 y la bonificación mensual según decreto No. 1566 del 1 de junio de 2014, las cuales no se incluyeron en la resolución que reconoció la prestación.
- Ordenar a la demandada que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la Ley.
- Ordenar a la demandada el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina de la pensionada. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
- Que se ordene a la demandada el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos con el inciso final del artículo 187 del CPACA.
- Ordenar a la demandada el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena como lo dispone el inciso 3 del artículo 192 del CPACA.
- Condenar en costas a la demandada teniendo en cuenta la omisión en el acatamiento del precedente jurisprudencial.
- Que de las sumas que resultaren a favor de la demandante se descuente lo cancelado en virtud de la resolución que le reconoció el derecho a la pensión de jubilación.

## **2.2. Hechos relevantes:**

- Que la demandante laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por esa entidad.
- Que la base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la asignación básica y la prima de vacaciones, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, horas extra, prima de servicios, según decreto No. 1545 del 19 de julio de 2013, y la bonificación mensual, según decreto No. 1566 del 01 de junio de 2014, percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.
- Que la entidad demandada está llamada a restablecer el derecho según lo indicó en sentencia del 21 de noviembre de 1996, Consejero Ponente: Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA.

## **2.3. Normas violadas y concepto de la violación:**

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1º Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

#### **2.4. Contestación de la demanda:**

La entidad demandada da respuesta a la demanda, reconociendo como ciertos los hechos relacionados con la vinculación del demandante a la docencia y con el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de su pensión de jubilación. También indicó que no es cierto que la entidad no hubiera tenido en cuenta la totalidad de los factores devengados por el demandante, ya que la liquidación pensional se efectuó acorde a la legislación vigente en concordancia con la sentencia de unificación que constituye precedente vinculante y obligatorio.

Por lo tanto, no existe obligación a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio para cancelar factores salariales distintos de los enlistados en el art. 1 de la Ley 62 de 1985, sobre los cuales el docente no realizó las respectivas cotizaciones.

Propuso como excepción la de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO y GENÉRICA.

#### **2.5. Traslado de excepciones:**

La parte demandante se pronunció sobre los medios exceptivos propuestos, solicitando se declaren no probados.

#### **2.6. Alegatos de Conclusión:**

##### **2.6.1. Alegatos demandante:**

Hizo referencia a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, para concluir que, se debió aplicar dicho criterio para efectos de determinar la mesada pensional de la demandante, pues, de acuerdo a ello se debe reconocer LA BONIFICACION MENSUAL (Decretos 1272 de 2015 y 123 de 2016, como también las HORAS EXTRAS pues hacen parte de los factores salariales enlistados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Agregó que no se tuvo en cuenta al momento de la liquidación de la pensión de la demandante los factores salariales correspondientes a PRIMA DE NAVIDAD y PRIMA DE SERVICIOS.

Solicitó se reconozcan las pretensiones como fueron solicitadas o en su defecto se reconozca la BONIFICACION MENSUAL y las HORAS EXTRAS.

##### **2.6.2. Alegatos demandada:**

Realizó un recuento normativo de la Ley 60 de 1993, Ley 33 de 1985, Ley 115 de 1995, Ley 91 de 1989 y precisó que el Consejo de Estado en sentencias de unificación de 2018 y 2019, estableció las reglas y subreglas que se deben tener

en cuenta al momento de realizar la liquidación pensional, determinando que los docentes se encuentran exceptuados del sistema integral de seguridad social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pero en todo caso, para efectos del reajuste de la pensión de jubilación del demandante, deben tomarse sólo los factores taxativos del art. 1° de la Ley 62 de 1985.

**2.6.3.** El Ministerio Público no se pronunció.

### 3. CONSIDERACIONES

#### a. El fondo del asunto:

Solicita la parte demandante se declare la nulidad parcial del acto que le **reconoció la pensión de jubilación** de la demandante en lo que tiene que ver con la no inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año al momento de adquirir el status de pensionada.

#### 3.2. Problema Jurídico:

*¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reliquide la pensión de jubilación con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año al momento de adquirir el status de pensionada?*

*¿Cuáles son los factores salariales a tener en cuenta en la reliquidación de la pensión de jubilación ordinaria de la accionante, como docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?*

#### 3.3. Argumento Central:

##### 3.3.1. Premisas normativas:

Antes de dirimir el fondo de la pretensión, será necesario establecer el marco normativo regulador de la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación docente.

- La **Ley 91 de 1989** creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y atiende las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentran vinculados; tiene entre sus objetivos el de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y, en esta medida, les reconoce a sus afiliados el pago de la pensión, bien sea de jubilación o de invalidez; posteriormente los docentes que pertenecían al orden departamental que en virtud del proceso de nacionalización ocurrido como consecuencia de la expedición de la Ley 43 de 1.975, que finalizó en 1.980; se rigen, en cuanto a las prestaciones que se causen hasta la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1.989, que lo fue el 29 de diciembre de 1.989, según fuere el caso, por la Ley 6ª de 1.945 y la Ley 33 de 1.985, normas que deben armonizarse para su aplicación con las disposiciones de la Ley 91 de 1.989.

En el tema de pensiones, la citada Ley 91 de 1989 unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión y equiparó su

régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito en el artículo 15 ibidem, lo siguiente:

*"[...] Art. 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: [...]"*

2. Pensiones:

B. *Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales o 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 [...]"***

Se observa que dicha norma establece que la tasa de reemplazo será liquidada sobre "el salario mensual promedio" a diferencia de lo dispuesto por la Ley 33 de 1985 que ordena liquidar la tasa de reemplazo, sobre el "salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio" Es decir, la norma especial que regula la situación pensional de los docentes afiliados al Fomag -Ley 91/89-fija el ingreso base de liquidación a partir del concepto de "salario".

Ahora bien, el art. 15 de la Ley 91/89 establece que los docentes "gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público-nacional...". Es así que la Ley 33 de 1985, determinó en su artículo 1 como requisitos para acceder al derecho pensional de jubilación, i), la prestación del servicio por veinte (20) años continuos o discontinuos y ii) el cumplimiento de los 55 años de edad. Al respecto:

*"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 (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio..."*

*"...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 regía con anterioridad a la presente ley..."*

Seguidamente, enlistó en el artículo 3° los factores que serían considerados para la determinación de la base de aportes, precepto que fue posteriormente modificado por la Ley 62 de 1985, que dispuso en su art. 1° lo siguiente:

*"Artículo 1°. 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...”.*

Esta remisión normativa, a la luz de la regla de prevalencia de la norma especial sobre la general, indica, para el caso, que en todo lo que no esté determinado por el art. 15.2 literal b) de la Ley 91/89, se deberá acudir a la norma pensional general de los empleados públicos, que para ese momento lo era la Ley 33 de 1985.

Cabe precisar que el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia venía explicado cómo se debía cuantificar el monto de las pensiones del régimen pensional del sector oficial, concluyendo que las pensiones se calculaban con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no haya mención taxativa en la norma (Ver sentencias de la Sección Segunda, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 4 de agosto de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09); C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, del 25 de febrero de 2016. Radicación: 25000-23-42-000-2013-01541-01, referencia: 4683-2013; C.P. Gabriel Valbuena Hernández, 26 de noviembre de 2016, radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), C.P. Cesar Palomino Cortés, febrero 9 de 2017, radicación No. 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13))

Ahora, los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala:

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

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

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15).

Esta regulación fue ratificada por el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:

*"[...] **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".*

*Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003)..."*

En el presente caso, se observa que la demandante se vinculó al servicio educativo antes del 27 de junio de 2003 fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. En consecuencia, su régimen en materia pensional será el de la Ley 91 de 1989 y sus normas concordantes.

### **3.3.2. Premisa jurisprudencial:**

Ahora bien, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena del H. Consejo de Estado estudió la pretensión de reliquidación de una pensión reconocida por Cajanal a una beneficiaria del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, a quien le aplicaba por remisión la Ley 33 de 1985.

En dicha sentencia, el Consejo de Estado fijó dos subreglas aplicables al grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL, a saber:

***"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.*

95. *La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989<sup>1</sup>. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.*

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. ..."*

A diferencia de lo ocurrido con la primera sub-regla, el Consejo de Estado no precisó si esta segunda sub-regla, cobijaba o no la situación pensional de los docentes afiliados al Fomag, lo que podría suscitar dudas, no sobre si la misma constituye precedente, pues, se insiste, esta sentencia no es vinculante para la resolución sub examine, debido a que no existe similitud de supuestos fácticos y jurídicos; sino que surgía discusión sobre si debía hacerse extensiva la interpretación que allí se hace de la Ley 33/85 para determinar la fórmula de liquidación de las pensiones reconocidas a quienes gozan del régimen prestacional previsto en la Ley 91/89 y les aplica, por remisión del Art. 15 ibídem, la Ley 33/85.

El Juzgado venía considerando que los argumentos y sub-argumentos de la segunda sub-regla que aparecen en los numerales 96 y s.s. de la sentencia de unificación, se desligaban de la conclusión de la sub-regla primera de la que expresamente se excluye a los docentes afiliados al FOMAG, no guardando relación con las particularidades del régimen especial de que gozan los docentes oficiales, permitiendo de esa manera continuar con la tesis del reconocimiento de una pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio; sumado a que en pronunciamientos posteriores a la sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, el Consejo de Estado había ratificado que era por virtud de la Ley 19 de 1989 y no de la Ley 100 de 1993 que a los docentes se les aplica la Ley 33 de 1985<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retire del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]".

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2018-03012, 27 de septiembre de 2018.

Ahora bien, en fallo de unificación, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, unificó las reglas sobre el IBL en la pensión de jubilación y vejez de los docentes. Al respecto<sup>3</sup>:

*“Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes*

*1. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:*

*2. De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:*

*a. 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 aquellos 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.*

*b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”*

A lo anterior se suma que el Tribunal Administrativo de Caldas<sup>4</sup>, también en recientes pronunciamientos proferidos por vía del recurso de apelación de sentencias en las cuales se había accedido al reajuste pensional en primera instancia, ordenando la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, algunos al status, otros al retiro, revocó la decisión bajo el argumento de que las pensiones de jubilación reguladas por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, debían liquidarse incluyendo todos los factores por los cuales se hubiere cotizado previstos en la última norma.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Consejo de Estado, sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019, C.P. César Palomino Cortés. Expediente: 680012333000201500569-01, N° Interno: 0935-2017.

<sup>4</sup> Ver sentencias del 1 de abril de 2019, rad. 17001-33-33-004-2017-0017, M.P. Publio Martín Andrés Patiño Mejía; 8 de abril de 2019, rad. 17001-33-33-004-2017-0181, M.P. Publio Martín Andrés Patiño Mejía.

Con fundamento en el citado pronunciamiento de unificación, el cual resulta de obligatorio acatamiento por parte de esta operadora judicial, y la posición asumida por el Tribunal Administrativo de Caldas se modificará el criterio que se había venido adoptando en estos temas de reliquidación de las pensiones de jubilación de los docentes, para en su lugar, acogerse a la postura planteada por dichas Corporaciones, en el sentido que sólo los factores consagrados legalmente y sobre los que se haya realizado el aporte o cotización, pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

### 3.3.3. Caso concreto:

Ahora bien, aplicando al sub examine los elementos jurídicos y jurisprudenciales anteriormente consignados, se tiene probado lo siguiente:

- Mediante la Resolución No. 00578 del 6 de junio de 2017, se le reconoció la pensión a la demandante, a partir del 27/02/2017.
- La fecha en la que adquirió el status fue el 27 de febrero de 2017.
- Que los factores reconocidos en los actos de reconocimiento pensional, los pedidos y los enlistados en la Ley 62 de 1985, se resumen en el siguiente cuadro:

Factores devengados último año de servicios (status o retiro)	Factores incluidos en la base pensional	Factores consagrados en la Ley 62 de 1985
Sueldo <b>Horas Extras</b> Prima de navidad Prima de servicios Prima de vacaciones <b>Bonificación Mensual</b>	Sueldo Prima de Vacaciones	Asignación Básica Gastos de Representación Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; Dominicales y feriados; Horas extras Bonificación por servicios prestados; Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

### 3.4. Conclusión:

En el caso concreto hay lugar al reconocimiento del derecho deprecado por la demandante, solo frente a las **HORAS EXTRAS** que se encuentra expresamente enlistada en la Ley 62 de 1985 y **la BONIFICACIÓN MENSUAL**, precisando que si bien es cierto no está contenida en la referida ley, tiene creación legal a través del Decreto 1566/2014,; es exclusivamente para docentes regidos por el Decreto Ley 2277/79 y Decreto Ley 1279/2002 con cargo al Sistema General de Participaciones, se paga mensualmente y con valores variables de acuerdo al escalafón docente y **constituye factor salarial para los aportes obligatorios según se desprende del inciso 2 del artículo 1 de la normativa.**

No sucede lo mismo con la PRIMA DE NAVIDAD la cual habrá de negarse en tanto no se encuentra enlistada dentro de la Ley 62 antes mencionada, por lo tanto, no constituye factor salarial.

Ahora bien, como quiera que la nulidad se funda en la no inclusión de todos los factores devengados y certificados que son computables en materia pensional, se accederá a las súplicas de la parte demandante, declarando la nulidad parcial de la Resolución No. 00576 del 6 de junio de 2017, solo respecto del monto de la pensión que no le incluyó todos los factores salariales que se deben tener en cuenta, esto es, sobre los factores antes enunciados (HORAS EXTRAS y BONIFICACIÓN MENSUAL).

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se CONDENARÁ a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar a la demandante los ajustes económicos a su pensión de **jubilación desde el momento en que adquirió el status de pensionada**, en la forma como lo determina el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, incluyendo como factor salarial adicional a los que ya venía percibiendo las **HORAS EXTRAS y la BONIFICACIÓN MENSUAL**.

Las sumas de dinero mencionadas tendrán que actualizarse teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

De donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es lo dejado de percibir por el actor, **desde el momento en que adquirió su status de pensionado, 27 de febrero de 2017**, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debieron hacerse los respectivos pagos.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se debió reajustar teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

#### **3.4.1. PRESCRIPCIÓN:**

El artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, consagra respecto a la Prescripción lo siguiente: “...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 solo por un lapso igual*”

Se tiene que mediante resolución No. 00576 del 6 de junio de 2017, le fue reconocida la pensión vitalicia a la demandante a partir del 27 de febrero de 2017; la demanda es presentada el 12 de abril de 2019, esto es, dentro de los

tres años siguientes al status y al reconocimiento de la pensión; por lo tanto, no hay lugar a decretar la prescripción trienal<sup>5</sup>.

### 3.5. Condena en costas:

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la contestación de la demanda se presentó con fundamentos razonables, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## 4. FALLA

**PRIMERO: DECLARAR** NO PROBADAS las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO propuestas por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

**SEGUNDO: DECRETAR** la nulidad parcial de la Resolución No. 00576 del 6 de junio de 2017 que liquidó la pensión de jubilación a la señora MARTHA YANETH RÍOS VALENCIA, pero sólo respecto al monto de la pensión, en cuanto no incluyó las **HORAS EXTRAS y la BONIFICACIÓN MENSUAL**.

**TERCERO: CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a RELIQUIDAR y PAGAR en favor de la señora **MARTHA YANETH RÍOS VALENCIA** los ajustes económicos a su pensión de jubilación, desde el momento en que adquirió el status de pensionada incluyendo como factores salariales adicionales a los ya reconocidos, **LAS HORAS EXTRAS y la BONIFICACIÓN MENSUAL**, con efectos fiscales a partir del **27 de febrero de 2017**, sumas debidamente indexadas de conformidad con la fórmula consignada en la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO: SIN CONDENAS EN COSTAS**, por lo expuesto en la parte motiva.

**QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA** para actuar como apoderado sustituto de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG al **Dr. JAVIER RAMIRO CASTELLANOS SANABRIA**, identificado con cédula de ciudadanía 1.020.174.534 y T.P. 237.954 del C.S. de la J.

**SEXTO: ACEPTAR** la renuncia como apoderada de la demandante a la Dra. LILIANA PATRICIA RODRÍGUEZ DUQUE, identificada con cédula de ciudadanía 30.393.627 y T.P. 237.954 del C.S. de la J.

**SÉPTIMO: LIQUIDAR** por Secretaría los gastos del proceso; ORDENAR la devolución de remanentes si a ello hubiere lugar. y ARCHIVAR el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI”; una vez en firme la sentencia.

## NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

<sup>5</sup> Al respecto ver sentencia C-412 de 1997 de la H. Corte Constitucional y art. 94 del C. G. del P.

**Firmado Por:**

**Maria Isabel Grisales Gomez  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
004  
Manizales - Caldas**

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

Código de verificación: **eeed0b9458e4c87dab7257eae04bc1ad7182b30321491cd3e44efff1df734dc**  
Documento generado en 03/06/2022 03:48:03 PM

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

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

---

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

Radicado: 1701013333004-2016-00191-00  
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho  
Accionantes: HERNANDO ANTONIO HERNANDEZ JARAMILLO  
Accionados: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FOMAG y  
DEPARTAMENTO DE CALDAS  
Sentencia No. 80

#### 1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

#### 2. ANTECEDENTES

##### 2.1 Pretensiones:

-PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución Oficio 1127/15 UJ SED del 23 de diciembre de 2015, por medio del cual se negó el derecho a la revisión y reliquidación del retroactivo por Homologación y Nivelación salarial, cancelado hasta el 15 de mayo de 2013, así como el ajuste de la indexación del periodo comprendido entre el 14 de abril de 2005 al 31 de diciembre de 2009.

- SEGUNDO: DECLARAR a título de restablecimiento del derecho, que la accionante tiene derecho a que las accionadas le reliquiden y ajusten los conceptos (sueldo, prima técnica, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial, recreación, sueldo vacacional, prima de navidad, cesantías e indexación), que por homologación nivelación salarial no le fueron reconocidos y pagados correctamente.

- TERCERO: ORDENAR a la SECRETARIA **DE** EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CLDAS, revisar, corregir y/o ajustar los certificados de factores salariales que dan cuenta de los valores “sin homologar” y “homologados” con base en la última tabla de homologación aprobada

por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL en los procesos de homologación y nivelación salarial, para de esta forma calcular con precisión las diferencias por retroactivo a cancelar y por consiguientes la base de indexación.

- CUARTO: ORDENAR a las accionadas usar para en la fórmula de indexación, la última tabla emitida por la Superintendencia financiera de Colombia, correspondiente a la **“base 100 año 2008”**.

- QUINTO: ORDENAR a las entidades demandadas aplicar correctamente la fórmula de indexación, teniendo en cuenta que el índice final debe calcularse con base en el IPC del año inmediatamente anterior a la fecha efectiva del pago, es decir, al 31 de abril de 2013, en consideración a que la fecha de pago se surtió el 15 de mayo de 2013.

- SEXTO: CONDENAR a las entidades demandadas a pagar al actor los intereses moratorios a que tiene derecho por el saldo insoluto pendiente por reconocer y pagar, desde la fecha de pago (15 de mayo de 2013) y en adelante hasta que se cancele el saldo adeudado.

- SEPTIMO: ORDENAR a las demandadas SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS y la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, dar cumplimiento al fallo en los términos previstos del Artículo 192 del CPACA.

- OCTAVO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas, en caso de oposición a las pretensiones de la demanda.

## **2.2 Supuestos facticos:**

- Manifiesta que el señor HERNANDO ANTONIO HERNÁNDEZ JARAMILLO prestó sus servicios al Estado en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, en calidad de personal Administrativo, como Auxiliar de servicios generales.

- Que conforme a la Ley 60 de 1993, el Ministerio de Educación Nacional, certificó al Departamento de Caldas para la administración del servicio educativo mediante la Resolución No. 3500 de 1996.

- Que el Departamento de Caldas, mediante Decreto Departamental 0021 de 1997, transfirió el personal administrativo del orden nacional, a las plantas personal departamental con los mismos cargos, códigos y salarios con los que venían de la Nación, sin tener en cuenta que generalmente el personal de carácter territorial contaba con un salario superior al del personal administrativo de orden Nacional.

- Indica que el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto Nro. 1607 de 09 de diciembre de 2004, señaló que las entidades territoriales debían, previa homologación, efectuar la

correspondiente nivelación salarial, dejando establecido que el mayor valor del nivel salarial debería ser cubierto por la Nación.

- Que se especificó, que en aplicación al principio de igualdad, el personal administrativo transferido en el proceso de descentralización de la Educación, debía recibir igual salario que los trabajadores que a nivel territorial desempeñaban iguales o similares cargos, pues estos últimos contaban con un nivel salarial superior al del personal administrativo de orden nacional.

- Que no obstante lo anterior, al personal administrativo incorporado mediante decreto departamental No. 0021 de 1997 no le fueron homologados y nivelados salarialmente los cargos que venían ocupando con la Nación conforme a los cargos similares de la planta central del ente territorial.

- Que conforme a lo dispuesto en la Directiva Ministerial No. 10 de 2005 y en la Resolución 2171 del 17 de mayo de 2006; la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, elaboró y presentó ante el Ministerio de Educación Nacional, el estudio técnico para la homologación nacional en mención, aprobado el 30 de marzo de 2007.

- Como consecuencia de lo anterior, mediante el Decreto 0399 del 20 de abril de 2007, el Departamento de Caldas homologó y niveló los cargos administrativos del personal perteneciente a la planta de cargos del Departamento de Caldas; no obstante, mediante los oficios SED 0345 de junio de 2008 y GJSED 1497 del 22 de mayo de 2009, solicitó revisión y ajuste al proceso, aprobada el 1 de junio de 2009 mediante Oficio No. 2009EE29765, por lo que mediante Decreto 0337 expedido en diciembre de 2010 modificó el Decreto 0399, incorporando la Homologación y Nivelación salarial al personal administrativo del sector educativo de la entidad, financiado con recursos del sistema general de participaciones.

- En virtud de lo anterior, mediante Resolución 1826-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución 4541-6 del 04 de julio de 2013, la Secretaría de Educación del Departamento, canceló a favor del demandante, el pago de un retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, indicando en forma expresa la fecha de constitución de la obligación, esto es, desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009, ya que el Decreto 021 por medio del cual se transfirió al personal administrativo data del 10 de febrero de 1997 y a partir del año 2010 incorporó al personal por homologación y nivel salarial a la planta administrativa del ente territorial, entidad que canceló la vigencia de 2010 y a partir del 1 de enero de 2011 incorporó al personal mediante el Decreto No. 0337 del 2 de diciembre de 2010.

- Que, no obstante lo anterior, si bien la obligación general de reconocer el pago de la homologación inicia a partir de febrero de 1997, el período a cancelar varía de una persona a otra dependiendo de la fecha de ingreso; retiro y/o prescripción; por ello, en el caso del accionante es a

partir del 14 de abril de 2005, tal como consta en la certificación de pago expedida por la Secretaria de Educación, en la que se indica que el retroactivo reconocido en la Resolución No. 4541-6 del 4 de julio de 2013, correspondiente a la suma de \$18.980.111,00, se liquidó a partir del 14 de abril de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2009, pago efectuado el día 15 de mayo de 2013, de lo que se deduce que las sumas reconocidas en la Resolución 4541-6 no fueron debidamente indexadas hasta la fecha efectiva del pago, por cuanto el índice final debe calcularse con base al IPC del mes inmediatamente anterior a la fecha efectiva del pago, es decir al 31 de abril de 2013, en consideración a la fecha en que se dio el pago, esto es, el 15 de mayo de 2013.

- Indica que no obstante haberse autorizado mediante oficio 2014EE61673 del agosto de 2014 los pagos por concepto de actualización y de indexación y diferencias salariales dejadas de percibir, de acuerdo al desempeño de las funciones, el Departamento de Caldas, mediante Resolución /Oficio 1127 /15 UJ SED del 23 de diciembre de 2015, niega el derecho reclamado, además de no aplicar en debida forma la tabla emitida por la Superintendencia Financiera, la cual corresponde a la "base 100 año 2008", pues la utilizada por la entidad fue la "base 100 año 1998", lo que hace que los valores de la indexación estén por debajo de lo que realmente corresponde. Señala al respecto, que al saldo insoluto pendiente por reconocer y pagar, se le debe aplicar los intereses moratorios desde la fecha de pago (15 de mayo de 2013) hasta la fecha en que se cancele el saldo adeudado.

- Especifica que para determinar el retroactivo neto a cancelar por homologación y nivelación salarial, debe calcularse la diferencia de los salarios sin homologación y demás factores salariales como: *prima técnica, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial, recreación, sueldo de vacaciones, prima de navidad, cesantías*) percibidos desde el momento mismo en que fue vinculado a la planta de personal del Departamento a la fecha de retiro, con el nuevo valor que resulte después de aplicar la última tabla salarial aprobada por el Ministerio de Educación en el proceso de homologación y nivelación del personal administrativo del Departamento de Caldas, es decir, los valores homologados. Retroactivo que según indica, debe aplicársele mes por mes desde la fecha de causación hasta la fecha de pago, la fórmula de indexación  $VR = VALOR ADEUDADO * \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$ , utilizando para ello la última tabla del IPC ponderado emitida por la Superintendencia financiera

- Que mediante derecho de petición radicado en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el 12 de diciembre de 2015, se solicitó la revisión y reliquidación de los conceptos (*sueldo, prima técnica, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial, recreación, sueldo de vacaciones, prima de navidad, cesantías e indexación*) por Homologación y Nivelación salarial no reconocidos al demandante,

interrumpiendo la prescripción, entidad que respondió negativamente mediante los actos administrativos demandados.

### **2.3 Normas violadas y concepto de la violación:**

Citó como vulnerados la Constitución Política en su preámbulo y artículos 1, 2, 13 25, 53, 58, 93, 123, 209, 350; artículos 187 al 192 del CPACA, artículo 178 Decreto 01 de 1984, Ley 43 de 1975, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2021, artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y demás normas concordantes.

Al realizar un recuento jurisprudencial y normativo sobre el objeto de la demanda, manifiesta que la entidad se ha centrado en manifestar que no hay lugar a revisión del ajuste del retroactivo cancelado por homologación y nivelación salarial del demandante, en atención a que éste no interpuso los recursos legales en momento oportuna, pues ha de tenerse en cuenta que el acto administrativo de pago de homologación y nivelación salarial no le fue notificado en forma personal, por lo que los términos del acto administrativo no pueden correr en contra del demandado, quien oportunamente presenta derecho de petición, y no como una forma de revivir términos, según lo indicado por la entidad.

Concluye finalmente expresando que se debe realizar la indexación correcta de las sumas canceladas por concepto de homologación y nivelación salarial, pues con el acto administrativo demandado la entidad, ha violado la ley al NO reconocer ni revisar la misma, dado que las entidades no pueden trasladar las cargas propias de sus actividades a los asociados y el proceso de homologación y nivelación salarial era una tarea y un deber a cargo de la Nación y sus entes territoriales.

### **2.4. Contestación de la demanda:**

#### **2.4..1 Departamento de Caldas:**

Presenta oposición a las pretensiones de la demanda, indicando que la entidad territorial cumple con funciones procedimentales en cuanto al trámite y el reconocimiento de prestaciones económicas, adicional a ello administró o administra recursos correspondientes a la homologación

Frente a los hechos, manifiesta que si bien el Departamento reconoció la homologación salarial, fue directamente el Ministerio de Educación, a través de transferencias directas del Sistema General de Participaciones quien realizó el pago incluyendo todos los valores correspondientes junto con la indexación del rubro dispuesto para la nivelación salarial, no siendo posible que este reclame ninguna sanción moratoria, en calidad de intereses.

Como fundamentos de defensa, expone:

Que mediante Decreto 00021 del 10 de febrero, se incorporó a la estructura del Departamento de Caldas, las plantas de cargos de docentes, directivos docentes y administrativos pagados con recurso del situado fiscal para el sector educación.

- Que mediante Ordenanza 178 de 1996 se facultó al Gobierno Departamental para que mediante (decreto 565 del 08/07/1997) fijara para la Secretaría de Educación, con cargo al presupuesto del Departamento, 12 cargos y con cargo al presupuesto del situado fiscal 25 cargos, por lo que mediante Ordenanza 014 de 1992, se determinaron las distintas categorías de empleos y escalas de remuneración para los empleados públicos de la Administración central de la Gobernación de Caldas.

- Diciendo que dicha incorporación a la planta de personal del Departamento, trajo una desigualdad salarial para los empleados de educación reincorporados. Que en virtud de ello y la consulta elevada por el Ministerio de Educación, el Consejo de Estado – Sala de Consulta del Servicio Civil, se pronunció favorablemente mediante concepto 1607 de diciembre de 2004, razón por la cual el Ministerio de Educación emitió la Directiva Ministerial 10 de junio de 2005, y la Resolución 2171 de mayo de 2006, indicando a las entidades territoriales certificadas en Educación, el procedimiento que debían seguir para la homologación y nivelación salarial de los empleados administrativos.

- Respecto al proceso de homologación, que el mismo se inició con trabajadores desde el año 1997, revisando el salario más aproximado de cada funcionario homologado, de la escala salarial de la administración central, de acuerdo con el nivel jerárquico y los requisitos para el desempeño del cargo, respetando los derechos de carrera. Estudio que fue aprobado por el Ministerio de Educación mediante radicado 2007ER9711 del 30 de marzo de 2007.

- Que desde el 10 de febrero de 1997 al 09 de mayo de 2007, los salarios se consolidan año por año en acatamiento a lo orientado por el Ministerio de Educación Nacional.

- Indica que para el caso del demandante, este ingresó a la Secretaría de Educación del Departamento – Planta Administrativo no docente, mediante nombramiento provisional del 14 de febrero de 2007 y posesionado el 20 del mismo mes y año, en el cargo de Instructor código 3-13, grado 9 con una asignación básica de \$859.094,00, en el Colegio San Lorenzo de Riosucio Caldas. Pero que una vez finalizado el proceso de homologación la demandante LINA MARCELA ESCOBAR CASTRO (sic) su cargo quedó homologado para el año 2011 Instructor Código 3-14, grado 04, asignación básica 1.548,388,00, , incorporado mediante Decreto 353 de diciembre 15 de 2010.

- Que por la homologación del cargo el demandante recibió por los años 2007 al 2011 debidamente indexados, la suma de \$57.341.662,20, según acto administrativo No 1700-6 del 22 de marzo de 2013, el cual no fue recusado, ni demandado, de lo que se puede desprender que lo recibido por el demandante dentro del proceso de homologación y nivelación salarial al estar indexado, no le da derecho a reclamar ninguna sanción moratoria, en calidad de intereses, ya que se está pretendiendo por parte del demandante que el Departamento incurra en pago de doble sanción.

Planteó las excepciones de falta de LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY, e INAPLICABILIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS.

#### **2.4.2 Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-Inaplicabilidad de los intereses moratorios.**

Presenta oposición a las pretensiones, pero con argumentos ajenos al tema en estudio, esto es, referidos al reconocimiento y pago de la indexación de primera mesada pensional.

Al efecto propone como excepciones de mérito: FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA JURÍDICA, CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE y PRESCRIPCIÓN.

#### **2.5.Traslado de excepciones:**

De las excepciones propuestas se dio traslado a la parte demandante, quien guardó silencio.

#### **2.6Alegatos de conclusión:**

Las entidades demandadas y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal mientras que la parte demandante insistió y se reiteró en las súplicas de la demanda.

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1 Cuestión previa:**

Sea lo primero resolver la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA planteada por el Departamento de Caldas y el Ministerio de Educación Nacional, bajo el argumento de no asistirle competencia para el reconocimiento y pago de los derechos reclamados

Del contenido de las resoluciones demandadas, evidencia el Despacho que el proceso de homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos de la planta de personal del DEPARTAMENTO DE CALDAS, incluido el accionante, además de haber sido aprobado por ente territorial a través del Decreto N° 0399 de 2007, su estudio técnico fue aprobado por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN mediante Oficio N° 2007ER9711 del 30 de marzo de 2007, evidenciándose con ello que dicho proceso se realizó de forma concertada entre la NACIÓN y DEPARTAMENTO.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, mediante concepto N° 1607 emitido el 9 de diciembre de 2001 sobre los "COSTOS DE HOMOLOGACIÓN DEL PERSONAL ADMINISTRATIVO AL SERVICIO DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. ENTREGA DEL MISMO A LAS ENTIDADES TERRITORIALES", expuso:

*"...Es muy probable que, dentro del proceso de descentralización y entrega de personal administrativo del sector educativo, existieran nomenclaturas, clasificaciones de empleos y remuneraciones, requisitos y funciones diversas que no coincidieran en los órdenes departamental y nacional. Lo primero que se observa es que el legislador precavió la situación y estableció mecanismos de coordinación entre la Nación y los entes territoriales para garantizar el reconocimiento de los derechos laborales y el equilibrio del sistema - arts. 2°, 3°, 5°, 6°, 14 de la ley 60 -.*

*En el supuesto estudiado, si el personal administrativo se incorporó de manera concertada y conforme a los parámetros legales estudiados, **el mayor valor del nivel salarial debería ser cubierto por la Nación**<sup>2</sup>, pues, según el artículo 356 de la Carta, no se pueden descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas<sup>1</sup>*

### **(...) La Sala responde**

**1.** *Las entidades territoriales, como consecuencia del proceso de descentralización del servicio educativo, previa la homologación de los cargos previstos en las plantas de personal nacional y departamentales en lo relacionado con la clasificación, funciones, requisitos, responsabilidades y remuneración, etc. de los empleos, incorporan en iguales o equivalentes condiciones el personal administrativo que reciban en virtud de la certificación.*

**2.** *En virtud de lo dispuesto por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 1 de 2001, que modificó el artículo 357 de la Constitución, el Sistema General de Participaciones debió comprender en la base inicial, a 1° de noviembre de 2000, los costos provenientes de la homologación e incorporación del personal administrativo realizada por las entidades territoriales con fundamento en la ley 60 de 1993. **Si así no se hizo y los mayores costos por los conceptos mencionados provienen de***

<sup>1</sup> Cita de cita: En este sentido, la exposición de motivos al proyecto de ley No. 120 de 1992 del Senado presentado por el Gobierno Nacional, que se convertiría en la ley 60, se dijo: "Para minimizar los riesgos de un proceso de descentralización fiscal, es preciso que éste se realice con un claro equilibrio entre funciones y recursos transferidos y con el fortalecimiento institucional de las entidades territoriales." G. del Congreso No. 41/92.

**homologaciones realizadas conforme a la normatividad aplicable para la adopción de las plantas, la Nación debe asumirlos; de lo contrario, serán de cargo de los departamentos.**

*3. En el evento de existir mayores costos con ocasión del proceso de homologación en virtud de lo dispuesto en la ley 715 de 2001, si el proceso se cumplió conforme a derecho y existe disponibilidad, debe asumirlo el SGP; si no existe disponibilidad, serán de cargo de la Nación. Si el respectivo municipio homologó e incorporó al personal administrativo contrariando el orden jurídico, responderá con sus recursos propios...” /Resaltado y subrayas fuera de texto/.*

Con base en el concepto parcialmente reproducido, la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, en la Directiva Ministerial N° 10 del 30 de junio de 2005, señaló:

*“...Una vez elaborado el estudio técnico y fundamentándose en éste, la entidad territorial certificada procederá a realizar, bajo la responsabilidad del secretario de educación y del jefe de personal o quien haga sus veces, la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos conforme a la normatividad vigente, mediante acto administrativo general.*

*Con base en este último, la homologación de cada funcionario administrativo se realizará, mediante acto administrativo individualizado el cual debe especificar el cargo al cual es homologado y la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico- que rige a partir de la fecha de expedición de dicho acto administrativo, previo certificado de disponibilidad presupuestal. El certificado de disponibilidad presupuestal será emitido contra recursos del Sistema General de Participaciones -SGP. Si el costo de la planta de personal administrativo aprobada, incluido el aumento por concepto de la nivelación y homologación, no alcanza a ser cubierto con los recursos del SGP asignados por alumno atendido para el pago de la prestación del servicio, la entidad territorial podrá solicitar al MEN su cubrimiento por concepto de complemento de planta.*

*...” /Subrayas fuera de texto/.*

Así las cosas, evidenciándose que el proceso de homologación y nivelación salarial que también cobijó al demandante, se realizó concertadamente entre la NACIÓN y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, se entiende que el retroactivo por homologación y nivelación salarial, la consecuente indexación y los intereses moratorios reclamados, en caso de ser reconocidos, deberían ser cancelados por la entidad que estuvo llamada a responder por esos mayores valores pagados a título de reajuste o nivelación salarial, es decir, por la NACIÓN en cabeza del Ministerio de Educación, lo que de plano obliga a declarar probada la excepción de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA” por pasiva respecto del DEPARTAMENTO DE CALDAS.

### 3.1.2. Inepta Demanda

Encontrándose el proceso para proferir sentencia, advierte el Juzgado que se deberá estudiar de oficio, la excepción de inepta demanda frente a las pretensiones de reconocimiento y pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial, cancelado desde el 15 de mayo de 2013, así mismo con respecto al reajuste de la indexación por el período comprendido entre el 14 de abril de 2005 al 31 de diciembre de 2009, al no haberse acreditado el cumplimiento de un requisito de procedibilidad.

El proceso fue admitido mediante auto del 30 de agosto de 2016, notificadas las entidades accionadas dieron contestación a la demanda; el 27 de enero de 2017, se dio traslado de las excepciones planteadas por las pasivas de la Litis se pasó el proceso para señalar fecha y hora para la realización de la audiencia inicial del art. 180 del CPACA la cual se llevó a cabo el 24 de enero de 2018.

El proceso pasó a Despacho para sentencia una vez vencido el término de traslado de las pruebas documentales allegadas, así como de alegatos a las partes.

Es del caso manifestar que la excepción de INEPTA DEMANDA, se encuentra consagrada en el numeral 5º del art. 100 del C. G. del P., al siguiente tenor: “... *Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.*”

Sobre el medio exceptivo planteado por la entidad, trae el Despacho el siguiente pronunciamiento jurisprudencial del Consejo de Estado<sup>2</sup>:

“[...]”

*De lo anterior se advierte que la denominación “ineptitud sustancial o sustantiva” ha tomado diferentes formas, sin embargo, técnicamente ha de señalarse que en la actualidad sólo es viable declarar próspera la que denomina la ley como “inepta demanda por falta de cualquiera de los requisitos formales o por la indebida acumulación de pretensiones”, en las cuales encuadran parte de los supuestos en que se basaba la denominada “ineptitud sustancial o sustantiva”.*

*b.- Actual regulación procesal sobre la materia Como se verá a continuación, en la actualidad existen diversos mecanismos procesales a efectos de afrontar las diferentes falencias de orden procesal o sustancial que pueden presentarse en la demanda, a saber:*

---

<sup>2</sup> Ver igualmente pronunciamiento del Consejo de Estado, sentencia 03032 de 2018 del 15 de enero de 2018. Rad. No.: 11001-03-15-000-2017- 03032-00(AC)

i- Supuestos que configuran excepciones previas.

En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano consagra de manera expresa la excepción previa denominada "Ineptitud de la demanda", encaminada fundamentalmente a que se adecúe la misma a los requisitos de forma que permitan su análisis en sede judicial, so pena de la terminación anticipada del proceso.

Esta se configura por dos razones:

a) **Por falta de los requisitos formales.** En este caso prospera la excepción cuando **no se reúnen los requisitos relacionados con el contenido y anexos de la demanda regulados en los artículos 162, 163, 166 y 167 del CPACA.**, en cuanto indican qué debe contener el texto de la misma, cómo se individualizan las pretensiones y los anexos que se deben allegar con ella (salvo los previstos en los ordinales 3. y 4. del artículo 166 ib. que tienen una excepción propia prevista en el ordinal 6. del artículo 100 del CGP).

Pese a ello, hay que advertir que estos requisitos pueden ser subsanados al momento de la reforma de la demanda (Art. 173 del CPACA en concordancia con el ordinal 3. del artículo 101 del CGP27), o dentro del término de traslado de la excepción respectiva, al tenor de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 175 del CPACA y 101 ordinal 1. del CGP.

b) **Por indebida acumulación de pretensiones.** Esta modalidad surge por la inobservancia de los presupuestos normativos contenidos en los artículos 138 y 165 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

## **Actos definitivos y actos posibles de control judicial**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del CPACA "son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación"

De acuerdo a lo anterior, teniendo en cuenta que los actos definitivos son los que culminan la actuación administrativa, bien sea por decidir de fondo el asunto o por tornar imposible la continuación de la actuación, es dicho acto el que será objeto de impugnación; en primera medida en sede administrativa, mediante el ejercicio de los recursos de reposición y/o apelación, si a ellos hay lugar, y posteriormente en caso de no lograrse la conciliación extrajudicial, por vía judicial.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera Ponente NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN, en sentencia del 19 de septiembre de 2019, radicación 76001233300020170191001, señaló:

En ese contexto, se advierte que en el asunto sub examine, la decisión de denegar la línea de demarcación se adoptó precisamente en el mencionado oficio, por lo cual, resulta necesario aclarar que si bien es cierto que todas las actuaciones adelantadas en sede administrativa por la sociedad demandante tenían el único propósito de obtener la expedición de la línea de demarcación, no es menos cierto que el acto administrativo que definió dicha solicitud fue únicamente el contenido en el **oficio núm. 2017-413203-000010-51 de 6 de enero de 2017**, toda vez que los actos posteriores únicamente se limitaron a reiterar lo decidido en el mismo, dado que la parte actora continuó presentando numerosos derechos de petición y recursos improcedentes para obtener nuevos pronunciamientos de la administración y así, tratar de cambiar el sentido de la decisión de la DAPM.

Sobre el particular, en auto 8 de mayo de 2014<sup>3</sup>, esta Sala sostuvo:

*“[...] En la respuesta del derecho de petición elevado por el actor, dada por la Sala Plena del Tribunal Nacional de Ética Médica, en sesión núm. 1122 de 6 de marzo de 2012, demandada en el presente proceso, simplemente se le informó que la publicación, frente a la cual mostró su inconformidad, fue producto de la recaudación probatoria fundamento de la decisión tomada por dicha Corporación el 15 de febrero del año 2000, dentro del proceso disciplinario núm. 369 que se adelantaba en su contra y le recordó que dicho proveído no fue demandado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo tanto se encontraba en firme y no era posible atacarlo a través de un derecho de petición.*

*Del mencionado escrito, no se advierte la creación, modificación o extinción de ninguna situación jurídica particular y concreta, ya que lo único que hizo el Tribunal Nacional de Ética Médica, fue, por una parte, recordarle al peticionario lo que originó la publicación en la Gaceta Jurisprudencial en la que se consignaron los apartes con los que éste no está de acuerdo y por otra, reiterarle lo expuesto en una decisión que ya se había tomado hace más de once años.*

*Es evidente que el acto que creó, modificó o extinguió una situación jurídica particular y concreta para el actor, fue la decisión de 15 de febrero del 2000, expedida por el Tribunal Nacional de Ética Médica dentro del proceso núm. 369, con la cual se le sancionó disciplinariamente; por lo tanto, éste era el acto a demandar, no las respuestas dadas a un derecho de petición elevado luego de transcurrir 11 años de tomada dicha la decisión, en las que solo se ratificó lo ya resuelto con anterioridad.*

*[...]*

*En efecto, el oficio núm. 394-2012 de 27 de marzo de 2012, expedido por el Tribunal Nacional de Ética Médica, tampoco constituye un*

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto de 8 de mayo de 2014. Consejera ponente María Elizabeth García González. Expediente 2013-01771-01.

acto administrativo susceptible de ser demandado, pues simplemente le reitera al actor lo sostenido en la contestación del derecho de petición de 6 de marzo del mismo año y le advierte que dicho escrito no era ningún auto interlocutorio, por lo tanto no procedía recurso alguno contra al mismo.

Finalmente, es menester resaltar que el a quo nunca sostuvo que las decisiones del Tribunal Nacional de Ética Médica no eran susceptibles de control jurisdiccional a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como equivocadamente lo infiere el actor en el recurso de apelación, pues eso no es lo que se discute en el presente caso. Lo que señaló la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es que los actos demandados en el proceso de la referencia, no tomaban ninguna decisión que creara, modificara o extinguiera una situación jurídica particular del actor, pues eran unas simples respuestas informativas tramitadas en virtud de un derecho de petición elevado, respecto de un tema que ya había sido decidido y resuelto por la entidad accionada. [...]"

Igualmente, la Sala estima conveniente precisar que la presentación de una petición, respecto de una solicitud ya resuelta de fondo por la autoridad administrativa, como en este caso, no puede convertirse en un mecanismo para revivir los términos legales que se encuentren vencidos para agotar los recursos en la actuación administrativa o para presentar la respectiva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Cabe anotar que el artículo 19 del CPACA prevé que frente a las peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá abstenerse de realizar un nuevo pronunciamiento de fondo y deberá remitirse a las respuestas anteriores, como se ha evidenciado en el caso de marras, en tanto la solicitud de la línea de demarcación fue resuelta desfavorablemente y en las demás respuestas la administración se limitó a informar a las interesadas que el asunto ya había sido resuelto.

En este orden de ideas, se puede indicar que, los actos administrativos que ponen fin a la actuación administrativa son pasibles de control judicial, toda vez que, de acuerdo al CPACA y a la Jurisprudencia del Consejo de Estados, dichos actos son considerados definitivos.

En caso que contra los actos administrativos procedan los recursos quedarán en firme de acuerdo a lo establecido en el artículo 87 ibídem, cuando:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.

De manera pues, que el agotamiento de los recursos de la actuación administrativa se constituye, pues en un requisito previo para acudir a la administración de justicia en procura de resolver una diferencia con la administración.

Frente a las pretensiones de la demanda, a través de las cuales se pide entre otros asuntos, la revisión y reliquidación del retroactivo por Homologación y Nivelación salarial, cancelado el 15 de mayo de 2013, así como el ajuste de la indexación del periodo comprendido entre el 14 de abril de 2005 al 31 de diciembre de 2009, se tiene que si bien el acto demandado fue debidamente individualizado al tenor del artículo 163 del CPACA, el mismo no es objeto de estudio de nulidad, por cuanto no resuelve la situación planteada de acuerdo a las pretensiones de la demanda, lo que si se da frente a las Resoluciones 1826-6 y 4145-6 del 22 de marzo de 2013, por medio de las cuales se realizaron tales reconocimientos salariales.

De acuerdo a lo anterior, pasa el Despacho a resolver de oficio la excepción de inepta demanda, de acuerdo a las siguientes precesiones:

La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, mediante Resolución 1826-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución 4541-6 del 04 de julio de 2013, reconoció y ordenó cancelar a favor del demandante, un retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, indicando en forma expresa la fecha de constitución de la obligación, esto es, desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009, actos que fueron notificados el 24 de julio de 2013 (fls. 35 y 31 expediente digitalizado, y frente a los cuales no se presentó el recurso procedente, como tampoco se solicitó su nulidad en sede judicial.

Posteriormente mediante derecho de petición del 12 de diciembre de 2015, a través de apoderado judicial, solicita la revisión, reliquidación de los conceptos que por concepto de homologación y nivelación salarial le fueron cancelados, así como la fórmula de la indexación teniendo en cuenta el cálculo del IPC del mes inmediatamente anterior a la fecha efectiva del pago.

Tal solicitud fue resuelta de manera negativa mediante Oficio 1127/15 UJ SED del 23 de diciembre de 2015, en el cual la entidad no resuelve de

fondo la petición, al considerar entre otros aspectos, que la misma se encontraba fuera del término con que contaba el solicitante para pronunciarse frente a los actos administrativos, razón por la cual no le era procedente revivir términos ya vencidos.

De lo anterior se desprende que los actos administrativos que resolvieron la situación particular del demandante respecto al reconocimiento y pago de la homologación y nivelación salarial, por ajuste de indexación fueron las resoluciones 1826-6 del 22 de marzo y 4541-6 del 24 de julio de 2013, pues en ellas se ordenó el reconocimiento y pago por concepto de homologación y nivelación salarial por el período comprendido entre el 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, además del reconocimiento de la indexación, tomando como índice inicial el mes de febrero de 1997, e índice final al 31 de diciembre de 2010, fecha de reconocimiento de la deuda por el Ministerio de Educación nacional (IPC FINAL 201.66).

En consecuencia de ello, se logra establecer que no fue el oficio 1127/15 UJ SED del 23 de diciembre de 2015, atacado por el demandante en esta instancia judicial, el que resolvió la situación particular del demandante, por lo que como se dijo en párrafo anterior, las resoluciones 1826-6 y 4145-6 fueron los actos administrativos que debieron ser cuestionados, pues frente a ellos contó la parte demandante con la oportunidad para hacerlo a través del recurso de reposición, o presentar la demanda de NULIDAD Y RETABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Así las cosas, resulta claro que la obligación del demandante en este caso, era atacar las mencionadas resoluciones en tiempo, agotando en debida forma la vía administrativa o acudiendo a la instancia judicial, sino estaba de acuerdo con la liquidación realizada, y no solicitar la misma a través de un nuevo derecho de petición, y acudiendo a la jurisdicción demandando el nuevo oficio que surtió de la petición posterior, toda vez que realizar tal actuación es revivir nuevos términos ya fenecidos.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho caduca al cabo de los cuatro meses, siguientes al día en que se produzca la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto administrativo definitivo, según sea el caso. Eso significa que una vez se cumple el término de caducidad se cierra la posibilidad de demandar el acto administrativo particular ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En este sentido, vemos que en el presente asunto se dejó transcurrir la firmeza del acto y el término legal para acudir a esta jurisdicción, pues al tratarse de una solicitud de reconocimiento o liquidación de emolumentos que no tengan la connotación de prestación periódica, es claro que en principio, una vez transcurrido el plazo para ejercitar el medio

de control de nulidad y restablecimiento del derecho en su contra, podría concluirse que la liquidación definitiva de los emolumentos solicitados, obliga al beneficiario inconforme con el reconocimiento a demandarlo dentro del término de cuatro meses contados a partir de su notificación, o del acto que hubiere resuelto el recurso interpuesto, si fuere el caso, pero como ya se anotó una nueva petición solicitando la reliquidación, en realidad se estaría tratando de revivir un término ya vencido, como ocurre con la última petición, con la cual pretende revivir el término para demandar los reconocimientos realizados mediante las Resoluciones 1826-6 y 4541-6 de 2013, que fueron notificadas el 24 de julio de 2013, por lo que para el 12 de diciembre de 2015 cuando presentó la nueva solicitud, ya se encontraban en firme.

### **3.2 De la solicitud de intereses moratorios**

En este punto, se solicita en la demanda, se condene a la demandada a pagar al demandante los intereses moratorios a que tiene derecho, por el saldo insoluto pendiente por reconocer y pagar, desde la fecha de pago (15 de mayo de 2013), y en adelante hasta que se cancele el saldo adeudado.

#### **Del proceso de descentralización educativa y la incorporación del personal administrativo a la planta de personal de las entidades territoriales:**

Por mandato de la Ley 43 de 1975, se llevó a cabo desde el 1º de enero de 1976 hasta el 31 de diciembre de 1980 el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria que era prestada por los Departamentos, Municipios, Intendencias y Comisarías; luego, con la Ley 60 de 1993 se dio paso a la descentralización del servicio educativo, desarticulándose la nacionalización a que hizo alusión la Ley 43 de 1975, ante lo cual se debía hacer entrega de los bienes, personal y establecimientos educativos por parte de la Nación a favor de los Departamentos y a algunos Distritos, de modo que estas entidades territoriales se hicieran cargo directamente de su administración.

El trámite de descentralización llevaba inmerso el acoplamiento de la planta de personal administrativo que prestaba sus servicios en las Instituciones Educativas que estaban al servicio de la Nación, de suerte que esos servidores, paralelamente, debían ser incorporados a las plantas de personal de las entidades territoriales previa homologación de los cargos.

Como lo expresó el Consejo de Estado: *“Dicha incorporación suponía, de un lado, que los departamentos tenían que reajustar atendiendo a sus necesidades, su estructura orgánica y funcional para cumplir con los fines del servicio educativo y, de otro, que la inclusión en la nueva planta debía tomar en cuenta no sólo el aspecto formal de los empleos, como su*

nomenclatura y grado, - que podían diferir-, sino de manera primordial su clasificación por la naturaleza de las funciones, el grado de responsabilidad y los requisitos para su ejercicio, con sujeción a los manuales específicos respectivos, sino también de esta manera determinar la remuneración, lo cual debió cumplirse dentro del proceso de homologación<sup>4</sup>

Con la Ley 715 de 2015, ratificando la tendencia hacia la descentralización establecida con la Ley 30 de 1993, el Legislador dispuso en su artículo 34:

**“INCORPORACIÓN A LAS PLANTAS.** Durante el último año de que trata el artículo 37 de esta ley, se establecerán las plantas de cargos docentes, directivos y administrativos de los planteles educativos, de los departamentos, distritos y municipios.

Establecidas las plantas, los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos, que fueron nombrados con el lleno de los requisitos, mantendrán su vinculación sin solución de continuidad.

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1o. de noviembre de 2000 se encontraban contratados por órdenes de prestación de servicios, que sean vinculados de manera provisional, deberán cumplir los requisitos de la carrera docente y administrativa para su incorporación definitiva a las plantas que se establezcan”.

Justamente el artículo 37 que menciona la normativa aludida, dispuso que en un período no mayor de dos (2) años y conforme a los criterios establecidos en la misma ley, las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas debían ser organizadas de forma conjunta por la Nación, Departamentos, Distritos y Municipios, al tiempo que el artículo 38 del mismo marco legal consagró en sus primeros tres incisos sobre la incorporación de funcionarios administrativos (igual docentes y directivos docentes) que:

“La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta...”.

<sup>4</sup> H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª Subsección “B”. Sentencia de 22 de julio de 2014, Rad. Interno 3764-13. M.P. (E) Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Es así como el Ministerio de Educación Nacional, mediante Directiva Ministerial N° 10 de treinta (30) de junio de 2005, teniendo como basamento el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el nueve (9) de diciembre de 2004 (Rad. 1607), estableció el procedimiento para la homologación de cargos y nivelación salarial del personal administrativo, el cual comprendía:

- (i) la elaboración de un estudio técnico
- (ii) la realización de la homologación y nivelación salarial por parte del respectivo Secretario de Educación a través de acto administrativo general y los respectivos actos de carácter particular, previo certificado de disponibilidad presupuestal.

Por su parte, el Departamento de Caldas a través del Decreto Departamental No. 0399 del 20 de abril de 2007, atendiendo las directrices del Ministerio de Educación Nacional, homologó y niveló los cargos administrativos del personal perteneciente a la planta de cargos del Departamento de Caldas pagada con recursos del Sistema General de Participaciones, el cual fue modificado por el Decreto Departamental No. 0337 del 02 de diciembre de 2010, y expidió a través de su Secretaría de Hacienda el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 3500003137 del 07 de marzo de 2013 por valor de \$57.341.662.202 para el pago del mismo.

### **3.3 Análisis del Despacho y conclusión**

Mediante las Resoluciones N° 1826-6 del 22 de marzo de 2013 aclarada por la No. 4541-6 de la misma fecha, se liquidó y reconoció al señor HERNANDO ANTONIO HERNÁNDEZ JARAMILLO las sumas por homologación y nivelación salarial del período comprendido entre el 14 de abril de 2005 y el 31 de diciembre de 2009, así como la indexación, tomando como índice inicial el mes de febrero de 1997 y final el 31 de diciembre 2010.

Adicional a ello, la Secretaría de Educación Departamental certificó el 26 de agosto de 2019 que al señor HERNANDO ANTONIO HERNÁNDEZ JARAMILLO, se le reconoció el valor de \$18.729.569,00 por concepto de indexación correspondió \$1.790.675,00, descontándose la suma de \$3.085.199,00 /fl.24 Archivo 07/. Que a través de transferencia electrónica del 7 de junio de 2013, se le canceló la suma de \$15.644.369,00, valor que corresponde a la cancelación de la nivelación salarial, para el período comprendido entre el 14 de abril de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2009 (...), que los índices tenidos en cuenta para efectos de la indexación fueron= índice inicial IPC (abril/2005, base 1998) e índice final (IPC dic/2010 Base 1998)= 201,66 resolución 4541-6 de julio 4 de 2013) /fls. 24 pdf 07 expediente digitalizado/.

Mediante petición del 12 de diciembre de 2015 se solicitó al DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, la revisión y reliquidación de los conceptos (sueldo, prima técnica, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima

de vacaciones, bonificación especial, recreación, sueldo vacacional, prima de navidad, cesantías e indexación), revisar y aplicar correctamente la fórmula de la indexación, teniendo en cuenta el índice final debe calcularse con el IPC del mes inmediatamente anterior a la fecha efectiva del pago, esto es, 13 de abril de 2013.

La entidad territorial allegó también la liquidación de la nivelación salarial utilizada conforme a las directrices trazadas por el Ministerio de Educación Nacional del demandante, quien desempeñó el cargo de Auxiliar de servicios generales, /fls 25-26 archivo pdf 07 expediente digitalizado.

Con fundamento en las pruebas obrantes en el plenario entiende el Despacho que al demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas por concepto de homologación y nivelación salarial entre los años 1997 y 2009, pero para el caso preciso del demandante, desde el 14 de abril de 2005 (fecha de ingreso al Departamento de Caldas) hasta el 31 de diciembre de 2009, extremo inicial que está incluido entre el lapso a partir del cual el personal administrativo fue adscrito a la planta de cargos del Departamento de Caldas, lo que corrobora que sí le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de nivelación salarial; sin embargo, la demanda se concreta al reconocimiento de intereses moratorios efectivos a partir del 15 de mayo de 2013 hasta que se cancele lo adeudado.

A lo solicitado ha de decirse, que la misma Corporación Judicial, en casos similares al que ahora ocupa la atención del Juzgado, ha precisado que esos mayores valores resultantes de ese proceso de homologación no tienen la connotación de una obligación cumplida tardíamente y por ello ha concluido que no procede el reconocimiento de intereses sino el de la indexación de los valores cuyo reconocimiento estuvo supeditado a todo un estudio previo de homologación y nivelación salarial, al cabo del cual, se hizo el pago debidamente actualizado para corregir la pérdida de capacidad adquisitiva que dichos valores sufrieron por el paso del tiempo<sup>5</sup>

En pronunciamiento más reciente<sup>6</sup>, el Tribunal Administrativo de Caldas hizo referencia a decisión del Consejo de Estado donde se ratificaron algunas reglas jurídicas que reforzaron la decisión adversa a la pretensión de pago de intereses de mora por el pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial. Al respecto:

- (i) El lapso transcurrido entre la fecha de reconocimiento y el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial, en la mayoría de casos, resulta razonable, a la luz de las diferentes gestiones de orden administrativo que deben adelantar las entidades públicas para efectuar este tipo de reconocimientos,

<sup>5</sup> Tribunal Administrativo de Caldas, sentencia del 19 de septiembre de 2018, radicación No. 17001-33-33-004-2015-00390, M.P. Jairo Ángel Gomez Peña.

<sup>6</sup> Tribunal Administrativo de Caldas, sentencia del 29 de marzo de 2021, M.P. Augusto Morales Valencia, radicación No. 17001-33-33-004-2016-00210-02

como ocurre en el caso que sirve de parámetro, en el que apenas transcurrió un (1) mes, tiempo en el cual no se presenta una depreciación significativa del valor de la suma reconocida.

- (ii) Si el beneficiario del pago por homologación y nivelación salarial no presentó oposición o recursos contra el acto administrativo que contiene la suma reconocida, el asunto no puede subsanarse generando una nueva discusión a través de una petición posterior de reconocimiento de intereses.
- (iii)** No existe una norma que consagre la obligación de pago inmediato de la suma reconocida por concepto de homologación y nivelación salarial, pues como se anotó, dicho trámite está compuesto por una sucesión de etapas administrativas que incluyen la respectiva apropiación presupuestal, por lo que no resultan aplicables las normas civiles sobre intereses de mora a este tipo de casos.
- (iv)** Aun cuando exista retardo, no procede el pago de intereses de mora, pues como lo ha señalado esa corporación en repetidas oportunidades, al constatarse que la suma reconocida fue indexada, reconocer intereses de mora constituiría un doble pago por el mismo concepto, atendiendo la incompatibilidad entre ambas figuras, aspecto que se abordó líneas atrás.
- (v)** Finalmente, atendiendo al carácter eminentemente sancionatorio de los intereses de mora, su reconocimiento se halla supeditado a la existencia de una norma que expresamente los consagre en el supuesto de pago tardío de la homologación y nivelación salarial, lo cual no ocurre en este caso...

Bajo el contexto anterior, y teniendo en cuenta que no ha habido lugar a declarar la prosperidad de las pretensiones, al haberse declarado la excepción de inepta demanda frente a las pretensiones de reliquidación del retroactivo por homologación y nivelación salarial, cancelada el 15 de mayo de 2015, así como la indexación correspondiente al período comprendido entre el 14 de abril de 2005 al 31 de diciembre de 2009, no se hace pasible el estudio del reconocimiento de los intereses moratorios desde el 15 de mayo de 2013, sumado a ello a la improcedencia de su reconocimiento según la jurisprudencia anotada.

Lo anterior, con apoyo igualmente en que en sede administrativa no se solicitó dicho reconocimiento, según se verifica en el derecho de petición del 12 de diciembre de 2015.

Siendo ello así, habrán de negarse las pretensiones de la demanda.

### 3.4 Costas.

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la demanda se presentó con fundamentos razonables, no se condenará en costas.

Es por lo discurrido que el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### 4. FALLA

**PRIMERO: DECLÁRASE PROBADA** la excepción de 'FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA' propuestas por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

**SEGUNDO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO**, la excepción de **INEPTA DEMANDA**, por lo considerado.

**TERCERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda que a través del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, presentaron el señor HERNADO ANTONIO HERNÁNDEZ JARAMILLO.

**CUARTO: SIN CONDENA** en costas conforme lo expuesto en la parte motiva.

**QUINTO: LIQUIDAR** los gastos del proceso, una vez ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER los remanentes si los hubiere y ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI. N.

### NOTÍFIQUESE y CÚMPLASE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
004  
Manizales - Caldas

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

Código de verificación: **a9feba25a03d2e80ecd4381e8813825782b3d23bfde2f6ab2b08264304a5ac68**

Documento generado en 03/06/2022 03:47:55 PM

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

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

---

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

**Radicado:** 170013333004-2018-00227-00  
**Medio de Control:** NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** DIANA MARIA PEREZ QUNTERO  
**Demandados:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – DEPARTAMENTO DE CALDAS  
**Sentencia No.:** 086

### 1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia oral de primera instancia, dentro del medio de control de NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO interpuesto por la señora DIANA MARIA PEREZ QUNTERO.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. Pretensiones:

- Declarar la nulidad de la resolución No. 7210-6 del 20 de septiembre de 2017, a través de la cual se ascendió y reubicó a la demandante, en el Escalafon Nacional Docente, sin reconocer los efectos fiscales desde el 1 de enero de 2016
- Declarar la nulidad de la Resolución No 20172000074465 del 21 d diciembre de 2017, por la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil, resolvió un recurso de apelación.
- Declarar que la demandante tiene derecho a que el Departamento de Caldas, le reconozca su ascenso y/o reubicación salarial grado y/o nivel 2B, desde el 1 de enero de 2016 , por haber aprobado la evaluación con carácter diagnóstico formativa en la modalidad de CURSOS DE FORMACIÓN.

- Condenar al Departamento de Caldas, a título de restablecimiento del derecho reconocer y pagar a la demandante, su ascenso o reubicación salarial grado y/o nivel 2B en el escalafon docente del estatuto profesionalización docente contemplado en el Decreto 1278 de 2002, a partir del 1° de enero de 2016.
- Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas, se incorporen los ajustes de valor, conforme al IPC, según lo establecido en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011. Así como al pago de intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 195 ibídem
- Condenar en costas a la demandada.

## **2.2. Hechos:**

- Que la demandante Diana María Pérez Quintero, ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento de Caldas, desde el momento de la certificación educativa establecida en la Ley 60 de 1993 y la Ley 715 de 2001. Siendo escalonada al momento de su vinculación, conforme a las premisas del Decreto 1278 de 2002
- Señalando que FECODE y el GOBIERNO NACIONAL, mediante acta de acuerdos concertaron la realización de una evaluación con carácter diagnóstica formativa a todos los docentes que no hubiesen podido ascender o reclasificarse en el escalafón, a pesar de haberse presentado con anterioridad en multiplicidad de ocasiones a las respectivas evaluaciones. Habiéndose superado por la demandante en su integridad, la ECDF en el curso de formación.
- Al haberse solicitado el ascenso en el escalafón y/o reclasificación, se le reubica en el grado 2, nivel b, reconociéndosele los efectos fiscales a partir del 08 de agosto de 2017, cuando su derecho es desde el 01 de enero de 2016, conforme lo establecido en la Ley.
- En razón de lo anterior se presentó el recurso de apelación frente al acto administrativo que la escalafonó,alzada que fue resuelta mediante Resolución CNSC 2017200074465 del 21/12/2017, la cual confirmó la resolución 7210-6 del 20/09/2017.

## **2.3. Normas violadas y concepto de la violación:**

Decreto 1751 de 2016

Artículo 1, 2 4, 6, 13, 23, 25, 29 53, 58, 67 y 122 de la Constitución Política  
Decreto 1075 de 2015

## **2.4. Contestación de la demanda:**

### **2.4.1. Ministerio de Educación Nacional (pdf 01 fls 32 a 40)**

Presenta oposición a las pretensiones de la demanda, por cuanto no existe una causal de nulidad, como tampoco una supuesta ilegalidad de los actos administrativos enjuiciados.

Manifiesta no constarle algunos de los hechos de la demanda, que el compromiso del Gobierno Nacional radicó exclusivamente en la preparación del Decreto por medio del cual se define el instrumento o procedimiento tendiente a viabilizar jurídicamente el proceso de reinscripción o actualización en el escalafón a los educadores que habiendo participado en procesos de evaluación de competencia no hayan podido lograr el ascenso de grado o reubicación del nivel salarial.

Como excepciones propuso:

- *“Falta de legitimación del ministerio de educación”*
- *“Legalidad de los actos acusados”*
- *“Genérica”*

### **2.4.2. Comisión Nacional del Servicio Civil (pdf 01 fls 32 a 40)**

Se opone a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos manifestó, que la comisión Nacional del Servicio Civil no participó en el acta de acuerdos suscrita entre FECODE y el Gobierno Nacional, por cuanto la misma es ajena a sus competencias, que la evaluación a los docentes fue integrada al Decreto 1075 de 2015 y goza de presunción de legalidad y la demandante no aprobó dicha evaluación en estricto sensu, y en consecuencia la norma que se le debió aplicar, como en efecto se hizo, fue el inciso cuarto del artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1075 de 2015, siendo los destinatarios del mismo, única y exclusivamente, los educadores que participaron en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 y que no lograron ascenso o la reubicación salarial en cualquiera de los grados del escalafón docente, pues el Decreto 1757 de 2015, fue a su vez modificado por el Decreto 1751 de 2016, variando la fecha, a partir de la cual surtirían efectos fiscales la reubicación salarial y el ascenso de grado en el escalafón docente, únicamente para quienes hubiesen aprobado la EVALUACIÓN CON

CARÁCTER DIAGNÓSTICA FORMATIVA, fijando tales efectos a partir del 1º de Enero de 2016.

Explica que se presentan unos efectos fiscales claramente diferenciados, en la medida que, para quienes habiendo aprobado la EVALUACIÓN en estricto sensu, como se dijo, lo cual NO es el caso de la demandante, correspondería el pago a partir del 1 de Enero del año 2016, pero para quienes debieron hacer este curso de formación por haber reprobado la evaluación citada, para lograr la eventual reubicación o ascenso respecto al escalafón docente, solo comenzarían a causar efectos fiscales, a partir del momento en que lograsen acreditar y/o radicar ante la respectiva entidad nominadora, la certificación de la aprobación del curso aludido, como le ocurrió a la demandante.

Como argumentos de defensa señaló, que no existen fundamentos para declarar responsabilidad a la CNSC, pues lo solicitado por la demandante se convoca a la modificación y/o adición que se le hiciera al Decreto 1075 de 2015

Como excepciones de mérito propuso:

*“Estricta Legalidad de los actos administrativos demandados”*

*“Buena fe”*

*“Excepcion genéricamente innominada del inciso segundo del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Constencioso Administrativo”*

#### **2.4.3. Departamento de Caldas** (pdf 01 fls 73 a 75)

Frente a los hechos solo refirió algunos como ciertos, explicando como argumentos de defensa que conforme al acuerdo realizado entre Fecode y el Gobierno Nacional, la demandante tenía derecho al ascenso de escalafon docente desde el 01 de enero de 2016, pero que de conformidad con el artículo 2.4.1.5.11 del Decreto 1075 de 2015, no es procedente reconocer lo solicitado a través de la demanda, ello teniendo en cuenta que la demandante no aprobó la evaluación, motivo por el cual se vió obligada a realizar el requisito adicional para lograr el ascenso.

Excepciones propuestas:

*“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*

*“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*

#### **2.5. Traslado de excepciones:**

La parte demandante no se pronunció en esta etapa procesal

## **2.6 Alegatos de Conclusión:**

### **2.6.1 Comisión Nacional del Servicio Civil (pdf 14)**

Reiteró los argumentos expuesto en la contestación de la demanda.

### **2.6.2 Demandante ( archivo pdf 15)**

Manifiesta reiterar los argumentos expuestos en la demanda. Añade igualmente que según el contenido del Decreto 1278 de 2002, todos los docentes que se vincularan al sector docente debían hacerlo a través de concurso de méritos

Que posteriormente con el Decreto 1757 de 2015 por medio del cual se reglamentó parcialmente el Decreto 1278 de 2002, estipuló que aquellos docentes que habiendo participado en concurso entre los años 2010 a 2014 y no pasaron, podrán presentarse a una nueva evaluación de carácter diagnóstico formativo y estipula los efectos fiscales desde la fecha en la que se publique la lista de candidatos.

En lo referente a la condena en costas indicó que si bien es cierto, con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A), el componente esencial para realizar esta condena en costas no es el subjetivo, dado que no se privilegia la conducta de las partes dentro del proceso para establecer si hay lugar o no a las costas, sino meramente que la parte haya resultado vencida en juicio (como ocurre en el caso concreto), sí debe advertirse, que en los criterios objetivos para su fijación "no puede olvidarse que las costas solamente serán decretadas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Esto supone que las partes actúen con la debida diligencia a lo largo de todo el proceso judicial, aportando los documentos y demás elementos idóneos para demostrar su causación".

Señala que no puede apartarse esta jurisdicción de las calidades especiales del demandante, y que el acudir al aparato judicial para invocar la protección de un derecho que considera vulnerado, no implica entonces que su dignidad y su remuneración contrario a lo esperado, resulten lesionadas, con una condena en costas, pues en manera alguna, debe fomentarse una actitud temerosa o infundir miedo para reclamar derechos que en criterio del accionante se estén transgrediendo, dado que esta actitud por parte de la jurisdicción también puede llegar a constituir un obstáculo de acceso a la administración de justicia.

### **2.7.2 Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio ( archivo pdf 16)**

Señaló que no le asiste razón a la parte activa en las pretensiones, pues se evidencia que los actos expedidos por la entidad territorial se dieron de conformidad con la normativa vigente aplicable, toda vez que no se puede arribar a una conclusión diferente que los efectos fiscales del ascenso y reubicación salarial de los docentes que aprueben los cursos consagrados en el proceso serán desde la radicación por parte del docente de la certificación de aprobación de estos en la ETC.

Explica que la norma vigente, si previó efectos diferenciadores, bajo el concepto claro y preciso de que el docente una vez aprobada la evaluación de carácter diagnóstica formativa ECDF se le otorga unos efectos fiscales a enero 1 de 2016, mientras que a quienes no aprobaban el citado proceso, estaban en la obligación de i) adelantar el curso de formación, ii) radicar la certificación de aprobación del curso, y iii) sólo a partir de la fecha de radicación ante la entidad nominadora, se tendría la aplicación de los efectos fiscales. Mírese que la norma en justa medida reconoce los esfuerzos de quienes sí aprueban la evaluación de carácter diagnóstica formativa ECDF mientras que a quienes no la aprueban, se sujetan a una relación especial consistente en adelantar el curso de formación como oportunidad de habilitación de un proceso que no lograron superar.

Destaca que en el acta de acuerdo entre el Ministerio de Educación Nacional y FECODE en el punto 1 denominado: “escalafón y evaluación de docentes que no han logrado el ascenso de grado o la reubicación salarial” se sostiene como uno de los criterios básico el siguiente: “(...) 2. Los educadores que no aprueben la evaluación diagnóstica formativa deberán tomar cursos de capacitación, diseñados por facultades de educación de reconocida idoneidad y aprobados por el Ministerio de Educación, tendientes a solucionar las falencias detectadas en los resultados de esta evaluación. Con la certificación del respectivo curso se procederá al reinscripción o actualización del escalafón. (...)”.

Es evidente que se tenía claro, desde el momento en que se llegó a los acuerdos entre el Ministerio de Educación Nacional y la organización sindical la situación que diferenciaba a quien aprobaban la evaluación de carácter diagnóstica formativa ECDF y aquellos que no lograban aprobarla, otorgándoles una segunda oportunidad. Es decir, no hay lugar a una interpretación diferente a lo que las normas precitadas y contenidas en el decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación ni mucho menos a darle un alcance diferente, puesto que los acuerdos

manifiestan dos situaciones claras que posteriormente son materializadas en los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

Menciona que es evidente que se tenía claro, desde el momento en que se llegó a los acuerdos entre el Ministerio de Educación Nacional y la organización sindical la situación que diferenciaba a quienes aprobaban la evaluación de carácter diagnóstica formativa ECDF y aquellos que no lograban aprobarla, otorgándoles una segunda oportunidad, por lo cual, no hay lugar a una interpretación diferente a lo que las normas precitadas y contenidas en el decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación ni mucho menos a darle un alcance diferente, puesto que los acuerdos manifiestan dos situaciones claras que posteriormente son materializadas en los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

Aduce que la redacción de la norma claramente nos lleva a la desagregación de etapas de todo el procedimiento para llegar al ascenso o reubicación de un educador y no sólo las etapas propias de la evaluación, que son cosas distintas, pues la primera abarca fases administrativas que van más allá de la evaluación como tal, mientras la segunda se centra solamente en el desarrollo de la valoración, con carácter diagnóstico-formativo, que permite al maestro tener claridad sobre sus fortalezas, indicándole las áreas en las que puede perfeccionar su labor, constituyéndose así en un aspecto fundamental en su proceso de mejoramiento que se reflejará en la calidad de la educación de las niñas, niños y adolescentes de los establecimientos oficiales del país.

Argumenta que en el proceso de reglamentación de los cursos de formación para la segunda cohorte de esta evaluación (aplicada en 2017), en consenso con FECODE se construyó el Decreto 2172 de 2018, el cual, en su artículo 2.4.1.4.6.4. estipula: "La reubicación de nivel salarial o el ascenso de grado en el escalafón docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del presente artículo, sólo surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación del curso de formación ante la respectiva autoridad nominadora." Esto se desprende del acuerdo 10 suscrito con dicha organización con el cual el Gobierno adquirió el compromiso de ofrecer cursos de formación para un porcentaje de los docentes que no aprobaron la ECDF."

Concluye que la docente, DIANA MARÍA PÉREZ QUNTERO, no aprobó la Evaluación de carácter diagnóstica formativa, en virtud de lo cual, cursó y aprobó un curso de formación en universidad acreditada, con lo cual, fue ascendida dentro del escalafón docente el 8 de agosto de 2017, fecha en la cual acreditó lo correspondiente ante la Secretaría de Educación de Caldas, ello en estricta aplicación de la normatividad anteriormente aludida, tal y como quedó expresado en las resoluciones No 7210-6 del 20 de septiembre de 2017, expedida por la Gobernación de Caldas y

resolución No 20172000074465 del 21 de diciembre de 2017 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, actos administrativos emitidos con plena observancia de las normas en que debían fundarse.

Solicita en ese sentido negar las pretensiones de la demanda.

### 2.8.2 Departamento de Caldas

No se hizo parte en esta etapa procesal.

## 3. CONSIDERACIONES

### 3.1. Cuestión previa:

El Departamento de Caldas y la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio propusieron como medio exceptivo la FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA la cual sustentan en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva en contra del Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, mientras el Ministerio de Educación argumenta en igual sentido frente al Departamento de Caldas. Se analiza lo siguiente frente a la mencionada excepción:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).

- Porque de conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.

- Porque el Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- La Ley 115 de 1994, «Por la cual se expide la ley general de educación», en su artículo 153 dispuso que la administración departamental de la educación es competencia de las secretarías de educación departamentales, así:

**ARTÍCULO 151.- Funciones de las Secretarías Departamentales y Distritales de Educación.** Las secretarías de educación departamentales y distritales o los organismos que hagan sus veces, ejercerán, dentro del territorio de su jurisdicción, en coordinación con las autoridades nacionales y de conformidad con las políticas y metas fijadas para el servicio educativo, las siguientes funciones:

(...)

*c. Organizar el servicio educativo estatal de acuerdo con las prescripciones legales y reglamentarias sobre la materia y supervisar el servicio educativo. prestado por entidades oficiales y particulares;*

(...)

- Por su parte, la Ley 715 de 2001, en el artículo 6, estableció la competencia de los departamentos certificados para realizar los concursos y administrar los ascensos. La norma es del siguiente tenor:

**ARTÍCULO 6o. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS.** Sin perjuicio de lo establecido en otras normas, corresponde a los departamentos en el sector de educación las siguientes competencias:

[...]

6.2.3. Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo [153](#) de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley. Para ello, realizará concursos, efectuará los nombramientos del personal requerido, administrará los ascensos, *sin superar en ningún caso el monto de los recursos disponibles en el Sistema General de Participaciones* y trasladará docentes entre los municipios, preferiblemente entre los limítrofes, *sin más requisito legal que la expedición de los respectivos actos administrativos debidamente motivados.*

(...)

6.2.15. Para efectos de la inscripción y los ascensos en el escalafón, la entidad territorial determinará la repartición organizacional

encargada de esta función de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

- A su vez, el Decreto 2715 de 2009, «Por medio del cual se reglamenta la evaluación de competencias de los docentes y directivos docentes», en el artículo 7 prevé:

*Responsabilidades de la entidad territorial certificada. La entidad territorial certificada será responsable de:*

- 1. Identificar a los potenciales candidatos a ser reubicados o ascender mediante un análisis de la planta de docentes y directivos docentes.*
- 2. Presupuestar y comprometer los recursos necesarios para las reubicaciones y los ascensos de los docentes y directivos docentes, así como los requeridos para el proceso de evaluación de competencias.*
- 3. Convocar a la evaluación de competencias de conformidad con el cronograma definido por el Ministerio de Educación Nacional.*
- 4. Divulgar la convocatoria para la evaluación de competencias y orientar a los docentes y directivos docentes de su jurisdicción para facilitar su participación en el proceso.*
- 5. Verificar los requisitos de los docentes y directivos docentes que obtuvieron más del 80% en la evaluación de competencias y pueden ser candidatos a la reubicación salarial dentro del mismo grado o al ascenso en el Escalafón Docente.*
- 6. Expedir los actos administrativos de reubicación de nivel salarial o ascenso de grado en el Escalafón Docente.*
- 7. Registrar las novedades de inscripción, reubicación y ascenso en el Escalafón Docente.*
- 8. Conocer en primera instancia las reclamaciones relativas al proceso de evaluación de competencias.*

- Además de lo anterior, los efectos fiscales de la reubicación y/o ascenso en el escalafón docente es una prestación de carácter salarial, no prestacional, razón por la cual es a la entidad territorial a quien le corresponde asumir los efectos del mismo.

Las razones anteriormente esbozadas, llevan a concluir que en este asunto, dadas las competencias legales de la entidad territorial, que la facultan para proferir los actos administrativos demandados y asumir sus efectos, existe legitimación en la causa de contenido material en el Departamento

de Caldas, razón por la cual se declarará no probada la excepción propuesta frente al ente territorial, y probada frente a La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo explicado

De igual manera, la Comisión Nacional del Servicio Civil alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, la que fundamenta en que no tuvo injerencia alguna en la emisión de las normas en que debían fundarse las entidades territoriales certificadas en educación.

Al respecto observa el Despacho que uno de los actos administrativos demandados en este proceso fue proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, razón por la cual no puede alegarse una falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que lo que se busca con este medio de control es enervar la legalidad de ese pronunciamiento de la administración, lo que impone que sea precisamente tal entidad la llamada a defender su propio acto.

Bajo ese entendimiento tampoco prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Respecto de las excepciones de *"Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley"* propuesta por el Departamento de Caldas y *"Estricta legalidad de los actos administrativos demandados"* y *"Buena fe"*, propuestas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, su análisis quedará subsumido en el fondo del asunto.

### **3.2. El fondo del asunto:**

Se pretende en este caso, la nulidad parcial de los actos administrativos que ascendieron a la accionante en el escalafón docente, con efectos fiscales a partir del 08 de agosto de 2017.

### **3.3. Problema Jurídico:**

Como problema jurídico se debe establecer si los efectos fiscales del ascenso de la señora DIANA MARÍA PÉREZ QUNTERO en el escalafón docente, deben ser a partir del 1° de enero de 2016 o desde la fecha en la cual acreditó ante la entidad nominadora el respectivo curso de formación.

### **3.4. Argumento central:**

#### **3.4.1. Normatividad que regula el escalafón docente en Colombia:**

El Decreto 2277 de 1979 “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, define en su artículo 8 el escalafón docente en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 8º.-** Definición. Se entiende por Escalafón Docente el sistema de clasificación de los educadores de acuerdo con su preparación académica, experiencia docente y méritos reconocidos.

*La inscripción en dicho Escalafón habilita al educador para ejercer los cargos de la carrera docente.*

Y en la Sección 1A artículo 10 estableció la estructura del escalafón, en la Sección 2A artículos 11-13 las reglas especiales para el ascenso, en la Sección 3 artículos 14-22 reguló las Juntas de Escalafón y en la Sección 4A artículos 23-25 las Oficinas Seccionales de Escalafón.

El mencionado Decreto fue adicionado, entre otros, por el Decreto 259 de 1981, el Decreto 709 de 1996 y la Ley 115 de 1994.

Por su parte, el artículo 111.2 de la Ley 715 de 2001 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.”, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir un nuevo régimen de carrera docente”, así:

**ARTÍCULO 111.** Facultades extraordinarias. Concédase precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de seis (6) meses, para:

(...)

111.2. Se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley para expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que ingresen a partir de la promulgación de la presente ley, que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias y con los recursos.

El nuevo régimen de carrera docente y administrativa se denominará Estatuto de Profesionalización Docente y tomará en cuenta entre otros los siguientes criterios:

1. Mejor salario de ingreso a la carrera docente.
2. Requisitos de ingreso.

3. Escala salarial única nacional y grados de escalafón.
4. Incentivos a mejoramiento profesional, desempeño en el aula, ubicación en zonas rurales apartadas, áreas de especialización.
5. Mecanismos de evaluación, capacitación, permanencia, ascensos y exclusión de la carrera.
6. Oportunidades de mejoramiento académico y profesional de los docentes.
7. Asimilación voluntaria de los actuales docentes y directivos docentes contemplado en el Decreto-ley 2277 de 1979.

*Para la preparación del proyecto de Estatuto de Profesionalización Docente, el Ministerio de Educación Nacional conformará un grupo de trabajo integrado por dos representantes del Honorable Congreso de la República, dos representantes de la Federación Colombiana de Educadores, dos expertos designados por el señor Presidente de la República, y el Ministro de Educación Nacional, quien presidirá el grupo. Elegido un nuevo Presidente de la República, éste designará a una persona para que integre dicho grupo de trabajo.*

(...)

De esta manera se expidió el Decreto 1278 de 2002 **“por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”**, cuerpo normativo que estableció la evaluación de competencias como elemento articulador del ascenso y la reubicación salarial de los docentes, la cual en vigencia de la norma anterior se adquiría únicamente con factores como experiencia y estudios.

**Bajo ese entendimiento, se reguló el tema en los siguientes términos:**

**Artículo 19. Escalafón Docente.** *Se entiende por Escalafón Docente el sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes estatales de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y competencias, constituyendo los distintos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad demostrada en su labor y permitiendo asignar el correspondiente salario profesional.*

*La idoneidad encierra el conjunto de conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes, rendimiento y valores que se consideran imprescindibles para el desempeño de la función docente.*

**Artículo 20. Estructura del Escalafón Docente.** *El Escalafón Docente estará conformado por tres (3) grados. Los grados se establecen*

con base en formación académica. Cada grado estará compuesto por cuatro (4) niveles salariales (A-B-C-D).

Quienes superen el período de prueba se ubicarán en el Nivel Salarial A del correspondiente grado, según el título académico que acrediten; pudiendo ser reubicados en el nivel siguiente o ascender de grado, después de tres (3) años de servicio, siempre y cuando obtengan en la respectiva evaluación de competencias el puntaje indicado para ello, según lo dispuesto en el artículo 36 del presente decreto.

Los requisitos para la inscripción y ascenso en el Escalafón Docente se contemplaron en el artículo 21 *Ibídem*.

Por su parte, los artículos 26 y 27 regularon la evaluación docente y definieron los tipos de evaluación:

**Artículo 26. Evaluación.** *El ejercicio de la carrera docente estará ligado a la evaluación permanente. Los profesionales de la educación son personalmente responsables de su desempeño en la labor correspondiente, y en tal virtud deberán someterse a los procesos de evaluación de su labor.*

*La evaluación verificará que en el desempeño de sus funciones, los servidores docentes y directivos mantienen niveles de idoneidad, calidad y eficiencia que justifican la permanencia en el cargo, los ascensos en el Escalafón y las reubicaciones en los niveles salariales dentro del mismo grado.*

*Los superiores inmediatos y los superiores jerárquicos prestarán el apoyo que se requiera para estos efectos y suministrarán toda la información que posean sobre el desempeño de los docentes y directivos que deban ser evaluados.*

**Parágrafo.** *Reglamentado por el Decreto Nacional 2715 de 2009. El Gobierno Nacional reglamentará el sistema de evaluación de los docentes y directivos docentes, para cada grado y nivel salarial, teniendo en cuenta los criterios y parámetros establecidos en el presente decreto.*

**Artículo 27. Tipos de evaluación.** *Existirán por lo menos los siguientes tipos de evaluación:*

- a) *Evaluación de período de prueba;*
- b) *Evaluación ordinaria periódica de desempeño anual;*
- c) *Evaluación de competencias.*

La evaluación de competencias quedó definida en los artículos 35 y 36 Ibídem así:

**Artículo 35. Evaluación de competencias.** *La competencia es una característica subyacente en una persona causalmente relacionada con su desempeño y actuación exitosa en un puesto de trabajo.*

*La evaluación de competencias será realizada cada vez que la correspondiente entidad territorial lo considere conveniente, pero sin que en ningún caso transcurra un término superior a seis (6) años entre una y otra. Se hará con carácter voluntario para los docentes y directivos docentes inscritos en el Escalafón Docente que pretendan ascender de grado en el Escalafón o cambiar de nivel en un mismo grado. Se hará por grados en el escalafón y por cargos directivos docentes. Debe permitir la valoración de por lo menos los siguientes aspectos: competencias de logro y acción; competencias de ayuda y servicio; competencias de influencia; competencias de liderazgo y dirección; competencias cognitivas; y competencias de eficacia personal.*

**Parágrafo.** *Reglamentado por el Decreto Nacional 2715 de 2009. El Ministerio de Educación Nacional será responsable del diseño de las pruebas de evaluación de competencias y definirá los procedimientos para su aplicación, lo cual podrá hacerse a través de cualquier entidad pública o privada que considere idónea.*

**Artículo 36. Resultados y consecuencias de las evaluaciones de desempeño y de competencias.** *Las evaluaciones de desempeño y de competencias tendrán las siguientes consecuencias según sus resultados:*

*(...)*

## **2. Evaluación de competencias:**

*Serán candidatos a ser reubicados en un nivel salarial superior, o a ascender en el escalafón docente, si reúnen los requisitos para ello, quienes obtengan más de 80% en la evaluación de competencias. Para las reubicaciones y ascensos se procederá en estricto orden de puntaje hasta el monto de las disponibilidades presupuestales anuales.*

Se concluye de la normativa en cita que la procedencia en el ascenso en el escalafón y la reubicación en el nivel salarial, se encuentra supeditado a que la entidad territorial convoque a evaluación de competencias, y quienes participen de manera voluntaria obtengan un puntaje superior al

80%, cuya reubicación o ascenso dependerá finalmente de la disponibilidad presupuestal con que se cuente para hacerlos efectivos.

El Decreto 1075 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación*”, con el cual se buscó recopilar toda la reglamentación en la materia, entre esta, la relacionada con el Escalafón Docente, fue adicionado por el Decreto 1757 del 1º de septiembre de 2015, con el fin de reglamentar de manera parcial y transitoria el Decreto 1278 de 2002- Estatuto de Profesionalización Docente.

Dicha adición se realizó con ocasión de la negociación colectiva adelantada entre el Gobierno Nacional y la Federación Colombiana de Educadores- FECODE en el marco del Decreto 160 de 2014 “**Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos**” y con ella se estableció una modalidad de evaluación de competencias transitoria que se denominó Evaluación de Carácter Diagnóstica Formativa, exclusiva para los docentes que presentaron evaluación de competencias entre los años 2010 y 2014 y no lograron el ascenso o reubicación salarial que buscaban.

En ese sentido, el Decreto 1757 de 2015 “*Por el cual se adiciona el [Decreto 1075 de 2015](#) y se reglamenta parcial y transitoriamente el Decreto Ley 1278 de 2002, en materia de evaluación para ascenso de grado y reubicación de nivel salarial que se aplicará a los educadores que participaron en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 y no lograron el ascenso o la reubicación salarial en cualquiera de los grados del Escalafón Docente*”, estableció:

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.2. Ámbito de aplicación.** *La evaluación de que trata la presente Sección, que tendrá carácter diagnóstica formativa, será aplicada a los docentes, directivos docentes y orientadores inscritos en el Escalafón que regula el Decreto Ley 1278 de 2002, que habiendo participado en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso o la reubicación salarial en cualquiera de los grados del Escalafón Docente.*

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.3. Características de la evaluación.** *La evaluación prevista en la presente Sección es de carácter diagnóstica formativa, por lo que valorará la práctica educativa, pedagógica, didáctica y de aula. La aprobación de esta evaluación permitirá el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial en los términos que se consagran en los artículos siguientes.*

(...)

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.6. Competencias de las entidades territoriales certificadas en educación.** Las entidades territoriales certificadas en educación serán responsables de:

1. Identificar a los candidatos que pueden participar en la evaluación, que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 2.4.1.4.5.4 del presente Decreto.
2. Convocar a la evaluación de carácter diagnóstica formativa de conformidad con el cronograma definido por el Ministerio de Educación Nacional.
3. Divulgar la convocatoria para la evaluación de carácter diagnóstica formativa y orientar a los educadores de su jurisdicción para facilitar su participación en el proceso.
4. Verificar el cumplimiento de los requisitos acreditados por los docentes, directivos docentes y orientadores que son candidatos a la reubicación salarial dentro del mismo grado o al ascenso en el Escalafón Docente.
5. Expedir los actos administrativos de reubicación de nivel salarial o ascenso de grado en el Escalafón Docente.
6. Adelantar las gestiones necesarias, en el marco de sus competencias, para que los educadores puedan participar, efectivamente, en la evaluación de que trata la presente Sección.
7. Cumplir las etapas del proceso de evaluación previstas en el artículo 2.4.1.4.5.8 del presente Decreto que estén bajo su responsabilidad, según lo dispuesto en esta Sección.

(...)

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.8. Etapas del proceso.** El proceso de evaluación de carácter diagnóstica formativa de que trata el presente Decreto, comprende las siguientes etapas:

1. Convocatoria y divulgación de la evaluación.
2. Inscripción.
3. Acreditación del cumplimiento de requisitos.
4. Realización del proceso de evaluación.
5. Divulgación de los resultados.
6. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación.
7. Inscripción y desarrollo de los cursos de formación.
8. Reporte de los resultados de los cursos de formación.

9. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación.

(...)

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.11. Resultados y procedimiento.** La entidad territorial certificada publicará en su sitio Web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días, a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.

El Ministerio de Educación Nacional contará con un término de treinta (30) días para resolver las reclamaciones presentadas.

A partir de la publicación de la lista de candidatos, la entidad territorial certificada cuenta con quince (15) días para expedir el acto administrativo de reubicación salarial dentro del mismo grado o de ascenso de grado en el Escalafón Docente, según el caso, siempre y cuando estén acreditados todos los requisitos establecidos para el efecto en la presente Sección.

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de la fecha de la publicación de la lista de candidatos, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente Sección.

La entidad territorial certificada en educación deberá apropiarse los recursos correspondientes que amparen la ejecución y los pagos originados en los correspondientes actos administrativos que se hayan proferido. En caso que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiarse dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos por el presente artículo.

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.12. Cursos de formación.** Los docentes que no hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en la presente Sección, deberán adelantar alguno de los cursos de formación que ofrezcan universidades acreditadas institucionalmente y/o que cuenten con facultades de educación de reconocida trayectoria e idoneidad, de conformidad con los parámetros establecidos por

el Ministerio de Educación Nacional y siempre que cuenten con la respectiva aprobación de éste.

Los aspectos generales de los cursos de formación serán definidos en la reglamentación que se expida para el efecto. Los cursos de formación se expresarán en créditos académicos que podrán ser homologados por las instituciones de educación superior, en ejercicio de su autonomía universitaria, dentro los programas de pregrado y posgrado que éstas ofrezcan.

Estos cursos tendrán como propósito fundamental solucionar las falencias detectadas en la evaluación de carácter diagnóstica formativa. Con la aprobación del respectivo curso por parte del docente, en los términos del numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002, la entidad territorial certificada en educación procederá al ascenso o la reubicación de nivel salarial de acuerdo con lo establecido en la presente Sección.

La reubicación salarial o el ascenso de grado en el Escalafón Docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del inciso anterior, surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para ser reubicado o ascendido según lo establecido en la presente Sección.

Las entidades territoriales certificadas en educación deberán apropiar los recursos correspondientes para el ascenso de grado y la reubicación de nivel salarial de los educadores que hubieren aprobado los cursos de formación. En caso que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiar dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos en el presente artículo.

**PARÁGRAFO 1.** El Ministerio de Educación y las entidades territoriales certificadas en educación, a través de sus respectivas páginas Web, informarán a los educadores sobre los cursos de formación referidos en el presente artículo.

**PARÁGRAFO 2.** Los cursos de formación docente deberán ser cofinanciados por el Gobierno Nacional, las entidades territoriales certificadas en educación y los docentes. El Gobierno Nacional y las entidades territoriales certificadas en educación deberán asegurar conjuntamente la financiación de mínimo el setenta por ciento (70%) del costo de la matrícula del respectivo curso de

*formación para cada docente. Los aportes del Gobierno Nacional para atender los gastos relacionados con la formación docente de que trata la presente Sección deberán ser priorizados dentro del Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector Educación".*

Del articulado reseñado se puede establecer que los docentes que no superaran la evaluación de carácter diagnóstico formativa, debían realizar un curso de formación, el cual, previa aprobación y radicación de su certificación ante la entidad territorial, serviría para que esta procediera con el ascenso o reubicación salarial, con efectos fiscales a partir de la mencionada radicación.

Seguidamente, y en el marco de los acuerdos entre el Gobierno Nacional y FECODE, se expidió el Decreto 1657 de 2016 "Por el cual se modifica el Decreto 1075 de 2015, en materia de evaluación para ascenso de grado y reubicación de nivel salarial de los docentes que se rigen por el Decreto Ley 1278 de 2002 y se dictan otras disposiciones", en el cual se establecen claramente las etapas de la evaluación diagnóstica formativa:

**ARTÍCULO 2.4.1.4.3.1. Etapas del proceso.** *El proceso de evaluación de que trata las anteriores secciones del presente capítulo, comprende las siguientes etapas:*

1. Convocatoria y divulgación de la evaluación.
2. Inscripción.
3. Acreditación del cumplimiento de requisitos.
4. Realización del proceso de evaluación.
5. Divulgación de los resultados.
6. Atención a reclamaciones.
7. Publicación y comunicación a las entidades territoriales certificadas en educación de los listados definitivos de los educadores que deben ser ascendidos o reubicados.
8. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación.

De otro lado, y ante la dificultad de cumplir con el cronograma inicialmente establecido para la evaluación diagnóstica formativa convocada en el año 2016, el Gobierno Nacional se vio en la obligación de expedir el Decreto 1051 de 2016 "Por el cual se modifica el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015":

**ARTÍCULO 1º. Modificación del artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015.** *El artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015 quedará así:*

**«ARTÍCULO 2.4.1.4.5.11. Resultados y Procedimiento.** La entidad territorial certificada publicará en su sitio Web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.

El Ministerio de Educación Nacional contará con un término de treinta (30) días para resolver las reclamaciones presentadas.

A partir de la publicación de la lista de candidatos, la entidad territorial certificada cuenta con quince (15) días para expedir el acto administrativo de reubicación salarial dentro del mismo grado o de ascenso de grado en el Escalafón Docente, según el caso, siempre y cuando estén acreditados todos los requisitos establecidos para el efecto en la presente sección.

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1° de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.

La entidad territorial certificada en educación deberá apropiarse los recursos correspondientes que amparen la ejecución y los pagos originados en los correspondientes actos administrativos que se hayan proferido. En caso de que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiarse dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos por el presente artículo».

De lo anterior se colige que la modificación introducida al artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015, respecto de los efectos fiscales del ascenso o reubicación salarial de los docentes que superen la evaluación diagnóstica formativa, se circunscribe específicamente a los docentes que superaron la evaluación diagnóstica formativa convocada por el Ministerio de Educación con un puntaje del 80%, pues los docentes que la obtuvieron con el curso de formación, claramente tienen una regulación diferente establecida en el artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1075 de 2015, esto es, a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora.

Lo anterior se ratifica en el Decreto 2172 de 2018 “Por el cual se adiciona una Sección Transitoria al Capítulo 4, Título 1, Parte 4, Libro 2, del Decreto 1075 de 2015 y se dictan otras disposiciones”, producto nuevamente de las negociaciones entre el Gobierno Nacional y FECODE en el año 2017, con el cual se reglamentaron los cursos de formación y que contempla dentro de su articulado lo siguiente:

**ARTÍCULO 2.4.1.4.6.4. Ascenso y reubicación salarial de los educadores que aprueben el curso de formación cofinanciado por el Gobierno nacional.** Atendiendo a lo establecido en el punto décimo del acuerdo colectivo suscrito el 16 de junio de 2017 entre el Ministerio de Educación Nacional y Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación, solamente los educadores seleccionados como beneficiarios para la cofinanciación por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos establecidos en el artículo 2.4.1.4.6.2 del presente decreto, y que aprueben los cursos de formación en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002, podrán ascender de grado o reubicarse de nivel salarial, de conformidad con la inscripción realizada y la verificación de requisitos que acreditó el educador al momento de iniciar el proceso de la evaluación de carácter diagnóstica formativa de la cohorte 2016-2017. Para los efectos aquí referidos, serán válidos únicamente los documentos presentados dentro de los plazos establecidos para la ECDF 2016-2017 y que guarden relación con el proceso.

Las entidades territoriales certificadas en educación deberán apropiarse los recursos correspondientes para el ascenso de grado o fa reubicación de nivel salarial, sólo para los educadores que hacen parte del porcentaje dispuesto en el artículo 2.4.1.4.6.2 del presente decreto, que desarrollaron y aprobaron los cursos de formación. En caso de que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiarse dichos recursos en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos en el presente artículo.

La reubicación de nivel salarial o el ascenso de grado en el escalafón docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del presente artículo, sólo surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación del curso de formación ante la respectiva autoridad nominadora.

**PARÁGRAFO.** Las entidades territoriales certificadas en educación deberán corroborar que el puntaje contenido en el certificado del curso de formación radicado por el educador corresponda al que

*figura en el listado oficial de puntajes de los cursos remitido por el Ministerio de Educación Nacional (MEN) a las entidades territoriales certificadas. (Subraya el Despacho)*

### **3.4.2. El caso concreto**

Como se observa en el expediente la señora Diana María Pérez Quintero se presentó al proceso de evaluación de carácter diagnóstico formativa convocada por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas para los docentes que no habían logrado ascenso o reubicación salarial entre los años 2010 y 2014, sin embargo, la accionante no superó la evaluación con un puntaje superior al 80% como lo establece el Decreto 1278 de 2002 en su artículo 35.

Ante tal resultado la accionante realizó en la Universidad Católica de Manizales un curso en Pedagogía, el cual aprobó con un puntaje de 92 puntos y radicó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el 08 de agosto de 2017, ante lo cual la mencionada entidad por medio de la Resolución No. 7210-6 del 20 de septiembre de 2017 la ascendió al grado 2B del Escalafón Docente con efectos fiscales a partir del 08 de agosto de 2017, decisión que fue apelada por la docente ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicitando que los efectos fiscales se extendieran desde el 1º de enero de 2016, lo cual se resolvió de manera negativa.

En ese sentido, es evidente que la docente no aprobó la evaluación diagnóstica formativa para lograr el ascenso en el Escalafón Docente, pues al no obtener un puntaje superior al 80% como ya se mencionó, debió optar como segunda opción por realizar un curso de formación, el cual evidentemente aprobó y le valió para lograr en esta segunda oportunidad el ascenso en el escalafón.

Así las cosas, yerra la accionante al considerar el curso de formación como una de las etapas de la evaluación diagnóstica formativa, cuando en realidad de lo que se trata es de una fase que se agota solo en el caso de que no se apruebe la evaluación principal, es decir, tiene un carácter subsidiario, por lo que se pueden establecer dos actuaciones administrativas claramente diferenciables que culminan en un mismo resultado, esto es, el ascenso y/o la reubicación salarial, en el caso de que se cumpla con todos los requisitos adicionales.

Y es en esa diferenciación en la cual se fundamentó el ejecutivo, en uso de su potestad reglamentaria, para establecer los efectos fiscales en uno y otro caso, pues en virtud del principio de igualdad, no pueden ser los mismos para quienes aprobaron la evaluación en primera instancia, frente

a los que debieron realizar adicionalmente un curso de formación por no haber alcanzado el puntaje requerido.

En efecto, como lo determina el artículo 1 del el Decreto 1051 de 2016 "Por el cual se modifica el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015":

**ARTÍCULO 1º. Modificación del artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015.** El artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015 quedará así:

«**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.11. Resultados y Procedimiento.** La entidad territorial certificada publicará en su sitio Web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.

El Ministerio de Educación Nacional contará con un término de treinta (30) días para resolver las reclamaciones presentadas.

A partir de la publicación de la lista de candidatos, la entidad territorial certificada cuenta con quince (15) días para expedir el acto administrativo de reubicación salarial dentro del mismo grado o de ascenso de grado en el Escalafón Docente, según el caso, siempre y cuando estén acreditados todos los requisitos establecidos para el efecto en la presente sección.

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1º de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.

La entidad territorial certificada en educación deberá apropiar los recursos correspondientes que amparen la ejecución y los pagos originados en los correspondientes actos administrativos que se hayan proferido. En caso de que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiar dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos por el presente artículo».

Lo anterior no se contrapone, modifica o varía lo establecido en el artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1757 de 2015:

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.12. Cursos de formación.** Los docentes que no hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en la presente Sección, deberán adelantar alguno de los cursos de formación que ofrezcan universidades acreditadas institucionalmente y/o que cuenten con facultades de educación de reconocida trayectoria e idoneidad, de conformidad con los parámetros establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y siempre que cuenten con la respectiva aprobación de éste.

Los aspectos generales de los cursos de formación serán definidos en la reglamentación que se expida para el efecto. Los cursos de formación se expresarán en créditos académicos que podrán ser homologados por las instituciones de educación superior, en ejercicio de su autonomía universitaria, dentro los programas de pregrado y posgrado que éstas ofrezcan.

Estos cursos tendrán como propósito fundamental solucionar las falencias detectadas en la evaluación de carácter diagnóstica formativa. Con la aprobación del respectivo curso por parte del docente, en los términos del numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002, la entidad territorial certificada en educación procederá al ascenso o la reubicación de nivel salarial de acuerdo con lo establecido en la presente Sección.

La reubicación salarial o el ascenso de grado en el Escalafón Docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del inciso anterior, surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para ser reubicado o ascendido según lo establecido en la presente Sección.

Las entidades territoriales certificadas en educación deberán apropiar los recursos correspondientes para el ascenso de grado y la reubicación de nivel salarial de los educadores que hubieren aprobado los cursos de formación. En caso que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiar dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos en el presente artículo.

**PARÁGRAFO 1.** *El Ministerio de Educación y las entidades territoriales certificadas en educación, a través de sus respectivas páginas Web, informarán a los educadores sobre los cursos de formación referidos en el presente artículo.*

**PARÁGRAFO 2.** *Los cursos de formación docente deberán ser cofinanciados por el Gobierno Nacional, las entidades territoriales certificadas en educación y los docentes. El Gobierno Nacional y las entidades territoriales certificadas en educación deberán asegurar conjuntamente la financiación de mínimo el setenta por ciento (70%) del costo de la matrícula del respectivo curso de formación para cada docente. Los aportes del Gobierno Nacional para atender los gastos relacionados con la formación docente de que trata la presente Sección deberán ser priorizados dentro del Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector Educación".*

Precepto que se ratifica en el Decreto 2172 de 2018, como ya se reseñó.

Bajo ese entendimiento, la accionante no tiene derecho a que se declaren los efectos fiscales de su ascenso desde el 1º de enero de 2016, en la medida en que esta disposición se aplica **exclusivamente** a los docentes que aprobaron satisfactoriamente la evaluación diagnóstica formativa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015 modificado por el Decreto 1751 de 2016, pues no se pueden aplicar indistintamente los efectos fiscales, al tratarse de dos situaciones reguladas de manera autónoma y con unas consecuencias disímiles claramente establecidas en la norma.

### **3.5. Conclusión:**

Corolario de lo expuesto es que habrán de negarse las pretensiones de la demanda y por consiguiente declarar probadas las excepciones denominadas "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY" propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y "ESTRICTA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS" y "BUENA FE", propuestas por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL".

### **3.6. Costas:**

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la demanda se presentó con fundamentos razonables, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### 4. FALLA

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de "Falta de legitimación en la causa por pasiva", propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

**SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones denominadas "*Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley*" propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y "*Estricta legalidad de los actos administrativos demandados*" y "*Buena fe*" propuestas por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL" y *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*" propuesta por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

**TERCERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró la señora DIANA MARÍA PÉREZ QUINTERO en contra de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN.

**CUARTO: NO CONDENAR** en costas, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva.

**QUINTO:** En firme esta providencia, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

#### NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
004  
Manizales - Caldas

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

Código de verificación: **ef960377b986cd1994ffb3feb3c5d3ae7880ab09f81467a0ee61cf680811be31**

Documento generado en 03/06/2022 04:53:43 PM

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

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

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

---

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

**Radicado:** 170013333004-2018-00461-00  
**Medio de Control:** NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** YENY ASTRID TREJOS MONTOYA  
**Demandados:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – DEPARTAMENTO DE CALDAS  
**Sentencia No.:** 085

### 1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia oral de primera instancia, dentro del medio de control de NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO interpuesto por la señora YENY ASTRID TREJOS MONTOYA.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. Pretensiones:

- Declarar la nulidad de la resolución No. 5814-6 del 06 de julio de 2018, a través de la cual se negó a la demandante el reconocimiento y pago del costo acumulado que ha sido generado desde el 1 de enero de 2016, en la categoría 3A del Escalafón docente y hasta el 17 de julio de 2017, momento en que se actualizó a la demandante el Escalafón Docente.
- Declarar que la demandante tiene derecho a que el Departamento de Caldas, le reconozca su ascenso y/o reubicación salarial grado y/o nivel 3A, desde el 1 de enero de 2016, por haber aprobado la evaluación con carácter diagnóstico formativa en la modalidad de CURSOS DE FORMACIÓN, tal como lo estableció el Acuerdo de Peticiones firmado entre el MEN y FECODE el día 7 de mayo de 2015 y 17 de agosto de 2016.

- Condenar al Departamento de Caldas, a título de restablecimiento del derecho reconocer y pagar a la demandante, su ascenso o reubicación salarial grado y/o nivel 3A en el escalafon docente del estatuto profesionalización docente contemplado en el Decreto 1278 de 2002, a a partir del 1° de enero de 2016 y hasta el 17 de julio de 2017.
- Ordenar el cumplimiento del fallo conforme lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 192 y numerales 1, 2 y 3 del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.
- Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas, se incorporen los ajustes de valor, conforme al IPC, según lo establecido en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011. Así como al pago de intereses motatorios, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 195 ibídem
- Condenar en costas a la demandada.

## **2.2. Hechos:**

- Que la demandante Yeny Astrid Trejos Montoya, ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento de Caldas, desde el momento de la certificación educativa establecida en la Ley 60 de 1993 y la Ley 715 de 2001. Siendo escalonada al momento de su vinculación, conforme a las premisas del Decreto 1278 de 2002
- Señalando que FECODE y el GOBIERNO NACIONAL, mediante acta de acuerdos concertaron la realización de una evaluación con carácter diagnóstica formativa a todos los docentes que no hubiesen podido ascender o reclasificarse en el escalafón, a pesar de haberse presentado con anterioridad en multiplicidad de ocasiones a las respectivas evaluaciones. Habiéndose superado por la demandante en su integridad, la ECDF en el curso de formación.
- Al haberse solicitado el ascenso en el escalafón y/o reclasificación, se le reubica en el grado 3, nivel A, reconociéndosele los efectos fiscales a partir del 17 de julio de 2017, cuando su derecho es desde el 01 de enero de 2016, conforme lo establecido en la Ley.
- El día 20 de marzo de 2018 solicitó la cancelación del costo acumulado desde el 01 de enero de 2016 y hasta el 17 de julio de 2017, momento en que se empezó a reconocer el ascenso, adeudándosele el retroactivo por los meses anteriores, incluyendo todo el año 2016.

- Que la petición le fue negada mediante el acto administrativo demandado.

### **2.3. Normas violadas y concepto de la violación:**

Decreto 1751 de 2016

Acta Acuerdos MEN-FECODE del 7 de mayo de 2015

Acta de Acuerdo de Implementación de la ECDF – MEN y FECODE del 17 de agosto de 2016

Decreto 1095 de 2005

Artículo 1, 2 4, 6, 13, 23, 25, 29 53, 58, 67 y 122 de la Constitución Política

### **2.4. Contestación de la demanda:**

#### **2.4.1. Ministerio de Educación Nacional (pdf 01 fls 40 a 53)**

Presenta oposición a las pretensiones de la demanda, por cuanto no existe una causal de nulidad, como tampoco una supuesta ilegalidad de los actos administrativos enjuiciados.

Manifiesta frente a los hechos, que la vinculación legal o reglamentaria de la demandante no involucra la voluntad de la actividad del Ministerio de Educación.

Aduciendo que el compromiso del Gobierno Nacional radicó exclusivamente en la preparación del Decreto por medio del cual se define el instrumento o procedimiento tendiente a viabilizar jurídicamente el proceso de reinscripción o actualización en el escalafón a los educadores que habiendo participado en procesos de evaluación de competencia no hayan podido lograr el ascenso de grado o reubicación del nivel salarial.

Como argumentos de defensa, explicó que la norma vigente, si previó efectos diferenciadores, bajo el concepto claro y preciso de que el docente una vez aprobada la evaluación de carácter diagnóstica formativa ECDF se le otorga unos efectos fiscales a enero 1 de 2016, mientras que a quienes no aprobaban el citado proceso, estaban en la obligación de i) adelantar el curso de formación, ii) radicar la certificación de aprobación del curso, y iii) sólo a partir de la fecha de radicación ante la entidad nominadora, se tendría la aplicación de los efectos fiscales. Mírese que la norma en justa medida reconoce los esfuerzos de quienes sí aprueban la evaluación de carácter diagnóstica formativa ECDF mientras que a quienes no la aprueban, se sujetan a una relación especial consistente en adelantar el curso de formación como oportunidad de habilitación de un proceso que no lograron superar.

Menciona que es evidente que se tenía claro, desde el momento en que se llegó a los acuerdos entre el Ministerio de Educación Nacional y la organización sindical la situación que diferenciaba a quienes aprobaban la evaluación de carácter diagnóstica formativa ECDF y aquellos que no lograban aprobarla, otorgándoles una segunda oportunidad, por lo cual, no hay lugar a una interpretación diferente a lo que las normas precitadas y contenidas en el decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación ni mucho menos a darle un alcance diferente, puesto que los acuerdos manifiestan dos situaciones claras que posteriormente son materializadas en los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

Aduce que es claro que en el preente caso no existe un error en incluir a estos docentes en los efectos fiscals a partir del año 2017, porque este beneficio solo operaba para los docentes que hubieran superado el examen y no para quienes tuvieron que realizar un curso de formación como la demandante.

Señala que tampoco se presenta la existencia de un vacío legal, teniendo en cuenta las competencias del Ministerio de Educación, entre las cuales se cuentan, i) generar política sectorial y la reglamentaria para los diferentes modelos de prestación del servicio público educativo, en los niveles de preescolar, básica media superior, educación para el trabajo y desarrollo humano, ii) Definir la metodología, distribuir, girar y hacer seguimiento a los recursos que provengan del Sistema General de Participaciones, ii) Facultad nominadora de los docentes, la cual fue trasladada a los Departamentos y Municipios, por la Ley 75 de 2001, iii) guarda del recurso que hace parte del Sistema General de Participaciones.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó:

*“Falta de legitimación en la causa respecto del Ministerio de Educación”.*  
*“Excepción genérica”.*

#### **2.4.2. Departamento de Caldas (pdf 01 fls 62 a 64)**

Explicó como argumentos de defensa que, conforme al acuerdo realizado entre Fecode y el Gobierno Nacional, la demandante tenía derecho al ascenso de escalafon docente desde el 01 de enero de 2016, pero que de conformidad con el artículo 2.4.1.5.11 del Decreto 1075 de 2015, no es procedente reconocer lo solicitado a través de la demanda, ello teniendo en cuenta que la demandante no aprobó la evaluación, motivo por el cual se vió obligada a realizar el requisito adicional para tener derecho al ascenso y dicho logró sólo se cumplió con posterioridad al 01/01/2016.

De otra agrega, que el Departamento de Caldas, no es la titular de la obligación que aquí se deprecia.

Excepciones propuestas:

*“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*

*“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*

## **2.5. Traslado de excepciones:**

La parte demandante no se pronunció en esta etapa procesal

## **2.6 Alegatos de Conclusión:**

### **2.6.2 Departamento de Caldas** (archivo pdf 09)

Hizo alusión al Decreto 1751 de 2016 cambio el tiempo de los efectos fiscales de los concursos de ascenso y reubicación salarial, con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2016, para los educadores que superen la Evaluación diagnóstica, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso.

Respecto a la falsa motivación del acto administrativo hace relación a sentencia del Consejo de Estado del año 2017.

Adicionalmente señala que, el Departamento de Caldas, no es el titular de obligación, de lo que aquí se pretende, ya que, la nómina y prestaciones de docentes se encuentra a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por tanto la entidad territorial no tiene obligación alguna en el presente proceso.

### **2.7.2 Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio** ( archivo pdf 16)

Señaló que no le asiste razón a la parte activa en las pretensiones, pues se evidencia que los actos expedidos por la entidad territorial se dieron de conformidad con la normativa vigente aplicable, toda vez que no se puede arribar a una conclusión diferente que los efectos fiscales del ascenso y reubicación salarial de los docentes que aprueben los cursos consagrados en el proceso serán desde la radicación por parte del docente de la certificación de aprobación de estos en la ETC.

Explica que la norma vigente, si previó efectos diferenciadores, bajo el concepto claro y preciso de que el docente una vez aprobada la evaluación de carácter diagnóstica formativa ECDF se le otorga unos efectos fiscales a enero 1 de 2016, mientras que a quienes no aprobaban el citado proceso, estaban en la obligación de i) adelantar el curso de formación, ii) radicar la certificación de aprobación del curso, y iii) sólo a partir de la fecha de radicación ante la entidad nominadora, se tendría la

aplicación de los efectos fiscales. Mírese que la norma en justa medida reconoce los esfuerzos de quienes sí aprueban la evaluación de carácter diagnóstica formativa ECDF mientras que a quienes no la aprueban, se sujetan a una relación especial consistente en adelantar el curso de formación como oportunidad de habilitación de un proceso que no lograron superar.

Destaca que en el acta de acuerdo entre el Ministerio de Educación Nacional y FECODE en el punto 1 denominado: “escalafón y evaluación de docentes que no han logrado el ascenso de grado o la reubicación salarial” se sostiene como uno de los criterios básico el siguiente: “(...) 2. Los educadores que no aprueben la evaluación diagnóstica formativa deberán tomar cursos de capacitación, diseñados por facultades de educación de reconocida idoneidad y aprobados por el Ministerio de Educación, tendientes a solucionar las falencias detectadas en los resultados de esta evaluación. Con la certificación del respectivo curso se procederá al reinscripción o actualización del escalafón. (...)”.

Menciona que es evidente que se tenía claro, desde el momento en que se llegó a los acuerdos entre el Ministerio de Educación Nacional y la organización sindical la situación que diferenciaba a quienes aprobaban la evaluación de carácter diagnóstica formativa ECDF y aquellos que no lograban aprobarla, otorgándoles una segunda oportunidad, por lo cual, no hay lugar a una interpretación diferente a lo que las normas precitadas y contenidas en el decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación ni mucho menos a darle un alcance diferente, puesto que los acuerdos manifiestan dos situaciones claras que posteriormente son materializadas en los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

Aduce que la redacción de la norma claramente nos lleva a la desagregación de etapas de todo el procedimiento para llegar al ascenso o reubicación de un educador y no sólo las etapas propias de la evaluación, que son cosas distintas, pues la primera abarca fases administrativas que van más allá de la evaluación como tal, mientras la segunda se centra solamente en el desarrollo de la valoración, con carácter diagnóstico-formativo, que permite al maestro tener claridad sobre sus fortalezas, indicándole las áreas en las que puede perfeccionar su labor, constituyéndose así en un aspecto fundamental en su proceso de mejoramiento que se reflejará en la calidad de la educación de las niñas, niños y adolescentes de los establecimientos oficiales del país.

Argumenta que en el proceso de reglamentación de los cursos de formación para la segunda cohorte de esta evaluación (aplicada en 2017), en consenso con FECODE se construyó el Decreto 2172 de 2018, el cual, en su artículo 2.4.1.4.6.4. estipula: “La reubicación de nivel salarial o el ascenso de grado en el escalafón docente que se produzca por haber

aprobado los cursos de formación en los términos del presente artículo, sólo surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación del curso de formación ante la respectiva autoridad nominadora." Esto se desprende del acuerdo 10 suscrito con dicha organización con el cual el Gobierno adquirió el compromiso de ofrecer cursos de formación para un porcentaje de los docentes que no aprobaron la ECDF."

Concluye que la docente, Yeny Astrid Trejo Montoya, no aprobó la Evaluación de carácter diagnóstica formativa, en virtud de lo cual, cursó y aprobó un curso de formación en universidad acreditada, con lo cual, fue ascendida dentro del escalafón docente el 17 de julio de 2017, fecha en la cual acreditó lo correspondiente ante la Secretaría de Educación de Caldas, ello en estricta aplicación de la normatividad anteriormente aludida, tal y como quedó expresado en las resoluciones No 7292-6 del 20 de septiembre de 2017, expedida por la Gobernación de Caldas.

Solicita en ese sentido negar las pretensiones de la demanda.

### **2.8.2. Demandante** (pdf 11)

Reitera los argumentos expuestos en la demanda, señalando igualmente que según el contenido del Decreto 1278 de 2002, todos los docentes que se vincularan al sector docente debían hacerlo a través de concurso de méritos

Que posteriormente con el Decreto 1757 de 2015 por medio del cual se reglamentó parcialmente el Decreto 1278 de 2002, estipuló que aquellos docentes que habiendo participado en concurso entre los años 2010 a 2014 y no pasaron, podrán presentarse a una nueva evaluación de carácter diagnóstico formativo y estipula los efectos fiscales desde la fecha en la que se publique la lista de candidatos.

En lo referente a la condena en costas indicó que si bien es cierto, con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A), el componente esencial para realizar esta condena en costas no es el subjetivo, dado que no se privilegia la conducta de las partes dentro del proceso para establecer si hay lugar o no a las costas, sino meramente que la parte haya resultado vencida en juicio (como ocurre en el caso concreto), sí debe advertirse, que en los criterios objetivos para su fijación "no puede olvidarse que las costas solamente serán decretadas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Esto supone que las partes actúen con la debida diligencia a lo largo de todo el proceso judicial, aportando los documentos y demás elementos idóneos para demostrar su causación".

Señala que no puede apartarse esta jurisdicción de las calidades especiales del demandante, y que el acudir al aparato judicial para invocar la protección de un derecho que considera vulnerado, no implica entonces que su dignidad y su remuneración contrario a lo esperado, resulten lesionadas, con una condena en costas, pues en manera alguna, debe fomentarse una actitud temerosa o infundir miedo para reclamar derechos que en criterio del accionante se estén transgrediendo, dado que esta actitud por parte de la jurisdicción también puede llegar a constituir un obstáculo de acceso a la administración de justicia.

### 3. CONSIDERACIONES

#### 3.1. Cuestión previa:

El Departamento de Caldas y la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio propusieron como medio exceptivo la FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA la cual sustentan en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva en contra del Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes, mientras el Ministerio de Educación argumenta en igual sentido frente al Departamento de Caldas. Se analiza lo siguiente frente a la mencionada excepción:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación (ver artículo 159 del CPACA).
- Porque de conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 9ª de 1989, **las prestaciones sociales pagadas por el Fondo**, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.
- La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989) en los entes territoriales, se enmarca **en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes**, en virtud de lo dispuesto por el Art. 56 de la Ley 962 de 2005.
- Porque el Consejo de Estado determinó que quien tiene la competencia para dirimir **derechos prestacionales de docentes** es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y las entidades territoriales actúan como colaboradoras de la entidad nacional.

- La Ley 115 de 1994, «Por la cual se expide la ley general de educación», en su artículo 153 dispuso que la administración departamental de la educación es competencia de las secretarías de educación departamentales, así:

**ARTÍCULO 151.- Funciones de las Secretarías Departamentales y Distritales de Educación.** Las secretarías de educación departamentales y distritales o los organismos que hagan sus veces, ejercerán, dentro del territorio de su jurisdicción, en coordinación con las autoridades nacionales y de conformidad con las políticas y metas fijadas para el servicio educativo, las siguientes funciones:

(...)

*c. Organizar el servicio educativo estatal de acuerdo con las prescripciones legales y reglamentarias sobre la materia y supervisar el servicio educativo. prestado por entidades oficiales y particulares;*

(...)

- Por su parte, la Ley 715 de 2001, en el artículo 6, estableció la competencia de los departamentos certificados para realizar los concursos y administrar los ascensos. La norma es del siguiente tenor:

**ARTÍCULO 6o. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS.** *Sin perjuicio de lo establecido en otras normas, corresponde a los departamentos en el sector de educación las siguientes competencias:*

[...]

6.2.3. Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo [153](#) de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley. Para ello, realizará concursos, efectuará los nombramientos del personal requerido, administrará los ascensos, *sin superar en ningún caso el monto de los recursos disponibles en el Sistema General de Participaciones y trasladará docentes entre los municipios, preferiblemente entre los limítrofes, sin más requisito legal que la expedición de los respectivos actos administrativos debidamente motivados.*

(...)

6.2.15. Para efectos de la inscripción y los ascensos en el escalafón, la entidad territorial determinará la repartición organizacional

encargada de esta función de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

- A su vez, el Decreto 2715 de 2009, «Por medio del cual se reglamenta la evaluación de competencias de los docentes y directivos docentes», en el artículo 7 prevé:

*Responsabilidades de la entidad territorial certificada. La entidad territorial certificada será responsable de:*

- 1. Identificar a los potenciales candidatos a ser reubicados o ascender mediante un análisis de la planta de docentes y directivos docentes.*
- 2. Presupuestar y comprometer los recursos necesarios para las reubicaciones y los ascensos de los docentes y directivos docentes, así como los requeridos para el proceso de evaluación de competencias.*
- 3. Convocar a la evaluación de competencias de conformidad con el cronograma definido por el Ministerio de Educación Nacional.*
- 4. Divulgar la convocatoria para la evaluación de competencias y orientar a los docentes y directivos docentes de su jurisdicción para facilitar su participación en el proceso.*
- 5. Verificar los requisitos de los docentes y directivos docentes que obtuvieron más del 80% en la evaluación de competencias y pueden ser candidatos a la reubicación salarial dentro del mismo grado o al ascenso en el Escalafón Docente.*
- 6. Expedir los actos administrativos de reubicación de nivel salarial o ascenso de grado en el Escalafón Docente.*
- 7. Registrar las novedades de inscripción, reubicación y ascenso en el Escalafón Docente.*
- 8. Conocer en primera instancia las reclamaciones relativas al proceso de evaluación de competencias.*

- Además de lo anterior, los efectos fiscales de la reubicación y/o ascenso en el escalafón docente es una prestación de carácter salarial, no prestacional, razón por la cual es a la entidad territorial a quien le corresponde asumir los efectos del mismo.

Las razones anteriormente esbozadas, llevan a concluir que en este asunto, dadas las competencias legales de la entidad territorial, que la facultan

para proferir los actos administrativos demandados y asumir sus efectos, existe legitimación en la causa de contenido material en el Departamento de Caldas, razón por la cual se declarará no probada la excepción propuesta frente al ente territorial, y probada frente a La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo explicado

Respecto de la excepción de *"Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley"* propuesta por el Departamento de Caldas, su análisis quedará subsumido en el fondo del asunto.

### **3.2. El fondo del asunto:**

En el presente asunto se debe establecer si los efectos fiscales del ascenso de la señora YENNI ASTRID TREJOS MONTOYA en el escalafón docente, deben ser a partir del 1º de enero de 2016 o desde la fecha en la cual acreditó ante la entidad nominadora el respectivo curso de formación.

### **3.3. Problema Jurídico:**

Con base en los argumentos referenciados se debe establecer si los efectos fiscales del ascenso de la señora YENNI ASTRID TREJOS MONTOYA en el escalafón docente, deben ser a partir del 1º de enero de 2016 o desde la fecha en la cual acreditó ante la entidad nominadora el respectivo curso de formación.

### **3.4. Argumento central:**

#### **3.4.1. Normatividad que regula el escalafón docente en Colombia:**

El Decreto 2277 de 1979 *"Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente"*, define en su artículo 8 el escalafón docente en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 8º.-** *Definición. Se entiende por Escalafón Docente el sistema de clasificación de los educadores de acuerdo con su preparación académica, experiencia docente y méritos reconocidos.*

*La inscripción en dicho Escalafón habilita al educador para ejercer los cargos de la carrera docente.*

Y en la Sección 1A artículo 10 estableció la estructura del escalafón, en la Sección 2A artículos 11-13 las reglas especiales para el ascenso, en la Sección 3 artículos 14-22 reguló las Juntas de Escalafón y en la Sección 4A artículos 23-25 las Oficinas Seccionales de Escalafón.

El mencionado Decreto fue adicionado, entre otros, por el Decreto 259 de 1981, el Decreto 709 de 1996 y la Ley 115 de 1994.

Por su parte, el artículo 111.2 de la Ley 715 de 2001 *“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.”*, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir un nuevo régimen de carrera docente”, así:

**ARTÍCULO 111.** *Facultades extraordinarias. Concédase precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de seis (6) meses, para:*

(...)

*111.2. Se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley para expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que ingresen a partir de la promulgación de la presente ley, que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias y con los recursos.*

*El nuevo régimen de carrera docente y administrativa se denominará Estatuto de Profesionalización Docente y tomará en cuenta entre otros los siguientes criterios:*

- 1. Mejor salario de ingreso a la carrera docente.*
- 2. Requisitos de ingreso.*
- 3. Escala salarial única nacional y grados de escalafón.*
- 4. Incentivos a mejoramiento profesional, desempeño en el aula, ubicación en zonas rurales apartadas, áreas de especialización.*
- 5. Mecanismos de evaluación, capacitación, permanencia, ascensos y exclusión de la carrera.*
- 6. Oportunidades de mejoramiento académico y profesional de los docentes.*
- 7. Asimilación voluntaria de los actuales docentes y directivos docentes contemplado en el Decreto-ley 2277 de 1979.*

*Para la preparación del proyecto de Estatuto de Profesionalización Docente, el Ministerio de Educación Nacional conformará un grupo de trabajo integrado por dos representantes del Honorable Congreso de la República, dos representantes de la Federación Colombiana de Educadores, dos expertos designados por el señor Presidente de la República, y el Ministro de Educación Nacional, quien presidirá el grupo. Elegido un nuevo Presidente de la República, éste designará a una persona para que integre dicho grupo de trabajo.*

*(...)*

De esta manera se expidió el Decreto 1278 de 2002 "**por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente**", **cuerpo normativo que estableció la evaluación de competencias como elemento articulador del ascenso y la reubicación salarial de los docentes, la cual en vigencia de la norma anterior se adquiría únicamente con factores como experiencia y estudios.**

**Bajo ese entendimiento, se reguló el tema en los siguientes términos:**

**Artículo 19. Escalafón Docente.** *Se entiende por Escalafón Docente el sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes estatales de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y competencias, constituyendo los distintos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad demostrada en su labor y permitiendo asignar el correspondiente salario profesional.*

*La idoneidad encierra el conjunto de conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes, rendimiento y valores que se consideran imprescindibles para el desempeño de la función docente.*

**Artículo 20. Estructura del Escalafón Docente.** *El Escalafón Docente estará conformado por tres (3) grados. Los grados se establecen con base en formación académica. Cada grado estará compuesto por cuatro (4) niveles salariales (A-B-C-D).*

*Quienes superen el período de prueba se ubicarán en el Nivel Salarial A del correspondiente grado, según el título académico que acrediten; pudiendo ser reubicados en el nivel siguiente o ascender de grado, después de tres (3) años de servicio, siempre y cuando obtengan en la respectiva evaluación de competencias el puntaje indicado para ello, según lo dispuesto en el artículo 36 del presente decreto.*

Los requisitos para la inscripción y ascenso en el Escalafón Docente se contemplaron en el artículo 21 *Ibídem*.

Por su parte, los artículos 26 y 27 regularon la evaluación docente y definieron los tipos de evaluación:

**Artículo 26. Evaluación.** *El ejercicio de la carrera docente estará ligado a la evaluación permanente. Los profesionales de la educación son personalmente responsables de su desempeño en la labor correspondiente, y en tal virtud deberán someterse a los procesos de evaluación de su labor.*

*La evaluación verificará que en el desempeño de sus funciones, los servidores docentes y directivos mantienen niveles de idoneidad, calidad y eficiencia que justifican la permanencia en el cargo, los ascensos en el Escalafón y las reubicaciones en los niveles salariales dentro del mismo grado.*

*Los superiores inmediatos y los superiores jerárquicos prestarán el apoyo que se requiera para estos efectos y suministrarán toda la información que posean sobre el desempeño de los docentes y directivos que deban ser evaluados.*

**Parágrafo.** *Reglamentado por el Decreto Nacional 2715 de 2009. El Gobierno Nacional reglamentará el sistema de evaluación de los docentes y directivos docentes, para cada grado y nivel salarial, teniendo en cuenta los criterios y parámetros establecidos en el presente decreto.*

**Artículo 27. Tipos de evaluación.** *Existirán por lo menos los siguientes tipos de evaluación:*

- a) Evaluación de período de prueba;*
- b) Evaluación ordinaria periódica de desempeño anual;*
- c) Evaluación de competencias.*

La evaluación de competencias quedó definida en los artículos 35 y 36 *Ibídem* así:

**Artículo 35. Evaluación de competencias.** *La competencia es una característica subyacente en una persona causalmente relacionada con su desempeño y actuación exitosa en un puesto de trabajo.*

*La evaluación de competencias será realizada cada vez que la correspondiente entidad territorial lo considere conveniente, pero sin que en ningún caso transcurra un término superior a seis (6) años*

entre una y otra. Se hará con carácter voluntario para los docentes y directivos docentes inscritos en el Escalafón Docente que pretendan ascender de grado en el Escalafón o cambiar de nivel en un mismo grado. Se hará por grados en el escalafón y por cargos directivos docentes. Debe permitir la valoración de por lo menos los siguientes aspectos: competencias de logro y acción; competencias de ayuda y servicio; competencias de influencia; competencias de liderazgo y dirección; competencias cognitivas; y competencias de eficacia personal.

**Parágrafo.** Reglamentado por el Decreto Nacional 2715 de 2009. El Ministerio de Educación Nacional será responsable del diseño de las pruebas de evaluación de competencias y definirá los procedimientos para su aplicación, lo cual podrá hacerse a través de cualquier entidad pública o privada que considere idónea.

**Artículo 36. Resultados y consecuencias de las evaluaciones de desempeño y de competencias.** Las evaluaciones de desempeño y de competencias tendrán las siguientes consecuencias según sus resultados:

(...)

## **2. Evaluación de competencias:**

Serán candidatos a ser reubicados en un nivel salarial superior, o a ascender en el escalafón docente, si reúnen los requisitos para ello, quienes obtengan más de 80% en la evaluación de competencias. Para las reubicaciones y ascensos se procederá en estricto orden de puntaje hasta el monto de las disponibilidades presupuestales anuales.

Se concluye de la normativa en cita que la procedencia en el ascenso en el escalafón y la reubicación en el nivel salarial, se encuentra supeditado a que la entidad territorial convoque a evaluación de competencias, y quienes participen de manera voluntaria obtengan un puntaje superior al 80%, cuya reubicación o ascenso dependerá finalmente de la disponibilidad presupuestal con que se cuente para hacerlos efectivos.

El Decreto 1075 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación”, con el cual se buscó recopilar toda la reglamentación en la materia, entre esta, la relacionada con el Escalafón Docente, fue adicionado por el Decreto 1757 del 1º de septiembre de 2015, con el fin de reglamentar de manera parcial y transitoria el Decreto 1278 de 2002- Estatuto de Profesionalización Docente.

Dicha adición se realizó con ocasión de la negociación colectiva adelantada entre el Gobierno Nacional y la Federación Colombiana de Educadores- FECODE en el marco del Decreto 160 de 2014 “**Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos**” y con ella se estableció una modalidad de evaluación de competencias transitoria que se denominó Evaluación de Carácter Diagnóstica Formativa, exclusiva para los docentes que presentaron evaluación de competencias entre los años 2010 y 2014 y no lograron el ascenso o reubicación salarial que buscaban.

En ese sentido, el Decreto 1757 de 2015 “*Por el cual se adiciona el [Decreto 1075 de 2015](#) y se reglamenta parcial y transitoriamente el Decreto Ley 1278 de 2002, en materia de evaluación para ascenso de grado y reubicación de nivel salarial que se aplicará a los educadores que participaron en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 y no lograron el ascenso o la reubicación salarial en cualquiera de los grados del Escalafón Docente*”, estableció:

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.2. Ámbito de aplicación.** *La evaluación de que trata la presente Sección, que tendrá carácter diagnóstica formativa, será aplicada a los docentes, directivos docentes y orientadores inscritos en el Escalafón que regula el Decreto Ley 1278 de 2002, que habiendo participado en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso o la reubicación salarial en cualquiera de los grados del Escalafón Docente.*

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.3. Características de la evaluación.** *La evaluación prevista en la presente Sección es de carácter diagnóstica formativa, por lo que valorará la práctica educativa, pedagógica, didáctica y de aula. La aprobación de esta evaluación permitirá el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial en los términos que se consagran en los artículos siguientes.*

(...)

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.6. Competencias de las entidades territoriales certificadas en educación.** *Las entidades territoriales certificadas en educación serán responsables de:*

1. *Identificar a los candidatos que pueden participar en la evaluación, que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 2.4.1.4.5.4 del presente Decreto.*

2. Convocar a la evaluación de carácter diagnóstica formativa de conformidad con el cronograma definido por el Ministerio de Educación Nacional.

3. Divulgar la convocatoria para la evaluación de carácter diagnóstica formativa y orientar a los educadores de su jurisdicción para facilitar su participación en el proceso.

4. Verificar el cumplimiento de los requisitos acreditados por los docentes, directivos docentes y orientadores que son candidatos a la reubicación salarial dentro del mismo grado o al ascenso en el Escalafón Docente.

5. Expedir los actos administrativos de reubicación de nivel salarial o ascenso de grado en el Escalafón Docente.

6. Adelantar las gestiones necesarias, en el marco de sus competencias, para que los educadores puedan participar, efectivamente, en la evaluación de que trata la presente Sección.

7. Cumplir las etapas del proceso de evaluación previstas en el artículo 2.4.1.4.5.8 del presente Decreto que estén bajo su responsabilidad, según lo dispuesto en esta Sección.

(...)

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.8. Etapas del proceso.** El proceso de evaluación de carácter diagnóstica formativa de que trata el presente Decreto, comprende las siguientes etapas:

1. Convocatoria y divulgación de la evaluación.

2. Inscripción.

3. Acreditación del cumplimiento de requisitos.

4. Realización del proceso de evaluación.

5. Divulgación de los resultados.

6. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación.

7. Inscripción y desarrollo de los cursos de formación.

8. Reporte de los resultados de los cursos de formación.

9. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación.

(...)

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.11. Resultados y procedimiento.** La entidad territorial certificada publicará en su sitio Web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la

evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días, a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.

El Ministerio de Educación Nacional contará con un término de treinta (30) días para resolver las reclamaciones presentadas.

A partir de la publicación de la lista de candidatos, la entidad territorial certificada cuenta con quince (15) días para expedir el acto administrativo de reubicación salarial dentro del mismo grado o de ascenso de grado en el Escalafón Docente, según el caso, siempre y cuando estén acreditados todos los requisitos establecidos para el efecto en la presente Sección.

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de la fecha de la publicación de la lista de candidatos, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente Sección.

La entidad territorial certificada en educación deberá apropiarse los recursos correspondientes que amparen la ejecución y los pagos originados en los correspondientes actos administrativos que se hayan proferido. En caso que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiarse dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos por el presente artículo.

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.12. Cursos de formación.** Los docentes que no hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en la presente Sección, deberán adelantar alguno de los cursos de formación que ofrezcan universidades acreditadas institucionalmente y/o que cuenten con facultades de educación de reconocida trayectoria e idoneidad, de conformidad con los parámetros establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y siempre que cuenten con la respectiva aprobación de éste.

Los aspectos generales de los cursos de formación serán definidos en la reglamentación que se expida para el efecto. Los cursos de formación se expresarán en créditos académicos que podrán ser homologados por las instituciones de educación superior, en

*ejercicio de su autonomía universitaria, dentro los programas de pregrado y posgrado que éstas ofrezcan.*

*Estos cursos tendrán como propósito fundamental solucionar las falencias detectadas en la evaluación de carácter diagnóstica formativa. Con la aprobación del respectivo curso por parte del docente, en los términos del numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002, la entidad territorial certificada en educación procederá al ascenso o la reubicación de nivel salarial de acuerdo con lo establecido en la presente Sección.*

*La reubicación salarial o el ascenso de grado en el Escalafón Docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del inciso anterior, surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para ser reubicado o ascendido según lo establecido en la presente Sección.*

*Las entidades territoriales certificadas en educación deberán apropiar los recursos correspondientes para el ascenso de grado y la reubicación de nivel salarial de los educadores que hubieren aprobado los cursos de formación. En caso que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiar dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos en el presente artículo.*

**PARÁGRAFO 1.** *El Ministerio de Educación y las entidades territoriales certificadas en educación, a través de sus respectivas páginas Web, informarán a los educadores sobre los cursos de formación referidos en el presente artículo.*

**PARÁGRAFO 2.** *Los cursos de formación docente deberán ser cofinanciados por el Gobierno Nacional, las entidades territoriales certificadas en educación y los docentes. El Gobierno Nacional y las entidades territoriales certificadas en educación deberán asegurar conjuntamente la financiación de mínimo el setenta por ciento (70%) del costo de la matrícula del respectivo curso de formación para cada docente. Los aportes del Gobierno Nacional para atender los gastos relacionados con la formación docente de que trata la presente Sección deberán ser priorizados dentro del Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector Educación".*

Del articulado reseñado se puede establecer que los docentes que no superaran la evaluación de carácter diagnóstico formativa, debían realizar un curso de formación, el cual, previa aprobación y radicación de su certificación ante la entidad territorial, serviría para que esta procediera con el ascenso o reubicación salarial, con efectos fiscales a partir de la mencionada radicación.

Seguidamente, y en el marco de los acuerdos entre el Gobierno Nacional y FECODE, se expidió el Decreto 1657 de 2016 *“Por el cual se modifica el Decreto 1075 de 2015, en materia de evaluación para ascenso de grado y reubicación de nivel salarial de los docentes que se rigen por el Decreto Ley 1278 de 2002 y se dictan otras disposiciones”*, en el cual se establecen claramente las etapas de la evaluación diagnóstica formativa:

**ARTÍCULO 2.4.1.4.3.1. Etapas del proceso.** *El proceso de evaluación de que trata las anteriores secciones del presente capítulo, comprende las siguientes etapas:*

1. Convocatoria y divulgación de la evaluación.
2. Inscripción.
3. Acreditación del cumplimiento de requisitos.
4. Realización del proceso de evaluación.
5. Divulgación de los resultados.
6. Atención a reclamaciones.
7. Publicación y comunicación a las entidades territoriales certificadas en educación de los listados definitivos de los educadores que deben ser ascendidos o reubicados.
8. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación.

De otro lado, y ante la dificultad de cumplir con el cronograma inicialmente establecido para la evaluación diagnóstica formativa convocada en el año 2016, el Gobierno Nacional se vio en la obligación de expedir el Decreto 1051 de 2016 *“Por el cual se modifica el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015”*:

**ARTÍCULO 1º. Modificación del artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015.** *El artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015 quedará así:*

**«ARTÍCULO 2.4.1.4.5.11. Resultados y Procedimiento.** *La entidad territorial certificada publicará en su sitio Web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278*

de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.

El Ministerio de Educación Nacional contará con un término de treinta (30) días para resolver las reclamaciones presentadas.

A partir de la publicación de la lista de candidatos, la entidad territorial certificada cuenta con quince (15) días para expedir el acto administrativo de reubicación salarial dentro del mismo grado o de ascenso de grado en el Escalafón Docente, según el caso, siempre y cuando estén acreditados todos los requisitos establecidos para el efecto en la presente sección.

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1° de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.

La entidad territorial certificada en educación deberá apropiarse los recursos correspondientes que amparen la ejecución y los pagos originados en los correspondientes actos administrativos que se hayan proferido. En caso de que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiarse dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos por el presente artículo».

De lo anterior se colige que la modificación introducida al artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015, respecto de los efectos fiscales del ascenso o reubicación salarial de los docentes que superen la evaluación diagnóstica formativa, se circunscribe específicamente a los docentes que superaron la evaluación diagnóstica formativa convocada por el Ministerio de Educación con un puntaje del 80%, pues los docentes que la obtuvieron con el curso de formación, claramente tienen una regulación diferente establecida en el artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1075 de 2015, esto es, a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora.

Lo anterior se ratifica en el Decreto 2172 de 2018 “Por el cual se adiciona una Sección Transitoria al Capítulo 4, Título 1, Parte 4, Libro 2, del Decreto 1075 de 2015 y se dictan otras disposiciones”, producto nuevamente de las negociaciones entre el Gobierno Nacional y FECODE en el año 2017, con

el cual se reglamentaron los cursos de formación y que contempla dentro de su articulado lo siguiente:

**ARTÍCULO 2.4.1.4.6.4. Ascenso y reubicación salarial de los educadores que aprueben el curso de formación cofinanciado por el Gobierno nacional.** *Atendiendo a lo establecido en el punto décimo del acuerdo colectivo suscrito el 16 de junio de 2017 entre el Ministerio de Educación Nacional y Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación, solamente los educadores seleccionados como beneficiarios para la cofinanciación por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos establecidos en el artículo 2.4.1.4.6.2 del presente decreto, y que aprueben los cursos de formación en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002, podrán ascender de grado o reubicarse de nivel salarial, de conformidad con la inscripción realizada y la verificación de requisitos que acreditó el educador al momento de iniciar el proceso de la evaluación de carácter diagnóstica formativa de la cohorte 2016-2017. Para los efectos aquí referidos, serán válidos únicamente los documentos presentados dentro de los plazos establecidos para la ECDF 2016-2017 y que guarden relación con el proceso.*

*Las entidades territoriales certificadas en educación deberán apropiar los recursos correspondientes para el ascenso de grado o fa reubicación de nivel salarial, sólo para los educadores que hacen parte del porcentaje dispuesto en el artículo 2.4.1.4.6.2 del presente decreto, que desarrollaron y aprobaron los cursos de formación. En caso de que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiar dichos recursos en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos en el presente artículo.*

*La reubicación de nivel salarial o el ascenso de grado en el escalafón docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del presente artículo, sólo surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación del curso de formación ante la respectiva autoridad nominadora.*

**PARÁGRAFO.** *Las entidades territoriales certificadas en educación deberán corroborar que el puntaje contenido en el certificado del curso de formación radicado por el educador corresponda al que figura en el listado oficial de puntajes de los cursos remitido por el Ministerio de Educación Nacional (MEN) a las entidades territoriales certificadas. (Subraya el Despacho)*

### 3.4.2. El caso concreto

Como se observa en el expediente la señora Yeny Astrid Trejos Montoy se presentó al proceso de evaluación de carácter diagnóstico formativa convocada por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas para los docentes que no habían logrado ascenso o reubicación salarial entre los años 2010 y 2014, sin embargo, la accionante no superó la evaluación con un puntaje superior al 80% como lo establece el Decreto 1278 de 2002 en su artículo 35.

Ante tal resultado la accionante realizó en la Universidad Nacional de Colombia de Manizales un curso en Pedagogía, el cual aprobó con un puntaje de 92.4 puntos y radicó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el 17 de julio de 2017, ante lo cual la mencionada entidad por medio de la Resolución No. 7292-6 del 20 de septiembre de 2017 la ascendió al grado 3A del Escalafón Docente con efectos fiscales a partir del 17 de julio de 2017, decisión que fue apelada por la docente ante la Comisión Nacional del Servicio Cioobjeto de recurso de reposición ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, solicitando que los efectos fiscales se extendieran desde el 1º de enero de 2016, lo cual se resolvió de manera negativa.

En ese sentido, es evidente que la docente no aprobó la evaluación diagnóstica formativa para lograr el ascenso en el Escalafón Docente, pues al no obtener un puntaje superior al 80% como ya se mencionó, debió optar como segunda opción por realizar un curso de formación, el cual evidentemente aprobó y le valió para lograr en esta segunda oportunidad el ascenso en el escalafón.

Así las cosas, yerra la accionante al considerar el curso de formación como una de las etapas de la evaluación diagnóstica formativa, cuando en realidad de lo que se trata es de una fase que se agota solo en el caso de que no se apruebe la evaluación principal, es decir, tiene un carácter subsidiario, por lo que se pueden establecer dos actuaciones administrativas claramente diferenciables que culminan en un mismo resultado, esto es, el ascenso y/o la reubicación salarial, en el caso de que se cumpla con todos los requisitos adicionales.

Y es en esa diferenciación en la cual se fundamentó el ejecutivo, en uso de su potestad reglamentaria, para establecer los efectos fiscales en uno y otro caso, pues en virtud del principio de igualdad, no pueden ser los mismos para quienes aprobaron la evaluación en primera instancia, frente a los que debieron realizar adicionalmente un curso de formación por no haber alcanzado el puntaje requerido.

En efecto, como lo determina el artículo 1 del el Decreto 1051 de 2016 “Por el cual se modifica el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015”:

**ARTÍCULO 1º. Modificación del artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015.** El artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015 quedará así:

«**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.11. Resultados y Procedimiento.** La entidad territorial certificada publicará en su sitio Web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.

El Ministerio de Educación Nacional contará con un término de treinta (30) días para resolver las reclamaciones presentadas.

A partir de la publicación de la lista de candidatos, la entidad territorial certificada cuenta con quince (15) días para expedir el acto administrativo de reubicación salarial dentro del mismo grado o de ascenso de grado en el Escalafón Docente, según el caso, siempre y cuando estén acreditados todos los requisitos establecidos para el efecto en la presente sección.

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1º de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.

La entidad territorial certificada en educación deberá apropiar los recursos correspondientes que amparen la ejecución y los pagos originados en los correspondientes actos administrativos que se hayan proferido. En caso de que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiar dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos por el presente artículo».

Lo anterior no se contrapone, modifica o varía lo establecido en el artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1757 de 2015:

**ARTÍCULO 2.4.1.4.5.12. Cursos de formación.** Los docentes que no hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en la presente Sección, deberán adelantar alguno de los cursos de formación que ofrezcan universidades acreditadas institucionalmente y/o que cuenten con facultades de educación de reconocida trayectoria e idoneidad, de conformidad con los parámetros establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y siempre que cuenten con la respectiva aprobación de éste.

Los aspectos generales de los cursos de formación serán definidos en la reglamentación que se expida para el efecto. Los cursos de formación se expresarán en créditos académicos que podrán ser homologados por las instituciones de educación superior, en ejercicio de su autonomía universitaria, dentro los programas de pregrado y posgrado que éstas ofrezcan.

Estos cursos tendrán como propósito fundamental solucionar las falencias detectadas en la evaluación de carácter diagnóstica formativa. Con la aprobación del respectivo curso por parte del docente, en los términos del numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002, la entidad territorial certificada en educación procederá al ascenso o la reubicación de nivel salarial de acuerdo con lo establecido en la presente Sección.

La reubicación salarial o el ascenso de grado en el Escalafón Docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del inciso anterior, surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para ser reubicado o ascendido según lo establecido en la presente Sección.

Las entidades territoriales certificadas en educación deberán apropiar los recursos correspondientes para el ascenso de grado y la reubicación de nivel salarial de los educadores que hubieren aprobado los cursos de formación. En caso que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiar dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos en el presente artículo.

**PARÁGRAFO 1.** El Ministerio de Educación y las entidades territoriales certificadas en educación, a través de sus respectivas

*páginas Web, informarán a los educadores sobre los cursos de formación referidos en el presente artículo.*

**PARÁGRAFO 2.** *Los cursos de formación docente deberán ser cofinanciados por el Gobierno Nacional, las entidades territoriales certificadas en educación y los docentes. El Gobierno Nacional y las entidades territoriales certificadas en educación deberán asegurar conjuntamente la financiación de mínimo el setenta por ciento (70%) del costo de la matrícula del respectivo curso de formación para cada docente. Los aportes del Gobierno Nacional para atender los gastos relacionados con la formación docente de que trata la presente Sección deberán ser priorizados dentro del Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector Educación".*

Precepto que se ratifica en el Decreto 2172 de 2018, como ya se reseñó.

Bajo ese entendimiento, la accionante no tiene derecho a que se declaren los efectos fiscales de su ascenso desde el 1º de enero de 2016, en la medida en que esta disposición se aplica **exclusivamente** a los docentes que aprobaron satisfactoriamente la evaluación diagnóstica formativa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015 modificado por el Decreto 1751 de 2016, pues no se pueden aplicar indistintamente los efectos fiscales, al tratarse de dos situaciones reguladas de manera autónoma y con unas consecuencias disímiles claramente establecidas en la norma.

### **3.5. Conclusión:**

Corolario de lo expuesto es que habrán de negarse las pretensiones de la demanda y por consiguiente declarar probada la excepción denominada "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY" propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

### **3.6. Costas:**

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la demanda se presentó con fundamentos razonables, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **4. FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

**SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones denominadas “*Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley*” propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*” propuesta por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

**TERCERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró la señora YENY ASTRID TREJOS MONTOYA en contra de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, y DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN.

**CUARTO: NO CONDENAR** en costas, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva.

**QUINTO:** En firme esta providencia, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE**

**Firmado Por:**

**Maria Isabel Grisales Gomez  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
004  
Manizales - Caldas**

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

Código de verificación: **00cad5a5d52bf0d12a451551c41fedcff1dd64a15727db0d4e2b998e5966ebda**  
Documento generado en 03/06/2022 04:53:45 PM

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

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

---

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

**Medio de Control: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS**

**Radicación No.: 17001-33-33-004-2021-00196-00**

**Accionante: ALEXA VIVIANA TORRES ALZATE Y OTROS**

**Accionado: MUNICIPIO DE MANIZALES**

**Vinculado: AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.**

**Sentencia No.: 82**

### 1. ASUNTO

Procede el Juzgado a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de la referencia.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. Pretensiones:

Solicita el accionante proteger los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público y a la prevención de desastres previsibles técnicamente, y en consecuencia, ordenar al Municipio de Manizales que adopte las medidas administrativas, presupuestales y técnicas que conlleven al arreglo de las vías del barrio Villa Café – La Carola.

#### 2.2. Hechos:

Manifiesta el accionante que desde el 14 de julio de 2020 presentó petición ante la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales por el mal estado de la vía, exactamente en la carrera 8 con Calle 57D, solicitando una intervención urgente.

Que el Municipio de Manizales respondió que después de haber realizado visita al lugar se encontró que el pavimento está en regular estado, que presenta daños en su estructura y en algunas recámaras pertenecientes a Aguas de Manizales, por lo que se les dio traslado de la solicitud a esa entidad, que la vía estaba incluida en el inventario de necesidades del Municipio para intervenirla en orden de prioridades y según existencia de recursos.

Que Aguas de Manizales respondió que realizó visita técnica al sitio y verificó el buen estado de la recámara así como del pavimento adyacente. Señaló que, desde la primera solicitud, ha venido reiterando las peticiones

al Municipio de Manizales, quienes responden en los mismos términos, incluso en una de las respuestas añadieron que algunos de los puntos a intervenir ya fueron entregados al contratista encargado de la Comuna 5, sin embargo, hasta el momento no se ha realizado trabajo alguno.

Que la última petición la radicó el 04 de abril de 2021, expresando que las calles reportadas se encuentran en peor estado, y que en respuesta del 26 de abril de 2021 la Alcaldía indicó que estas vías se encuentran en el inventario de necesidades de acuerdo a los recursos existentes para próximas vigencias fiscales.

Agregó que lo anterior vulnera los derechos de los habitantes del barrio Villa Café, pues no tienen una vía adecuada para transitar, colocando en riesgo la vida de las personas y su patrimonio.

### **2.3. Contestación de la demanda:**

#### **2.3.1. Municipio de Manizales:**

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, indicando que la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales, mediante informe técnico No SOPM 1965 UGT-VU-2021 del 22 septiembre de 2021, manifestó que realizó visita a los barrios Villa Café - Carola y Altos de Granada y que viene realizando jornadas de parcheo en asfalto para garantizar la movilidad e igualmente pudo observar daños en el pavimento sobre algunas recamaras propiedad de Aguas de Manizales de lo cual remitió copia a dicha entidad para las reparaciones por ser competencia de Aguas de Manizales; en consecuencia la Secretaría de Obras Públicas de Manizales realizará el mantenimiento de las vías del barrio Villa Café La Carola mediante parcheo de asfalto durante la presente vigencia fiscal.

Agregó que la Administración Municipal no ha vulnerado derechos colectivos ni del medio ambiente, porque siempre ha estado en comunicación con los aquí demandantes, ha sido diligente y atenta a las visitas y peticiones que han solicitado en procura de darle solución a sus peticiones para garantizar igualmente el uso y goce de las vías y a la fecha ya se cuenta en obras de mantenimiento a las vías del sector las que se terminarán en la presente vigencia fiscal.

Planteó las excepciones de INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS LEGALES PARA INCOAR LA ACCIÓN y CARENCIA DE PRUEBA QUE CONSTITUYA PRESUNTA VULNERACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS.

#### **2.3.2. AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.:**

En general indicó que los hechos no le constaban y que la parte actora tiene la carga de la prueba.

Precisó que el objeto social de esa entidad no tiene relación con la construcción, mantenimiento y conservación de las vías urbanas. Que se realizó visita técnica con orden de trabajo 2021,OT,181 18 en la calle 57D con

carrera 8 del barrio Villa Café el día 15 de septiembre de la anualidad, donde se realizó "revisión a las redes de alcantarillado con el equipo de diagnóstico en la carrera 8 entre calles 57C3 y 57D1 encontrando que las redes están en buen estado y correcto funcionamiento, también se realizó revisión a la red de acueducto por medio de geofonía en la carrera 8 entre calles 57C3 y 57D y en la calle 57D entre carreras 7 y 8 encontrando que las redes están en buen estado y correcto funcionamiento y no se evidenciaron fugas, y que se revisó nuevamente la cámara de inspección que administra la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P. ubicada en la Carrera 8 con Calle 57D, y esta encuentra en perfecto estado y correcto funcionamiento."

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de: INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA e INEXISTENCIA DE VIOLACION A LOS DERECHOS COLECTIVOS POR PARTE DE AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.

#### **2.4. Audiencia de Pacto de Cumplimiento:**

De conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, la audiencia de pacto de cumplimiento se llevó a cabo el día 23 de noviembre de 2021, en esa ocasión se suspendió otorgando un término al Municipio de Manizales para realizar de nuevo visita al lugar con el acompañamiento de la comunidad y estructurar una propuesta de pacto de cumplimiento, el 13 de diciembre de 2021 se continuó la audiencia, declarándose fallida debido a la no presentación de propuesta de pacto por el Municipio de Manizales.

#### **2.5. Alegatos de Conclusión:**

##### **2.5.1. Parte Demandante:**

Guardó silencio.

##### **2.5.2. Municipio de Manizales:**

Indicó que, mediante oficio SOPM 0917-UGT-VU 2022 del 02 de mayo de 2022 la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales realizó visita en diferentes sectores del barrio Villa Café - Carola y Altos de Granada, entre los cuales se encuentran: 1. Calle 57D1 Carrera 8C 2. Calle 57D1 Carrera 8B 3. Calle 57D1 Carrera 8A 4. Calle 57D1 Carrera 8 (Calle y Carrera) 5. Calle 57E Carrera 9 6. Calle 57C1 Carrera 8A -1 7. Calle 57G Carrera 8C 8. Carrera 8 57E-44 (Calle principal, Conjunto cerrado Altos de Granada), que en los puntos 1 a 7 se realizó mantenimiento del pavimento mediante parcheo en asfalto, con lo que se garantiza la movilidad libre y segura por el sector, respecto del punto 8 señaló que hace parte del inventario de necesidades viales de la Secretaría de Obras Públicas y será desarrollado en la presente vigencia fiscal.

Insistió que por parte de la entidad territorial no existe vulneración de los derechos fundamentales demandados por el accionante y se opuso nuevamente a las pretensiones de la demanda, lo anterior de acuerdo con los argumentos esgrimidos en la contestación, en los alegatos, teniendo en

cuenta las pruebas incorporadas, el último informe aquí anexo de las obras ya ejecutadas y las que se realizarán en la presente vigencia fiscal.

### **2.5.3. Aguas de Manizales S.A. E.S.P.:**

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en el sentido de que el problema al que alude la parte actora referente a mal estado de la vía no es responsabilidad de esa empresa, pues esta es la prestadora del servicio público de acueducto y alcantarillado, y dentro de su objeto social y obligaciones legales no se encuentra el manejo vial de la ciudad de Manizales, ni el mantenimiento de la malla vial.

Añadió que todo lo anterior fue corroborado en la audiencia de pruebas en el testimonio del Luis Felipe Castaño (Director de Redes de Aguas de Manizales S.A. E.S.P.), quien fue claro al indicar el buen estado de la infraestructura operada por la Empresa, por lo cual la misma no se relaciona con la problemática que menciona la parte actora, situación que también se evidenció en la audiencia de pacto de cumplimiento.

Solicitó absolver de toda responsabilidad a Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y declara probadas las excepciones propuestas.

### **2.6. Concepto del Ministerio Público:**

Sostuvo que La problemática relativa al deterioro de la malla vial alegada por la parte actora encuentra respaldo probatorio en los informes técnicos emitidos tanto por el Municipio de Manizales como por la empresa de servicios públicos Aguas de Manizales S.A. E.S.P, mismos que dan cuenta de fracturas sobre la capa asfáltica existente en la calle 57D entre carreras 7 y 8, siendo insuficientes las gestiones de parcheo que ha realizado el Ente Territorial, en la medida que no solucionan de manera integral la segura movilidad en dicho sector y constituyen remedios de corta vida útil y mínima eficacia.

Continuó expresando que lo anterior insta a que el Municipio de Manizales sea compelido a la realización de un estudio técnico juicioso en el cual se establezcan de manera concreta las especificaciones de intervención para subsanar las deficiencias estructurales que presenta el pavimento de la zona cuyo amparo es deprecado en el barrio Villa Café –La Carola, una vez se obtenga el resultado del anterior estudio técnico, se procedan a adelantar las gestiones administrativas, contractuales y financieras tendientes a la consolidación de la ejecución de obras de mantenimiento profundo de la malla vial en tal sector, priorizando el eje vial de mayor demanda de movilidad y de ahí en adelante continúe con la recuperación asfáltica de manera integral.

Concluyó que, de acuerdo a las atribuciones legales y constitucionales que a los Entes Territoriales competen, los medios de defensa propuestos por el Municipio de Manizales referidos a Inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción y la genérica deben despacharse desfavorablemente.

Con respecto a la responsabilidad de Aguas de Manizales S.A. E.S.P indicó

que resultó probado que las cámaras de inspección que administra esta empresa y sus redes de acueducto y alcantarillado en la zona, se encuentran en buen estado de funcionamiento, sin fugas o situaciones que puedan ser las generadoras o coadyuvantes en el daño asfáltico alegado, luego, no resulta dable que se le responsabilice de la vulneración de los derechos colectivos deprecados en el trámite constitucional y por ende teniendo vocación de prosperidad los medios exceptivos propuestos por ésta.

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. Fondo del asunto:**

Se trata de determinar si existe vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la prevención de desastres previsibles técnicamente por parte de la entidad demandada y la vinculada, respecto de la falta de mantenimiento de la malla vial del barrio Villa Café – La Carola.

#### **3.2. Problema Jurídico:**

¿Se encuentran vulnerados o amenazados los derechos colectivos invocados por el accionante, en virtud de la falta de mantenimiento de la malla vial del barrio Villa Café – La Carola?

En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad llamada a intervenir dichas vías?

#### **3.3. Antecedentes normativos y jurisprudenciales:**

##### **3.3.1. La acción popular como mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos**

De conformidad con el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política las Acciones Populares, reglamentadas por la Ley 472 de 1998, tienen por finalidad proteger derechos e intereses colectivos, en aquellos eventos en que se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares.

Se trata de una acción principal, preventiva, cuando alude a que un derecho colectivo está siendo amenazado y restitutiva, cuando el derecho colectivo está siendo violado, con el propósito de que vuelvan las cosas al estado anterior. Por lo antepuesto, el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 472 de 1998 establece que éstas "*... se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible*".

Ahora bien, en la forma y términos de la reglamentación contenida en los artículos 1, 2, 4 y 9 de la ley 472 de 1998, los elementos necesarios para la procedencia de las acciones populares, según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, son los siguientes:

a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.

b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.

c) Se ejerce 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.

d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4º de la ley 472 de 1998.

e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la ley 472 de 1998.

- Como lo ha precisado el H. Consejo de Estado “... el punto de partida del juez en sede de la acción popular parte de la constatación efectiva de que un derecho o interés colectivo de aquellos establecidos constitucional o legalmente, se vea afectado o amenazado por una actividad pública o particular; una vez verificado este requisito, el fallador puede entrar a analizar los supuestos fácticos y jurídicos para determinar cuáles deben ser las medidas pertinentes, oportunas y procedentes que se deben decretar en la sentencia”.

- En relación con el contenido de los derechos colectivos invocados, debe tenerse en cuenta que el artículo 7º de la Ley 472 de 1998 señala que su interpretación y la forma como deben aplicarse debe efectuarse “de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia” /Subraya el Despacho/.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

### **3.3.2. Alcance de los derechos colectivos invocados:**

Teniendo en cuenta los elementos fácticos expuestos en la demanda, su contestación y las pruebas practicadas en el proceso, el Juzgado considera que habrá de revisar la vulneración de los siguientes derechos colectivos:

#### **El derecho al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público:**

Como se desprende de los artículos 63, 82, 102 y 332 de la Constitución Política los bienes de uso público son aquellos bienes destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de todos los habitantes en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización.

Ahora bien, para efectos de precisar el contenido obligacional que impone este derecho a las autoridades, se hace necesario establecer una clara distinción entre los bienes fiscales y los bienes de uso público, distinción que la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo ha decantado en los siguientes términos<sup>1</sup>:

*En primera medida resulta preciso distinguir, conforme lo hace la legislación, los bienes estatales en i) bienes de uso público y ii) bienes fiscales, para señalar que los primeros son aquellos destinados al uso y goce directo o indirecto de la comunidad, y que, por lo mismo, son inembargables, imprescriptibles e inalienables. Los segundos, los bienes fiscales, son aquellos respecto de los cuales el Estado detenta el derecho de dominio como si se tratase de los de propiedad particular; son bienes que están dentro del comercio y que son destinados, por regla general, al funcionamiento del ente estatal al cual pertenecen o a la prestación de un servicio. Con relación a ellos, la Sección ha manifestado:*

*“Así pues, una caracterización de los bienes fiscales o patrimoniales del Estado pasaría por afirmar que se trata de bienes que (i) pertenecen a una persona jurídica de derecho público; (ii) están destinados a servir como instrumentos materiales para el ejercicio de funciones públicas o para la prestación de servicios a cargo de las entidades estatales; (iii) el Estado los administra de conformidad con el régimen jurídico que al tipo de bien del cual se trate proporciona el derecho común y (iv) son embargables, enajenables e imprescriptibles. Tales características permiten diferenciarlos con claridad de los bienes de uso público, tal como igualmente lo han hecho en otras ocasiones tanto esta Sala como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según se desprende de los siguientes pronunciamientos:*

*'Ahora que, si bien es cierto existe alguna similitud entre los bienes de uso público y los fiscales o patrimoniales, comoquiera que ambas categorías forman parte de los bienes públicos y su afectación propende por el desarrollo de los principios y fines del Estado, es claro que se diferencian fundamentalmente por los derechos que se detentan sobre los mismos y por la posición de la comunidad frente a ellos.*

*Respecto de lo primero, o sea de los derechos que comprenden, debe tenerse en cuenta que los bienes de uso público son de propiedad del Estado, quien los administra, protege y reglamenta su uso, sin que puedan ser objeto de actos o negocios jurídicos que impliquen la limitación de su uso y disfrute por los ciudadanos. En tanto que, por este aspecto, los bienes fiscales se caracterizan porque el Estado es titular del derecho de dominio similar al que se ostenta*

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01 (26939)

respecto de los bienes particulares, que implican su uso, goce y disposición.

*En cuanto a la situación de la comunidad frente a los bienes públicos, los de uso público están destinados principalmente al disfrute de todas las personas, sin perjuicio de los límites que su naturaleza imponga; en tanto que los bienes fiscales tendrán un uso restringido, puesto que están destinados, fundamentalmente, al funcionamiento del Estado y a la prestación de los servicios públicos a su cargo" (énfasis añadido).*

A su vez, en similar dirección, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

*'Los bienes del Estado son o de uso público o fiscales. A estos últimos se les llama también patrimoniales. Una granja, por ejemplo, es un bien de esta clase. El Estado los posee y administra como un particular. Son fuentes de ingresos, y como propiedad privada están sometidos al derecho común. Los primeros, los de uso público, son aquellos cuyo aprovechamiento pertenece a todos los habitantes del país, como los ríos, las calles, los puentes, los caminos, etc. Los bienes de uso público lo son por naturaleza o por el destino jurídico; se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. Son inalienables, como que están fuera del comercio, e imprescriptibles "mientras sigan asignados a la finalidad pública y en los términos en que esta finalidad pública lo exija...".*

En ese sentido, es necesario indicar que este derecho colectivo se refiere de manera expresa a los bienes de uso público, lo que no significa que los bienes fiscales se encuentren desprotegidos en su dimensión colectiva, pues su protección podrá invocarse a través de otros derechos colectivos o de otras acciones legales.

Aunado a lo anterior, el H. Consejo de Estado ha precisado sobre el derecho colectivo al goce del espacio público lo siguiente<sup>2</sup>:

*"...para entender el significado y el núcleo de protección de interés colectivo de protección al espacio público y el derecho al goce del mismo, es necesario referirse al artículo 5º de la Ley 9ª de 1989 que define el concepto así:*

*"Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular..."*

*Con base en lo anterior, se deduce que el concepto de espacio público involucra una serie de elementos que definen el uso colectivo de los bienes. Así, hacen parte del espacio público aquellas áreas que se*

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, C. P. Darío Quiñones Pinilla, treinta (30) de abril de dos mil tres (2003), Rad. 25000-23-24-000-2002-0190-01 (AP).

*construyen para el uso peatonal, de tal manera que pueden separar las vías públicas y los inmuebles de uso privado y particular. De igual manera, estas zonas permiten la libre locomoción de las personas, favorecen su seguridad personal y comunican las vías en una ciudad planificada.*

*En este mismo sentido, el artículo 1º del Decreto 605 de 1996 definió el concepto de vía pública así:*

*“Son las áreas destinadas al tránsito público, vehicular o peatonal, o efectuadas por él, que componen la infraestructura vial de la ciudad y que comprende; avenida, calles, carreras, transversales, diagonales, calzadas, separadores, sardineles, andenes incluyendo las zonas verdes de los separadores viales, puentes vehiculares y peatonales o cualquier otra combinación de los mismos elementos que puedan extenderse entre una y otra línea de las edificaciones”.*

### **La prevención de desastres previsibles técnicamente:**

El derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente pretende garantizar que la sociedad no esté expuesta a padecer posibles o inminentes alteraciones de las condiciones normales de vida o daños graves causados *“por fenómenos naturales y efectos catastróficos de la acción accidental del hombre, que demanden acciones preventivas, restablecedoras, de carácter humanitario o social, constituyéndose en un derecho de naturaleza eminentemente preventiva”.*

El H. Consejo de Estado ha puntualizado al respecto<sup>3</sup>:

*“...Para que proceda la protección de este derecho a través de la acción popular basta que una comunidad geográficamente determinada sea vulnerable a padecer un evento que tenga el carácter de catastrófico. Por ello es necesario concretar en la acción popular tanto el peligro potencial como la vulnerabilidad de la comunidad, para que el juez pueda definir de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado. Ello no es posible cuando se plantea en forma abstracta la posible ocurrencia de un desastre, como por ejemplo cuando genéricamente se señala la posibilidad de un terremoto pero sin precisar la vulnerabilidad de la zona...”*

En cuanto al contenido y alcance de este derecho esta Sección, en un fallo precisó lo siguiente:

*“[...] Proclamado por el literal l) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, este derecho, orientado a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción -ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio”.*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017) Radicación: 13001-23-31-000-2011-00315-01.

*Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción posterior a los desastres, como es habitual en las actuaciones de policía administrativa) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan previsibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública. De ahí que esta Sección haya destacado el carácter preventivo de este derecho haciendo énfasis en su vocación de "evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad", ya no solo naturales (v. gr. fuego, deslizamientos de tierra, inundaciones, sequías, tormentas, epidemias, etc.), sino también – cada vez más – de origen antropocéntrico (v.gr., contaminación del ambiente, intoxicaciones o afectaciones a la salud, destrucción o afectación de la propiedad privada o pública por accidentes, productos, actividades o instalaciones) [...]".*

### **Sobre la vulneración de derechos colectivos por la falta de pavimentación de vías:**

Teniendo en cuenta que gran parte de la controversia gira en torno a la orden de pavimentar vías, es del caso recordar que el juez constitucional no puede sustituir a la Administración en la adopción del criterio técnico para la ordenación de obras, ni menos confundir el control del ejercicio del poder discrecional de la Administración con el ejercicio de la acción popular como instrumento para la protección de determinados derechos.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha establecido que:

*"Ciertamente se trata de dos institutos jurídicos diferentes, no comparables ni, en consecuencia, confundibles, pues el control del poder discrecional de la administración es facultad que corresponde al juez administrativo como mecanismo que le permite el mantenimiento de la actividad administrativa dentro de los límites de la legalidad y del bien común, a la vez que juzgar la decisión administrativa en términos de proporcionalidad con respecto a los hechos que le sirven de causa al acto y de adecuación a los fines para los cuales la competencia ha sido asignada, en tanto que la acción popular busca, en los términos del artículo 88 constitucional, 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 ...".*

*"La vulneración de los derechos e intereses colectivos que busca precaver la acción popular, puede presentarse como consecuencia del ejercicio de un poder discrecional o de una competencia reglada de la autoridad administrativa, de una actuación o de una omisión en el ejercicio de las mismas, siempre que se genere una situación de las previstas en la ley como susceptible de ser corregida a través del ejercicio de dicha acción.*

*La Sala considera que en el asunto sub judice no se controvierte el margen de discrecionalidad de que la administración goza para la*

construcción de sus vías públicas, ni tampoco el ordenamiento en determinada forma de las obras de urbanismo. Esa facultad corresponde a las autoridades administrativas y, en el caso del Distrito Capital, al Instituto de Desarrollo Urbano y demás autoridades competentes. Pero lo que sí se controvierte es la situación de salubridad pública creada en un sector de la ciudad, entre otras causas, por la falta de pavimentación de una calle, consideración del tribunal a quo que el recurrente no discute.

Si se tiene en cuenta que uno de los objetivos de la acción popular es preservar la salubridad pública, amenazada, según el tribunal, por la omisión del Instituto, la Sala observa que cuando la providencia conmina a la entidad para que pavimente una vía pública, por razón de la insalubridad que esa situación crea, no está el juez entrometiéndose en el criterio técnico que la entidad tiene para ordenar o no tal obra sino que le está ordenando que no cree amenazas, por causa de la omisión en cumplimiento de sus deberes institucionales, contra la salubridad pública, o que con su actuación concurra a la eliminación de tales amenazas”.

### **De las obligaciones y responsabilidad de las entidades demandadas**

Sobre las obligaciones de los municipios en materia de vías y transporte, 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", dispone:

**“ARTÍCULO 17. INTEGRACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DISTRITAL Y MUNICIPAL DE TRANSPORTE.** Hace parte de la infraestructura distrital municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, de acuerdo con la participación que tengan los municipios en las sociedades portuarias y aeroportuarias, en la medida que sean de su propiedad o cuando estos le sean transferidos.

(...)

**ARTÍCULO 19. CONSTITUCIÓN 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.

**ARTÍCULO 20. PLANEACIÓN E IDENTIFICACIÓN DE PRIORIDADES DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE.** Corresponde al Ministerio de Transporte, a las entidades del orden nacional con responsabilidad en la infraestructura de transporte y a las entidades territoriales, la planeación de su respectiva infraestructura de transporte, determinando las prioridades para su conservación y construcción. Para estos efectos, la Nación y las entidades territoriales harán las apropiaciones presupuestales con recursos propios y con aquellos que determine esta Ley.” (Subrayado fuera de texto)

Asimismo, el artículo 76 de la Ley 715 de 2001 "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.", establece:

**"ARTÍCULO 76. COMPETENCIAS DEL MUNICIPIO EN OTROS SECTORES.**

Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:

(...)

**76.4. En materia de transporte**

**76.4.1.** Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente.

Las vías urbanas que forman parte de las carreteras nacionales seguirán a cargo de la Nación.

**76.4.2.** Planear e identificar prioridades de infraestructura de transporte en su jurisdicción y desarrollar alternativas viables." (Subrayado fuera de texto)

Por su parte AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P., es una empresa que presta el servicio público de acueducto y alcantarillado, la cual tiene las siguientes obligaciones al tenor de lo regulado en el art. 11 de la Ley 142 de 1994, modificada parcialmente por la ley 689 de 2001:

11.1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros.

11.2. Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia.

11.3. Facilitar a los usuarios de menores ingresos el acceso a los subsidios que otorguen las autoridades.

11.4. Informar a los usuarios acerca de la manera de utilizar con eficiencia y seguridad el servicio público respectivo.

11.5. Cumplir con su función ecológica, para lo cual, y en tanto su actividad los afecte, protegerán la diversidad e integridad del ambiente, y conservarán las áreas de especial importancia ecológica, conciliando estos objetivos con la necesidad de aumentar la cobertura y la costeabilidad de los servicios por la comunidad.

11.6. Facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios.

11.7. Colaborar con las autoridades en casos de emergencia o de

*calamidad pública, para impedir perjuicios graves a los usuarios de servicios públicos.*

*11.8. Informar el inicio de sus actividades a la respectiva Comisión de Regulación, y a la Superintendencia de Servicios Públicos, para que esas autoridades puedan cumplir sus funciones. Las empresas que a la expedición de esta Ley estén funcionando deben informar de su existencia a estos organismos en un plazo máximo de sesenta (60) días.*

*11.9. Las empresas de servicios serán civilmente responsables por los perjuicios ocasionados a los usuarios y están en la obligación de repetir contra los administradores, funcionarios y contratistas que sean responsables por dolo o culpa sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.*

*11.10. Las demás previstas en esta Ley y las normas concordantes y complementarias.*

*PARÁGRAFO. Los actos administrativos de carácter individual no sancionatorios que impongan obligaciones o restricciones a quienes presten servicios públicos y afecten su rentabilidad, generan responsabilidad y derecho a indemnización, salvo que se trate de decisiones que se hayan dictado también para las demás personas ubicadas en la misma situación."*

### **3.4. De las pruebas allegadas al proceso:**

Teniendo en cuenta el material probatorio aportado a la actuación, se observa lo siguiente:

#### **3.4.1. Parte Demandante:**

- Petición del 14 de julio de 2020 radicado ante la Secretaría de Obras Públicas y Aguas de Manizales.

-Oficio SOPM 1219-GVU-2020 del 15 de julio de 2020 expedido por la secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales.

-Oficio del 30 de julio de 2020 de Aguas de Manizales dando respuesta a la petición del 14 de julio.

-Petición de septiembre de 2020 radicado ante la Secretaría de Obras públicas de Manizales, reiterando solicitud del 14 de julio de 2020.

- Oficio SOPM 1758-GVU-2020 del 03 de noviembre de 2020 expedido por la secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales.

- Petición (Requisito de procedibilidad) radicado el 4 de abril de 2021 ante la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales.

-Respuesta a la petición (requisito de procedibilidad) SOPM-1006-GVU-2021- del 26 de abril de 2021.

#### **3.4.2. Municipio de Manizales:**

- Informe técnico No. SOPM 1965 UGT-VU-2021 del 22 de septiembre 2021 como compromiso suscrito por la Secretaría de Obras Públicas del

Municipio de Manizales mediante el cual se comprometió a realizar mantenimiento de las vías del Barrio villa Café/La Carola mediante parcheo en asfalto en la presente vigencia fiscal.

- Oficio SOPM 0917-UGT-VU 2022 del 02 de mayo de 2022 de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales, informando los tramos que fueron objeto de reparcho y los que quedan pendientes. (Allegado con los alegatos de conclusión).

### **3.4.3. Aguas de Manizales S.A. E.S.P.:**

-Informe Técnico suscrito por el director de redes de Aguas de Manizales S.A. E.S.P, el coordinador profesional de redes y el subgerente de operaciones (E) del 15 de septiembre de 2021.

- Testimonio del señor Luis Felipe Castaño, Director de Redes de Aguas de Manizales.

### **3.5. Análisis del Despacho y conclusión:**

En primer lugar, conforme a los hechos que invocan los accionante como constitutivos de vulneración o amenaza de los derechos colectivo indicados, las pretensiones de la demanda y sus eventuales responsables, es necesario, determinar el sitio frente al cual se depreca la vulneración de los derechos colectivos.

Si bien los accionantes indican, en forma generalizada, que son las vías del barrio Villa Café – La Carola de Manizales, de las respuestas entregadas por la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales a las peticiones de la parte actora y en los informes allegados con la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, se desprende que los tramos específicos de las vías que requieren intervención son:

1. Calle 57D1 Carrera 8C
2. Calle 57D1 Carrera 8B
3. Calle 57D1 Carrera 8A
4. Calle 57D1 Carrera 8 (Calle y Carrera)
5. Calle 57E Carrera 9
6. Calle 57C1 Carrera 8A -1
7. Calle 57G Carrera 8C
8. Carrera 8 57E-44 (Calle principal, Conjunto cerrado Altos de Granada)

El Municipio de Manizales desde noviembre del año 2020, en Oficio SOPM 1758-GVU-2020, determinó la necesidad de reparar el pavimento de los puntos antes referenciados, en dicho oficio la Secretaría de Obras Públicas manifestó *“Observando pavimento en regular estado, el cual se compone de una capa de asfalto de 06 cm de espesor que no garantiza su durabilidad en el tiempo”* y más adelante indicó *“Por lo anterior, nuevamente, le informamos que los puntos en mención ya hacen parte del inventario de necesidades viales de la Secretaría de Obras, para ser intervenidos mediante parcheo en asfalto, para ser desarrollado de*

*acuerdo don un orden de prioridades y los recursos con que se cuente para la presente o próximas vigencias fiscales ”.*

De lo anterior se colige que el ente territorial es consciente de la problemática que presentan estas vías y de la obligación que tiene de intervenirlas.

Se observa que los accionantes elevaron la primera petición el 14 de julio de 2020 y radicaron subsiguientes peticiones hasta el 04 de abril de 2021, que recibían respuestas de la Administración Municipal en el sentido de que se realizaron visitas al sector, que efectivamente estaban en mal estado las vías y que serían intervenidas según las prioridades y los recursos existentes.

En efecto, como lo indica la parte actora, hasta la fecha de presentación de este medio de control, la accionada no había materializado ninguna obra o intervención en estas vías, solo hasta la etapa procesal de alegatos de conclusión el Municipio de Manizales informó de las obras realizadas en los puntos 1 a 7, como se evidencia en Oficio SOPM 0917-UGT-VU 2022 del 02 de mayo de 2022 de la Secretaría de Obras Públicas, se realizó mantenimiento del pavimento mediante parcheo en asfalto y respecto del punto 8 señaló que hace parte del inventario de necesidades viales de la Secretaría de Obras Públicas y será desarrollado en la presente vigencia fiscal.

Entre tanto, conforme con el régimen jurídico aplicable, es deber del Municipio de Manizales conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio.

En ese sentido, es que se evidencia que la entidad territorial ha sido negligente con respecto a los trámites que le corresponde adelantar para que las vías afectadas sean reparadas y queden en óptimas condiciones de transitabilidad, pues no solo ha demorado en el tiempo su intervención, sino que aún continúan algunos puntos sin reparar, a pesar del constante pedido de la comunidad.

Ahora bien, el reparcheo en asfalto realizado por el Municipio de Manizales en mayo de este año, se torna en una medida transitoria que no resuelve de fondo la problemática de estas vías, pues como se indicó en párrafos anteriores, el informe del profesional de la Secretaría de Obras Públicas de noviembre de 2020 señaló “... *pavimento en regular estado, el cual se compone de una capa de asfalto de 06 cm de espesor que no garantiza su durabilidad en el tiempo*”, lo cual comporta que con el paso del tiempo se pueda presentar de nuevo un deterioro de la malla asfáltica.

Conforme con lo anterior, es que habrá de declararse la vulneración del “*derecho al goce del espacio público*” y el “*derecho a la prevención de desastres previsibles técnicamente*”, en tanto se requieren con prontitud estudios que determinen el real daño que sufren estas vías y en consecuencia realizar las intervenciones que solucionen de fondo la problemática.

De otro lado, conforme a lo discurrido y a lo probado en la actuación, es procedente declarar probada la falta de legitimación por pasiva que fuera invocada por AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P. al encontrarse demostrado con suficiencia que el asunto debatido en esta acción constitucional es de competencia del ente territorial en la medida en que lo que se pretende es la protección del derecho colectivo conocido como prevención de desastres previsible técnicamente y habida consideración que los daños de la capa asfáltica de las vías no fueron ocasionados por las recámaras que usa esta entidad para el servicio de acueducto y alcantarillado.

En consecuencia, se ordenará al MUNICIPIO DE MANIZALES que dentro del término de DOS (2) MESES contados a partir de la ejecutoria de este fallo, se adelanten las gestiones de carácter legal, administrativo y presupuestal para realizar los estudios que se requieran para determinar el daño de las vías del barrio Villa Café – La Carola que a continuación se relacionan:

1. Calle 57D1 Carrera 8C
2. Calle 57D1 Carrera 8B
3. Calle 57D1 Carrera 8A
4. Calle 57D1 Carrera 8 (Calle y Carrera)
5. Calle 57E Carrera 9
6. Calle 57C1 Carrera 8A -1
7. Calle 57G Carrera 8C
8. Carrera 8 57E-44 (Calle principal, Conjunto cerrado Altos de Granada)

Una vez realizados los estudios, el MUNICIPIO DE MANIZALES deberá hacer la pertinente apropiación presupuestal en la próxima vigencia fiscal, y realizar las correspondientes obras, de manera que las vías queden en óptimas condiciones de transitabilidad, en un plazo de SEIS (6) MESES, a partir del momento en que se haga la apropiación presupuestal.

### **3.6. Comité de Verificación de Cumplimiento:**

De conformidad con lo dispuesto por el art. 34 de la Ley 472 de 1998, se conformará el Comité de Verificación para el cumplimiento de la sentencia con el Personero Municipal de Manizales - Caldas, quien lo presidirá; la Procuradora 181 Judicial I para Asuntos Administrativos, el Secretario de Obras Públicas del Municipio de Manizales y los accionantes. El Comité se reunirá por convocatoria de su Presidente a solicitud de cualquiera de sus miembros, y rendirá informe semestral al Despacho sobre el cumplimiento de esta providencia.

### **3.7. Costas:**

Sobre la condena en costas dentro del presente medio de control, el H. Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación<sup>4</sup>, en la cual fijó las reglas de interpretación del art. 38 de la Ley 472 de 1998. Al respecto:

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, SALA VEINTISIETE ESPECIAL DE DECISIÓN, C.P. Rocío Araujo Oñate, seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01(AP)REV-SU

**“...163. El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 admite el reconocimiento de las costas procesales a favor del actor popular y a cargo de la parte demandada, siempre que la sentencia le resulte favorable a las pretensiones protectorias de los derechos colectivos, y la condena en costas, a la luz del artículo 361 del Código General del proceso, incorpora tanto el concepto de expensas y gastos procesales como el de las agencias en derecho.**

164. También hay lugar a condenar en costas a la parte demandada, en los componentes de expensas o gastos procesales y de agencias en derecho, cuando haya actuado con temeridad o mala fe. En este último evento, también habrá lugar a condenarlo al pago de la multa prevista en la disposición 38 ibídem.

165. Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda le sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código General del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan en relación con los auxiliares de la justicia.

166. Conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, armonizado con el artículo 361 del Código General del Proceso, en las acciones populares la condena en costas a favor del actor popular incluye las expensas, gastos y agencias en derecho con independencia de que la parte actora haya promovido y/o concurrido al proceso mediante apoderado judicial o lo haya hecho directamente

167. En cualquiera de los eventos en que cabe el reconocimiento de las costas procesales, bien sea en cuanto a las expensas y gastos procesales o a las agencias en derecho, bien sea a favor del actor popular o de la parte demandada, la condena se hará atendiendo las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, de forma que sólo se condenará al pago de aquellas que se encuentren causadas y se liquidarán en la medida de su comprobación

**169. Para este efecto, se entenderá causada la agencia en derecho siempre que el actor popular resulte vencedor en la pretensión protectoria de los derechos colectivos y su acreditación corresponderá a la valoración que efectúe el fallador en atención a los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, es decir, en atención a la naturaleza, calidad y duración del asunto, o a cualquier otra circunstancia especial que resulte relevante para tal efecto.**

**170. Las agencias en derecho se fijarán por el juez aplicando las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el actor popular, con independencia de si actuó directamente o mediante apoderado, u otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas...**

Teniendo en cuenta el pronunciamiento anterior y dado que en este asunto se accedió a las pretensiones de la demanda, se procederá a su condena a favor de los actores populares y en contra del Municipio de Manizales. En consecuencia, por Secretaría se procederá a su liquidación conforme lo disponen las normas del C. G. del P.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **4. FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR probada** la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA frente a AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P., conforme a lo dicho en la motiva.

**SEGUNDO: DECLARAR** que el MUNICIPIO DE MANIZALES, es responsable de la violación de los derechos colectivos “*al goce del espacio público*” y el “*derecho a la prevención de desastres previsibles técnicamente*” de la comunidad del barrio Villa Café – La Carola del Municipio de Manizales.

**TERCERO: ORDENAR** al MUNICIPIO DE MANIZALES, que dentro del término de DOS (2) MESES contados a partir de la ejecutoria de este fallo, se adelanten las gestiones de carácter legal, administrativo y presupuestal para realizar los estudios que se requieran para determinar el daño de las vías del barrio Villa Café – La Carola que a continuación se relacionan:

1. Calle 57D1 Carrera 8C
2. Calle 57D1 Carrera 8B
3. Calle 57D1 Carrera 8A
4. Calle 57D1 Carrera 8 (Calle y Carrera)
5. Calle 57E Carrera 9
6. Calle 57C1 Carrera 8A -1
7. Calle 57G Carrera 8C
8. Carrera 8 57E-44 (Calle principal, Conjunto cerrado Altos de Granada)

Una vez realizados los estudios, el MUNICIPIO DE MANIZALES deberá hacer la pertinente apropiación presupuestal en la próxima vigencia fiscal, y realizar las correspondientes obras, de manera que las vías queden en óptimas condiciones de transitabilidad, en un plazo de SEIS (6) MESES, a partir del momento en que se haga la apropiación presupuestal.

**CUARTO: CONFORMAR EL COMITÉ DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO** de la presente sentencia, así: El Personero Municipal de Manizales - Caldas, quien

lo presidirá; la Procuradora 181 Judicial I para Asuntos Administrativos, el Secretario de Obras Públicas del Municipio de Manizales y los accionantes. El Comité se reunirá por convocatoria de su Presidente a solicitud de cualquiera de sus miembros, y rendirá informe semestral al Despacho sobre el cumplimiento de esta providencia.

**COMUNÍQUESE** por parte de la Secretaría la designación realizada en la sentencia, a las personas que se ordena conformen el comité.

**SEXTO: SE CONDENA EN COSTAS** a favor del actor popular y en contra del Municipio de Manizales, conforme lo expuesto en la parte motiva.

**SÉPTIMO: REMITIR** copia del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo (Artículo 80 de la ley 472 de 1998).

**OCTAVO: EJECUTORIADA** esta providencia archívense las diligencias previas las anotaciones respectivas.

## NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
004  
Manizales - Caldas

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

Código de verificación: **6a8029d792d3043e7b228933d267b9f31b10594d82d0dcf9d4c0387418906d69**

Documento generado en 03/06/2022 03:47:56 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO**

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

Radicación:	17-001-33-33-004-2013-00248
Medio De Control:	REPARACION DIRECTA
Demandante:	CARLOS ALBERTO LONDOÑO PIEDRAHÍTA
Demandados:	LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL, MUNICIPIO DE MANIZALES- CALDAS y EFRAÍN BECERRA GARZÓN
Llamados en Garantía:	INFOTIC S.A. y LA PREVISORA S.A.
Sentencia No.	083

**1. ASUNTO**

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

**2. ANTECEDENTES**

**2.1. Pretensiones:**

Se solicita en la demanda, se acceda a las siguientes pretensiones:

1. Se declare que los demandados son administrativa, extracontractual y patrimonialmente responsables por todos y cada uno de los perjuicios ocasionados en razón a la falla de la administración, por el riesgo creado y que originaron los graves perjuicios al demandante.
2. Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, se condene a los demandados a pagar en favor del Señor **CARLOS ALBERTO LONDOÑO PIEDRAHITA** o de quien sus derechos representen, los siguientes perjuicios:
  - **PERJUICIOS MORALES:** la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
  - **PERJUICIOS MATERIALES:**

**LUCRO CESANTE CONSOLIDADO Y FUTURO:**

Para el convocante CARLOS ALBERTO LONDOÑO PIEDRAHITA, la suma equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A TÍTULO DE DAÑO EMERGENTE: Se estima la suma de setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como precio del vehículo perdido y/o hurtado.

TERCERA: Que la condena que al efecto se imponga a la parte demandada y en favor de la demandante o de quien sus derechos representen, sea constitutiva, en todo caso, atendiendo los parámetros de la reparación integral.

CUARTA: Que la decisión que ponga fin al proceso, haga tránsito a cosa juzgada y preste mérito ejecutivo.

QUINTA: Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTA: Que todos los pagos que se ordenen hacer a favor de la parte demandante o de quien sus derechos representen, le sean cubiertos en moneda de curso legal en Colombia, ajustando su valor con base en el IPC certificado por el DANE.

SÉPTIMA: Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

## **2.2. Supuestos fácticos:**

1. Que el Señor CARLOS ALBERTO LONDOÑO PIEDRAHITA, quien se dedica al comercio de productos agrícolas en varias partes del país, en vista de su actividad económica adquirió mediante contrato de compraventa, el vehículo tipo camioneta, de placas **FFJ-792** (sic), servicio particular, tipo estacas, color verde, matriculado en la Oficina de Tránsito y Transporte Municipal de Palmira (Valle), el cual compró por la suma de \$40.000.000,00. Que el vehículo además de servir para el transporte de elementos, por su antigüedad le ameritaba el calificativo de clásico, razón por la cual era utilizado por el actor para ser exhibido en las ferias de las diferentes ciudades.
2. Indicó que para el mes de febrero del año 2011, miembros adscritos a la Policía Nacional en la ciudad de Manizales, le inmovilizaron el vehículo, argumentando que el automotor presentaba inconsistencias en la identificación del motor (sic), inobservando los funcionarios de Policía, que en la licencia de tránsito No. 9576520 - 012945, que fuera exhibida por el actor en el procedimiento policial, claramente indicaba como "ULTIMO TRAMITE" precisamente el cambio de motor; manifestación y evidencia que no tuvo eco en el procedimiento policial, dando como resultado la inmovilización del automotor, el cual fue llevado al parqueadero denominado "La 30", ubicado en la calle 30 No. 25-29.

antes propiedad del señor EFRAÍN BECERRA GARZÓN.

3. Explica que, debido a las actividades de comerciante del demandante, no le fue posible acudir oportunamente a los organismos de tránsito correspondientes, a fin de allegar las certificaciones y demás documentos que confirmaran, aún más, la legítima propiedad y legalidad del vehículo, razón por la cual, el mismo permaneció en el parqueadero "**La 30**", donde fue llevado desde su retención.
4. Que posteriormente en el mes de Junio del mismo año 2011, se enteró a través de Noticias RCN, que los vehículos, incluido el suyo, que se encontraban inmovilizados y retenidos en el parqueadero denominado "**La 30**" habían sido sustraídos y/o hurtados del citado establecimiento de comercio, los cuales se encontraban allí por autorización de la Alcaldía Municipal de Manizales, para efecto de inmovilización y custodia de los vehículos en desarrollo de actividades desplegadas por los miembros de la Policía Nacional.
5. Señala, que una vez se enteró de la noticia del hurto del vehículo, se dirige a la ciudad de Manizales constatando que el de su propiedad también fue sustraído, procediendo a instaurar la correspondiente denuncia, ante la Fiscalía General de la Nación en esta ciudad, la cual quedó radicada bajo el número: **17001600025620090143**.
6. Sostiene, que los establecimientos de comercio como en el caso de los parqueaderos, en donde quedan inmovilizados los vehículos, deben contar con la plena aprobación de los estamentos administrativos como lo es, entre otros, las Alcaldías Municipales, directamente o por intermedio de las secretarías Municipales de Tránsito y Transporte de cada ciudad o Municipio, asistiéndole en consecuencia responsabilidad solidaria e indirecta al municipio, pues es la entidad que debe velar porque las autorizaciones que expidan los funcionarios de la administración, cuenten con todo el respaldo, credibilidad y cumplimiento constitucional y legal suficiente y previos a la expedición de cualquier tipo de legitimación y/o legitimidad para desarrollar tan importante actividad de custodia de bienes de considerable valor económico y moral.

Que en igual sentido le asiste responsabilidad indirecta de doble connotación a la Policía Nacional, pues fueron posiblemente sus funcionarios quienes realizaron la inmovilización irregular del vehículo de propiedad del actor, igualmente es la entidad que cuenta con personal calificado y capacitado en inteligencia y contrainteligencia, así como de policía judicial y de tránsito para evitar que se materialicen este tipo de hurtos, teniendo en cuenta que fueron según las informaciones, un gran número de vehículos los hurtados del parqueadero "**La 30**", no existiendo justificación, que varios vehículos sean hurtados de los parqueaderos autorizados, produciendo su desplazamiento por las calles de la ciudad de Manizales y posiblemente del Departamento de Caldas, sin que dicha y magna

situación haya sido advertida y contrarrestada por el mismo personal de la Policía Nacional.

7. Insiste, que como consecuencia del hurto del vehículo, son varios y graves los perjuicios que la víctima se encuentra padeciendo, debido a las irregularidades y el mismo desdén en cuanto a la custodia y pérdida del automotor se refiere, pues hasta la fecha los perjuicios causados no han sido resarcidos, por lo que se solicita la declaratoria de responsabilidad y condenas invocadas en la demanda fin de que por los demandados se proceda al pago de todos los perjuicios irrogados en la persona de Carlos Alberto Londoño Piedrahita - demandante -, pues no cabe duda que a la parte pasiva de esta demanda les asiste responsabilidad directa e indirecta en la inmovilización, perdida y hurto del vehículo automotor de propiedad de mi representado; vehículo que hasta la fecha de presentación de demanda, se desconoce el paradero.
8. Que como se puede observar, en el presente caso se da lo que se puede denominar como una exacerbación de la teoría de las cargas públicas, bajo el entendido que si bien y en principio, las autoridades de tránsito pudiesen haber tenido el fundamento para proceder a la inmovilización del automotor, por alguna presunta irregularidad frente a la identificación y/o documentación representativa del mismo, ello no le imponía a Londoño Piedrahita, la obligación de que su vehículo una vez fuese dejado inmovilizado y en custodia de las autoridades de tránsito, debía ser sustraído del lugar y menos aún extraviado y/o hurtado sin que las mismas autoridades hubiesen hecho poco o nada para evitar tan grave situación, burlándose con ello uno de los principios considerados como de confianza legítima en las autoridades.
9. Resalta entonces, que en el presente asunto se genera una Responsabilidad Objetiva por el hecho inexorable que fueron abruptamente rotas las cargas públicas, en el caso del demandante, creándose una responsabilidad administrativa y patrimonial frente a los demandados, por la falta de vigilancia y custodia del vehículo.

### **2.3. Fundamentos jurídicos:**

Fundamentó su demanda en los artículos 2, 4, 5, 9, 11, 13, 25, 29, 53, 90 93 y 216 de la Constitución Política, artículos 140, 188, 189, 192 y 195 del CPACA.

### **2.4. Contestación de la demanda:**

#### **2.4.1. MUNICIPIO DE MANIZALES- CALDAS:**

Contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y manifestando sobre los hechos lo siguiente:

Sostuvo que no son ciertos los hechos de la demanda, lo cual fundamentó, en el contenido de los oficios UGT.0328-13 RAD 038060-13 de 26 de febrero de 2013, y el oficio UGT.2143-13 RAD. U56327-13, los cuales dan cuenta que ni el vehículo de placas NFJ-792 objeto de la audiencia prejudicial, ni el identificado con placas FFJ-792 relacionado en la demanda, fueron inmovilizados por el Municipio de Manizales, lo que se constituye un imposible jurídico, técnico y fáctico.

Propuso medios exceptivos los que denominó:

*“Ausencia de responsabilidad del estado por inexistencia del hecho.”*

*“Inepta demanda por falta de agotamiento de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.”*

*“Cumplimiento de mi mandante de sus funciones legales y constitucionales en relación con la actividad de grúas y patios.”*

*“Exagerada e indebida valoración de las pretensiones por inaplicación de las normas sobre juramento estimatorio en el procedimiento contencioso administrativo.”*

*“Prescripción del derecho y caducidad de la acción.”*

*“Excepción genérica.”*

#### **2.4.2. La Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional:**

Contestó en los siguientes términos:

Que la prueba aportada por la parte actora, cifrada en la promesa de compraventa de fecha 2 de mayo de 2008, no reúne los requisitos exigidos por la ley para que sea tenida como válida, ya que no está plenamente identificado el bien, con su número de placa, y tampoco se hizo alusión al precio de compra del vehículo, ni desde qué momento se puede presumir como dueño al señor Carlos Alberto Londoño Piedrahita, que además, el vehículo tampoco se puede calificar de clásico, por no tener el certificado que así lo demuestre.

Respecto a la suma que canceló por la compraventa del vehículo, sólo corresponde a la ficción del actor, pues no fue aportado documento alguno que permita inferir que en realidad se pagó ese precio por el automotor, y más aún sin haber sido aportada la tarjeta de propiedad del vehículo a nombre del actor, que demuestre el éxito de la transacción alegada. Además de lo anterior, el parqueadero "Los Eucaliptos" ubicado en la ruta 30, para el mes de febrero de 2011, no estaba habilitado por la Secretaría de Tránsito Municipal, para el parqueo y recepción de los vehículos inmovilizados por el ente policial, y demás autoridades del Municipio de Manizales.

Sostiene que al realizar las averiguaciones de la inmovilización del vehículo de placas NFJ-792, y del mismo modo de la tarjeta de propiedad no se encontraron antecedentes de su inmovilización. No siendo aceptable por parte de la entidad demandada que se endilgue dicho procedimiento, sin aportar el acto administrativo que así lo compruebe, como es el comparendo y el inventario con factura de recibo del parqueadero ruta 30, es decir el actor no acreditó la inmovilización del vehículo objeto de la presente reclamación, como tampoco la tenencia, posesión y tradición del bien que reclama.

Que el demandante sostiene que el vehículo fue inmovilizado, pero no aportó documento alguno que así lo demuestre, ni indica la fecha desde la cual fue inmovilizado, ni el nombre del policial encargado de dicha paralización, con todo para efectos de contar la caducidad de la acción.

Que la desaparición de los vehículos inmovilizados y dejados a disposición del parqueadero de la Ruta 30 o parqueadero "EUCALIPTUS", fue un hecho de público conocimiento para la ciudadanía de Manizales, no aceptando lo relacionado con la inmovilización del vehículo mencionado por el actor, en vista de no haberse aportado documento alguno que así lo acredite, aunado a que el parqueadero "Los Eucaliptos" ubicado en la ruta 30, para el mes de febrero de 2011, no estaba habilitado por la Secretaría de Tránsito Municipal, para el parqueo y recepción de los vehículos inmovilizados por el ente policial y demás autoridades.

Insiste, que el demandante no ha probado la propiedad del bien objeto de la presente reclamación, como tampoco se encuentra seguro cuál fue la entidad que procedió a la inmovilización del vehículo, pues al respecto anotó, que posiblemente realizaron la inmovilización, sin que se muestre seguro de dicha aseveración.

Propuso como excepción la que denominó *Inexistencia de nexos causal*, la cual sustenta en que ninguna de las entidades retuvo el vehículo señalado por el actor, menos aún se guardó en el Parqueadero "EUCALIPTUS" ubicado en la Ruta 30 de la ciudad de Manizales, pues el parqueadero no estaba en funcionamiento para el mes de la inmovilización del vehículo, además de que no fue aportado documento que demuestre dicha inmovilización.

#### **2.4.3. Efraín Becerra Garzón:**

Se pronunció frente a los hechos, indicando algunos como ciertos, que otros no le constan requiriendo prueba al respecto, y considerando otros como afirmaciones jurídicas o ser simplemente una pretensión. No propuso excepciones.

### **2.5. Contestación Llamadas en Garantía:**

#### **2.5.1. INFOTIC S.A.**

Respecto a la demanda se pronunció indicando que las pruebas

aportadas con la demanda, no dan claridad de la legitimación por activa que reviste al actor para ser beneficiario de la causa, en cuanto a la propiedad del vehículo se refiere, pues hacen referencia a una tarjeta de propiedad N° **012945** del vehículo NFJ **792**, y los hechos invocados por el actor, hacen referencia a un vehículo de placas **FFJ 792**.

Anota que el medio de prueba utilizado para corroborar la compra del vehículo, como es el contrato de compraventa, carece de los elementos esenciales del contrato.

Reitera lo manifestado por la Policía Nacional en su respuesta, en la cual manifestó expresa y enfáticamente que no acepta la inmovilización del vehículo por miembros de la Policía Nacional, como cierto, pues el demandante no aportó prueba de la inmovilización en los términos establecidos en el artículo 125 del Código de Tránsito. Adicionalmente, para la fecha posible de la ocurrencia de los hechos, de conformidad con las certificaciones aportadas en la respuesta de la demanda por parte del municipio, el único patio autorizado para efectos de cumplir con la inmovilización que tiene como obligación la Secretaria de Tránsito y que Administra INFOTIC, en razón al convenio específico 001 del Convenio Marco, suscrito entre el Municipio de Manizales e INFOTIC, es el denominado la *CURVA DEL KUMIS* y no el parqueadero de "La 30" al que afirma, el demandante, fue llevado el vehículo.

Insiste, que cuando el actor afirma que se cumplió con el procedimiento de la conciliación prejudicial ante la Procuraduría, incurre en una impresión que podría derivar en la falta de cumplimiento de requisitos para la presentación de la demanda, pues la conciliación prejudicial se agotó frente a la reclamación del vehículo identificado con placas NFJ792 y en la demanda argumenta que el vehículo extraviado es el identificado con las placas FFJ 792.

Propuso las excepciones que denominó:

*"Inexistencia del hecho, falta de relación causal, ausencia de responsabilidad."*

*"Inepta demanda por falta de conciliación prejudicial"*

*"Falta de relación causal entre el hecho y el daño supuesto. Ausencia de responsabilidad del Municipio y del llamado en garantía."*

*"Prescripción del derecho y caducidad de la acción."*

*"Excepción Genérica"*

### **2.5.1. Compañía de Seguros La Previsora S.A.**

Frente a los hechos de la demanda señala:

Que la entidad desconoce absolutamente las actividades del demandante, así como sus transacciones y cualquier tipo de negocio comercial o civil que celebre. En ese sentido, es obligación de la parte demandante acreditar estas afirmaciones de manera fehaciente.

Que de acuerdo a la documental arrojada al proceso por el Municipio de Manizales, los vehículos de placas NFJ-792 (según la audiencia prejudicial), ni FFJ-792 (según la demanda) no fueron inmovilizados en el Municipio de Manizales.

Manifiesta desconocer las ocupaciones del demandante, y más aún si las mismas le impidieron realizar los supuestos trámites para recuperar el vehículo, que según manifiesta, fue inmovilizado. De lo que si da cuenta este hecho, en caso de ser cierto, es de que el demandante no hizo los trámites necesarios para obtener la devolución de su vehículo, mismo que según él, era usado para su trabajo (transporte de elementos) y exhibición en ferias de distintas ciudades, y por cuya pérdida solicita indemnización de perjuicios de orden moral. En ese sentido, es altamente dudoso, que siendo un vehículo "necesario para el trabajo" como lo quiere hacer ver el actor, y que dadas las pretensiones de la demanda, tenía un valor moral para el señor Londoño, éste lo dejara durante varios meses "abandonado" en un parqueadero, máxime si según él, tenía todos los documentos y soportes que le hubieren permitido su pronta entrega, en caso de estar en regla.

Indica desconocer cuándo y cómo se enteró el señor Londoño del hurto de los vehículos, así como cuál fue su reacción y los pasos a seguir. Reiterando lo manifestado en cuanto a que ninguno de los vehículos a los que se hizo referencia, fueron inmovilizados por la Secretaría de Tránsito de Manizales. De igual manera aclara, que de acuerdo con resultados de la información consultada en el Registro Único Nacional de Tránsito -RUNT-, el señor Carlos Alberto no es y nunca ha sido propietario de los vehículos en comento.

Señala, atenerse a todos los argumentos expuestos por el Municipio de Manizales en su contestación, en torno al contrato celebrado con INFOTIC e implementado desde diciembre del año 2.010 respecto de la inmovilización y custodia de vehículos.

Resalta en este punto, que de acuerdo a lo señalado por el demandante en los hechos 5 y 6 del libelo introductorio, este da cuenta de su descuido y negligencia para tramitar la devolución del vehículo materia de proceso.

Que si bien es cierto en cuanto se llevó a cabo una audiencia de conciliación, NO ES CIERTO que se hubiere agotado en debida forma, pues la diligencia se desarrolló en torno a un vehículo que no es el mismo respecto del cual se inició proceso, motivo por el cual no se puede considerar agotada la etapa conciliatoria en este caso.

Propuso como excepciones las siguientes:

*“Falta de competencia del juez administrativo por no agotamiento o agotamiento indebido del requisito de procedibilidad: la conciliación extrajudicial como factor de competencia.”*

*“Falta de legitimación en la causa por activa.”*

*“Falta de legitimación en la causa por pasiva.”*

*“Inexistencia de falla del servicio en el caso concreto.”*

Y como excepciones subsidiarias:

*“Improcedencia de indemnización por perjuicios extrapatrimoniales.”*

*“Ausencia de prueba de los daños materiales.”*

*“Coadyuvancia.”*

*“La Innominada.”*

Frente al llamamiento adujo:

Dado que la vinculación que se hizo a la entidad se dio a partir de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1002723, vigente entre el 1 de enero de 2011 al 1 de enero de 2012, solicita, que cualquier relación entre el llamante y el llamado se resuelva conforme dicha relación contractual, a la que le son aplicables las condiciones generales RCP-016-2, la cual se allega con la repuesta de la demanda.

Y propuso como excepciones frente a este, las siguientes:

*“Sujeción a las condiciones particulares y generales del contrato de seguro suscrito.”*

*“Sublímite y deducible.”*

*“Reducción del valor asegurado”:*

*“La Innominada”*

## **2.6. Alegatos de Conclusión:**

### **2.6.1. Parte demandante:**

No hizo uso de esta etapa procesal.

### **2.6.2. Parte demandada- Municipio de Manizales:**

Señala que, en el presente asunto, la parte actora no cumplió con su deber procesal de probar, ni los perjuicios, ni su tasación, ni siquiera está probada la existencia de los hechos, pues no fue aportado al proceso prueba ni siquiera indicio de la supuesta inmovilización del vehículo en cuestión.

Refiere que al ser de cargo de INFOTIC SA la actividad de patios y grúas, no existe TITULO DE IMPUTACION en contra del MUNICIPIO DE MANIZALES.

Indica que al analizar cada uno de los presupuestos procesales, queda claro que no le asiste ninguna responsabilidad, toda vez, que no fue ninguno de sus agentes los que con su acción u omisión realizaran las actividades que generaron el supuesto hecho dañoso, agregando, que el actuar del Municipio de Manizales, se encuentra conforme a sus competencias legales, sin que en ningún momento pueda decirse que el citado Municipio fue omisivo en su actuar, quedando, por tanto, desvirtuado este elemento, propio e indispensable para que pueda imputarse o endilgarse alguna responsabilidad del ente estatal.

#### **2.6.2. Parte demandada- Nación – Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional:**

Aduce que el hoy actor no acreditó la calidad de propietario ni poseedor del vehículo por el cual reclama indemnización, que no se encuentra probada la inmovilización del vehículo objeto de debate, pues solo en el 2006 fue inmovilizado y entregado con orden de salida No.546023-106 del 23 de octubre de 2006, al Señor Serafín Beltrán con. c.c. 10.287.765.

Que para el mes de febrero de 2011 el Municipio de Manizales tenía vigente el CONVENIO ESPECIFICO No.001 AL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO MARCO DE COOPERACION EN TECNOLOGÍA, INFORMACION y COMUNICACIONES CON INFOTIC S.A., cuyo objeto es "Implementar una Solución en tecnología, información y comunicaciones TIC que incorpore la operación necesaria para la actividad de grúas y patios, el traslado y depósito temporal de los vehículos involucrados en violación a las normas y accidentes de tránsito que dan lugar a la inmovilización de los mismos;. conforme con lo indicado en la propuesta presentada y en el estudio previo". El convenio en mención fue suscrito el 23 de septiembre de 2010 y se inició el 28 de diciembre de 2010, por lo que a partir de esa fecha, todos los Vehículos involucrados en infracciones accidentes de tránsito por los cuales procede la inmovilización, sólo podían y pueden ser llevados al parqueadero autorizado por este Organismo de Tránsito, el cual corresponde a aquel destinado para tales efectos por parte del contratante, mismo que queda ubicado en la vía panamericana de esta ciudad, sitio conocido como la "curva del kumis", que una vez verificada la información en la base de datos de la unidad, "sistema SIEVI, solicitud de vehículos por Orden Judicial, QX contravenciones", no existe ningún antecedente o dato de vehículo en mención, y en averiguaciones con la Ingeniera Marleny Cardona Gallego, Secretaria de Tránsito y Transporte de Manizales(E), encargada del caso del parqueadero "Ruta30", manifestó no figurar ese vehículo en el listado de los hurtados de ese lugar, lo que denota entonces una falsedad en las manifestaciones del Demandante, que para el mes de febrero del año 2011, no se encontró proceso de inmovilización del vehículo NFJ-792, ni por infracciones ni por accidentes de tránsito..

Menciona que resulta pertinente señalar que para el caso en concreto no solo basta con enunciar de manera retórica la ocurrencia de unos hechos según los cuales se ocasionó un daño antijurídico a un ciudadano, sino que a quien plantea tales circunstancias de tiempo, modo y lugar, debió probar,

sin lugar a dudas sus afirmaciones, a través de cualquiera de los medios probatorios establecidos para ello, carga con la cual no se ha cumplido.

### **2.6.3. Parte Demandada- Efraín Becerra Garzón:**

No presentó alegatos.

### **2.6.4. Alegatos Llamada en garantía- Infotíc S.A.:**

Manifiesta que no está probado la existencia del hecho planteado en la demanda, y cuando menos está probada la inexistencia de responsabilidad de los codemandados, especialmente INFOTIC S.A., toda vez que como se indicó en la contestación del llamamiento en garantía, la custodia de los vehículos que se encontraban en el lote denominado ruta 30, no fue responsabilidad de INFOTIC S.A., pues a partir de la suscripción del acuerdo 001 del convenio marco, el patio oficial del convenio de tránsito fue la denominada curva del kumis, de igual manera es claro como se desprende del citado acuerdo 001, Infotíc no recibió vehículos inmovilizados con anterioridad a la fecha de suscripción del acta de inicio del contrato, esto es, el mes de noviembre de 2010.

Indica que es palmaria la ausencia de material probatorio que nos lleve a concluir que existió el hecho dañino, un daño moral, un lucro cesante y el daño emergente pretendido, máxime cuando quien alega la existencia del daño está en la obligación de probarlo, no en balde se exige, a título de requisito indispensable para el surgimiento de una obligación resarcitoria, la certeza de la existencia de daño, y en éste caso no se probó siquiera la existencia del hecho, de allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, pues el resarcimiento del perjuicio, no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado., quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración.

### **2.6.5. Alegatos Llamada en garantía- La Previsora S.A. Compañía de Seguros:**

Sostiene que se concluye a partir de las pruebas obrantes, que los hechos narrados en la demanda no existieron o por lo menos no fueron probados por la parte demandante, y, al contrario, los oficios emitidos por los diversos

entes públicos y privados, prueban que efectivamente el vehículo no fue inmovilizado. Además, debemos recordar que la carga de la prueba la tiene la parte demandante, que no aportó ni una prueba que lleve al despacho a la convicción de que el vehículo fue inmovilizado, y trasladado a un parqueadero autorizado por los entes encargados, no siendo endilgable la responsabilidad administrativa, extracontractual y patrimonial a los codemandados y en especial al MUNICIPIO DE MANIZALES.

Indica que es palmaria la ausencia de material probatorio que nos lleve a concluir que existe un daño moral, un lucro cesante y respecto al daño emergente, los documentos obrantes no suman lo pretendido.

Respecto de la póliza, aduce que es necesario indicar que, así como se explicó en la contestación al llamamiento en garantía, en el evento de una condena y , el amparo que tendría que ser afectado es el denominado "Bienes bajo cuidado, tenencia y control" ello en razón a los hechos de la demanda, que refieren el hurto del vehículo de placas NFJ 792 en el parqueadero LA 30, después de haber sido inmovilizado por la Policía Nacional a raíz de una infracción de tránsito, por lo tanto para este amparo hay un sublímite establecido contractualmente, es decir, una limitación al valor asegurado global, el cual se pactó en la suma de CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$5.000.000).A

Refiere que, aunado a lo anterior, también se pactó un deducible correspondiente al 10% sobre el valor de la pérdida, mínimo 2 SMMLV, el cual tiene aplicación el que resulte más alto. Por lo tanto, la responsabilidad de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS no podrá superar la suma para el año 2021 de TRES MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$3.182.948), y que en caso de una eventual condena en contra del MUNICIPIO DE MANIZALES y de llegar a entender el despacho que sí existe obligación indemnizatoria a cargo de la Compañía, el pago procederá únicamente por la vía del reembolso, que se deberá efectuar al asegurado dentro del plazo que para tal efecto se fije en la sentencia; pero siempre con las limitaciones que han sido descritas a lo largo de este escrito, es decir, sublímite, deducible y claro está, la disponibilidad de la suma asegurada.

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. El fondo del Asunto:**

Se encuentra el Despacho frente a una controversia jurídica en la que se ha planteado por la parte actora, la responsabilidad que le asiste a las entidades y al particular demandados, por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la pérdida del vehículo de placas NFJ, que se encontraba inmovilizado bajo custodia de los organismos de tránsito en el Parqueadero La 30 de la ciudad de Manizales.

### **3.2. Problemas Jurídicos:**

¿Son administrativamente responsables el MUNICIPIO DE MANIZALES, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL– POLICÍA NACIONAL y extracontractualmente responsable el Señor EFRAÍN BECERRA GARZÓN de los presuntos perjuicios causados al señor CARLOS ALBERTO LONDOÑO PIEDRAHITA, con ocasión de la pérdida del vehículo de placas NFJ- 792, el cual se encontraba inmovilizado en el parqueadero “La 30” del Municipio de Manizales?

¿En caso de que haya responsabilidad endilgable al MUNICIPIO DE MANIZALES, la sociedad INFOTIC S.A, llamada en garantía deberá responder por los perjuicios ocasionados al demandante, en virtud del convenio específico No 001, INTERADMINISTRATIVO MARCO DE COOPERACIÓN EN TECNOLOGÍA Y COMUNICACIONES ENTRE EL MUNICIPIO DE MANIZALES E INFOTIC S.A.?

¿De declararse responsabilidad frente al MUNICIPIO DE MANIZALES, la aseguradora llamada en garantía deberá responder por los perjuicios ocasionados en consideración a la póliza de responsabilidad suscrita con la citada institución?

### **3.3. Argumento Central:**

#### **3.3.1. Las excepciones propuestas:**

En la audiencia inicial se resolvieron las excepciones de *falta de legitimación en la causa por activa, falta de legitimación en la causa por pasiva, ineptitud de la demanda por falta de agotamiento de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, prescripción del derecho y caducidad de la acción.*

Respecto de las demás excepciones, por encontrarse subsumidas en la resolución del fondo del asunto, serán resueltas en conjunto con este.

#### **3.3.2. Del régimen de responsabilidad aplicable:**

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Verificada la ocurrencia de un daño, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el

fin de hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que *“permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”*<sup>1</sup>

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación existe analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y, b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: 1) atribución conforme a un deber jurídico que opera conforme a los distintos títulos de imputación, consolidados en el precedente del H. Consejo de Estado así: falla o falta en la prestación del servicio – simple, presunta y probada -; **daño especial – desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-**; riesgo excepcional, y 2); adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En el presente caso, de conformidad con los hechos de la demanda y del título de imputación definido en la misma como daño especial, procede el Despacho a establecer las características de este régimen de imputación objetivo, las cuales fueron analizadas en providencia del Consejo de Estado<sup>2</sup>:

<sup>1</sup>Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz, tres (3) de diciembre de dos mil catorce (2014), rad. 25000-23-26-000-2001-02341-01(28370).

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., tres de mayo de dos mil siete (2007). Radicación número: 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696).

“(…)

Como se anotó, la justicia material se concreta en los casos de daño especial en el objetivo de reequilibrar la asunción de cargas públicas, en virtud a que el perjuicio sufrido presenta características de excepcional y anormal. En otras palabras, es un perjuicio que, desde la perspectiva del principio de igualdad frente a las cargas públicas, resulta considerablemente superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón del ejercicio de los poderes de actuación con que cuenta la administración. En este sentido, respecto de las calidades del perjuicio sufrido, se estableció por el Consejo de Estado desde los primeros años de implementación de esta teoría

“El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo: los inconvenientes normales de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propiedades vecinas. **El daño debe ser, por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado.**”<sup>3</sup> -negrilla fuera de texto-

Esta anormalidad y especialidad del perjuicio es, precisamente, la que conlleva a un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas<sup>4</sup>. Sin embargo, no debe entenderse dicho principio como el anhelo de lograr una equiparación matemática entre los administrados frente a la actividad administrativa; el contenido que el mismo involucra es, evidentemente, el mantenimiento de un relativo balance en esta materia. En consecuencia, es posible

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P. Pedro Gómez Parra, septiembre 30 de 1949.

<sup>4</sup> En este sentido ha expresado esta corporación: “todo perjuicio anormal, que por su naturaleza e importancia exceda las molestias y los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad, debe ser considerado como una violación de la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, y por consiguiente debe ser reparado”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P.: Guillermo González Charry, abril 21 de 1966.

considerar como legítimas las imposiciones que puedan ser ubicadas dentro de los parámetros que, de acuerdo con la jurisprudencia, acepta el principio de igualdad ante las cargas públicas; y, en este mismo sentido, el Estado deberá responder cuando quiera que una actividad administrativa haya ocasionado un grado de perjuicio que exceda el ámbito de molestia que debe ser soportado.

La igualdad, y como se antepuso, su manifestación en el equilibrio ante las cargas públicas, aparece como el bien jurídico a restituir en estos casos, fruto directo de postulados equitativos a los que repugna, como lo expresan el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los eventos de extrema desigualdad en la repartición de las cargas públicas.

Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es reforzada en su razón de ser por la solidaridad, valor que debe animar el actuar del Estado colombiano, no sólo por su calidad de Social -y por ende redistributivo-, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el art. 1º a la solidaridad como uno de los valores fundantes del Estado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Al respecto ha consagrado:

“Los actos dañinos derivados del uso de la fuerza legítima, son indemnizados bajo dos fundamentos, a saber, uno el de la solidaridad nacional según el cual el Estado Social de Derecho debe asumir las cargas generales que incumben a su misión, tal el evento de lesiones personales o daños materiales infringidos con el objeto de reprimir una revuelta, o por causa de esta. Otro, el deber de asumir los riesgos inherentes a los medios empleados particularmente en sus actividades peligrosas o riesgosas.”<sup>5</sup>

En armonía con lo manifestado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha entendido que la solidaridad dentro del Estado Social de Derecho es simplemente un medio para dar aplicación real a uno de los valores fundacionales del Estado moderno: la justicia material, principio sobre el cual la Corte Constitucional refirió:

“El principio de justicia material o verdaderamente eficaz se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el

---

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, rad. 8490, 27 de enero de 2000, C.p. Jesús María Carrillo Ballesteros.

*contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales.*

*“Dicho principio es de obligatoria observancia en las actuaciones administrativas, pues la función de aplicar el derecho en un caso concreto no es misión exclusiva del Juez, sino también de la administración cuando define situaciones jurídicas o actúa sus pretensiones frente a un particular en desarrollo de las competencias y prerrogativas que le son propias.”<sup>6</sup>*

*De este extracto jurisprudencial se derivan dos ideas que resultan capitales al desarrollo argumentativo del presente caso y que reafirman las razones expuestas: la idea de que la justicia material busca la aplicación efectiva de principios y valores constitucionales; y, que es la misión del juez, entre otros, velar por su efectiva materialización.*

*En resumen, la teoría del daño especial reúne una buena muestra de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto.*

*Se denota claramente la gran riqueza sustancial que involucra la teoría del daño especial y, como no, lo esencial que resulta a un sistema de justicia que, como el de un Estado Social de Derecho, debe buscar mediante el ejercicio de su función la efectiva realización de los valores y principios esenciales al mismo.*

---

<sup>6</sup> Sentencia T-429 de 1994 M.p. Antonio Barrera Carbonell

Así las cosas, para que se pueda determinar que en un caso específico la administración es responsable de un daño antijurídico a título de daño especial, deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración.
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona.
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas.
- d) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado.

### **3.3.3. La solución para el caso concreto:**

Ahora bien, para efectos de adelantar el juicio de imputación fáctica y jurídica, se debe establecer como primera medida, la existencia inequívoca del daño.

#### **3.3.3.1. La existencia del Daño**

Sustenta la parte demandante su petitorio en el presunto daño que le fuera causado con ocasión de la pérdida del vehículo de placas NFJ-792 del Parqueadero La 30, en hechos que fueron de público conocimiento en el mes de junio de 2011, y en donde fueron sustraídos un sinnúmero de vehículos, de dicho establecimiento.

En ese sentido, el hurto del vehículo constituye el hecho dañoso a partir del cual el accionante pretende que se edifique la responsabilidad extracontractual del Estado bajo el régimen de imputación denominado daño especial y, como consecuencia de ello, la liquidación de unos perjuicios que le fueron ocasionados.

En ese sentido, deberá verificar el Despacho a partir del material probatorio obrante en el plenario i) la propiedad o tenencia del vehículo por parte del demandante, ii) la inmovilización de la cual fue objeto por parte de la Policía Nacional y iii) la permanencia en el Parqueadero para la fecha en que se presentó el hurto de varios vehículos.

#### ***i) la propiedad o tenencia del vehículo por parte del demandante:***

Respecto de la propiedad del vehículo, no se evidencia en el plenario documento alguno en el que se pueda corroborar que el accionante es el propietario del vehículo de placas NFJ-792, pues no aparece registro en los organismos competentes que den cuenta de tal situación, pues lo único que se aporta como prueba del título traslativo de dominio a favor del

accionante es un contrato de compraventa del 08 de mayo de 2008 (fl. 20 C. 1 del expediente digitalizado), el cual al parecer se aportó incompleto pues no se observa la placa del vehículo, su valor, la forma de pago, como tampoco se encuentran las firmas de quienes suscriben el acuerdo de voluntades.

No obstante lo anterior, y tal como se dilucidó en la audiencia inicial al momento de resolver la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, no es indispensable que el actor demuestre la propiedad sobre el vehículo, pues puede concurrir al proceso en calidad de damnificado, esto es, que la pérdida del automotor le ocasione perjuicios por algún otro tipo de relación jurídica que se haya establecido con el bien mueble y que lo afecte de manera directa en caso de afectación o pérdida de la cosa.

En ese sentido, se puede corroborar que como mínimo hasta el 09 de junio de 2009, el accionante tuvo una relación directa con el vehículo en mención, es decir, ejercía la tenencia material sobre el mismo, pues fue para esa fecha que realizó una denuncia frente a la Fiscalía Trece Seccional respecto de la pérdida de varios elementos de la camioneta, valga decir, un desvalijamiento de la misma.

En ese sentido, pese a que no se prueba la propiedad sobre el mencionado vehículo, si se prueba la tenencia material, además de los actos de señor y dueño que ejercía sobre la misma, aspecto en el que se ahondara más adelante.

**ii) la inmovilización de la cual fue objeto el vehículo por parte de la Policía Nacional:**

Resulta ser este tema uno de los más confusos en el desarrollo del proceso, pues el accionante asegura que la camioneta le fue inmovilizada para el mes de febrero del año 2011 en el Parqueadero La 30, y que por estar ocupado en sus actividades no pudo acudir a los organismos de tránsito para resolver tal situación, lo que finalmente culminó con el hurto del vehículo en este parqueadero en el mes de junio del mismo año.

Como primera medida es importante establecer que el CONVENIO ESPECIFICO No. 001 AL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO MARCO DE COOPERACION EN TECNOLOGÍA, INFORMACION y COMUNICACIONES CON INFOTIC S.A., tenía como objeto: "Implementar una solución en tecnología, información y comunicaciones TIC que incorpore la operación necesaria para la actividad de grúas y patios, el traslado y depósito temporal de los vehículos involucrados en violación a las normas y accidentes de tránsito que dan lugar a la inmovilización de los mismos, conforme con lo indicado en la propuesta presentada y en el estudio previo" (fls. 19-25 C. 2).

Este convenio fue suscrito el 23 de septiembre de 2010 y se inició el 28 de diciembre de 2010 (fls. 26-27 C. 2), por lo que, a partir de esa fecha, todos los vehículos involucrados en infracciones o accidentes de tránsito, por los cuales procede la inmovilización, sólo podían ser llevados al parqueadero

autorizado por el Organismo de Tránsito, esto es, el ubicado en la vía panamericana de esta ciudad, sitio conocido como la "curva del kumis".

Así también el Oficio No. OO1680/SETRA-UNMUN 29 del 30 de noviembre de 2013, suscrito por el Intendente Jorge Omar Flórez Goyes, el cual menciona:

*En atención a la solicitud presentada por usted ante la seccional de Tránsito y Transporte de Caldas, mediante la cual solicita le sean remitidos todo lo actuado por la inmovilización del vehículo tipo camioneta de placas FFJ 792, de propiedad del señor Carlos Alberto Londoño Piedrahita, a quien en el mes de febrero del año 2011, miembros adscritos a la Policía de Tránsito en la Ciudad de Manizales, lo inmovilizaron y lo pusieron a disposición del parqueadero la 30"*

*Permítame comunicarle que consultado el sistema QX contravenciones de tránsito, el cual constituye el software que utiliza la Secretaría de Tránsito de Manizales, para radicar y registrar los comparendos y las respectivas órdenes de inmovilización de los vehículos, solo presenta una inmovilización el día 23 de octubre del año 2006, el cual fue entregado mediante orden de salida Nro. 546023-106 del 23 de octubre de 2006, al señor Serafín Beltrán con c.c. 10.287.765.*

*Así mismo, se verificó en la base de datos del Comando del Departamento de Policía Caldas, "sistema SIEVI", y no existe ningún antecedente o dato del vehículo en mención.*

Lo cual puede corroborarse con los listados entregados por el Representante Legal de Grúas Palmetto, establecimiento conocido como Parqueadero La 30, al Secretario de Tránsito de Manizales, donde se reportan los vehículos que tenía en su poder a la culminación del contrato verbal que sostenían y que culminó el 28 de diciembre de 2010 (fls. 122-132 C. 2).

En ese sentido, no resulta verosímil que para el mes de febrero del año 2011 la camioneta en mención hubiese sido llevada al Parqueadero La 30, menos aun cuando no se cuenta con un sustento documental o cuando menos una prueba testimonial que así lo ratifique.

Ahora bien, tal como se desprende de la prueba documental que obra en el expediente, el vehículo referido, había sido inmovilizado, al parecer, desde el año 2009, situación que se originó en una serie de eventos que fueron compilados por el Investigador de Campo en la investigación que adelantó la Fiscalía Trece Local por denuncia realizada por el señor Carlos Alberto Londoño la cual quedó radicada bajo el número 1700160002562009014, y que finalizó con el archivo de las diligencias por atipicidad de la conducta.

La referencia, es del siguiente tenor:

Con el fin de tener una idea más clara del desarrollo de los hechos y con base en la información suministrada en el programa metodológico y en la brindada en la denuncia por el denunciante, para el día 24/06/2012. A las 9:34 horas, en las instalaciones de la Fiscalía Uri, se le tomó entrevista formal al señor CARLOS ALBERTO LONDOÑO PIEDRAHÍTA, (...) En apartes de este se establece que, en el año 2009, a principios de diciembre, dejó una camioneta en un taller de propiedad del señor Abad Gómez Barbosa, allí la pintaron y le hicieron una transformación total. Infiere que había dejado la camioneta a cargo del señor Abad, donde le dijo que iba a recogerla en el mes de junio, cuando fue a recogerla encontró el vehículo totalmente desvalijado; él llamó a la patrulla del Cai Liborio y constataron todo lo que se le había perdido a la camioneta. El denunciante dejó la camioneta allí y colocó el respectivo denuncia.

La camioneta en mención corresponde a una Chevrolet modelo 1994 (sic), color verde, de placas NFJ 792 de Palmira, la misma que estaba avaluada en quince millones de pesos (\$15.000.000), con todo lo que la víctima le había metido. Infiere además en la entrevista, que la camioneta a la hora de comprarla, estaba regular, que él le compró todo como fue rines, sillas y espejos y además tiene facturas de todos estos repuestos que le compró.

(...)

Al preguntarle a la víctima, qué argumentos le dio el señor Abad sobre los hechos que se investigan, respondió que él no sabía nada, que él no le respondía por nada. En estos momentos no sabe dónde está la camioneta, él se vino y la dejó allá, (...).

Siguiendo con las labores de campo, para el día 27/07/2010 a las 10:00 horas, (...) momento en el cual se le tomó entrevista escrita al señor ODON ABAD GÓMEZ BARBOSA (...), en esta se establece con relación al vehículo que había dejado el denunciante en su propiedad, donde manifestó que el taller no era de él, que nunca ha tenido taller, nunca ha tenido negocios con el denunciante, que simplemente él tenía un local que lo tuvo arrendado para parqueadero y cuando solicitó que le entregaran el local, por incumplimiento en el pago, se lo entregaron desocupado. Infiere el clérigo, además, que este local se lo había arrendado para parqueadero a Fabio Arley, quien es un hermano suyo; él lo subarrendó al señor José Milciades Hoyos, sin su consentimiento, el mismo que colocó un taller en el local y se vino a vivir allí sin permiso. Debido a que no pagaba arriendo y de acuerdo a las quejas de los vecinos por ser taller, solicitó el local, y como no se lo quería entregar, el señor Milciades fue hasta la inspección de Villapilar, donde arreglaron por las buenas. Para el día 15 de agosto del año 2008, Fabio Arley le dio un dinero al señor José Milciades, para que terminara el contrato y después de esto le entregaron el local desocupado como lo había exigido.

Al preguntarle al sacerdote Odon, si él sabía que los vehículos en mención fueron llevados al local para reparación, manifestó no saber. De la misma manera infiere que al señor Carlos Alberto Londoño, lo distingue muy poco, solo de saludo, que lo veía cuando iba al sector, pero que no había tenido negocios con él. Así mismo al preguntarle al entrevistado, si tenía conocimiento de que los vehículos aludidos, hayan quedado parqueados en el local y encargados a alguien para su cuidado, manifestó, que él había arrendado el local para parqueadero, que lo demás no tiene conocimiento, que sabe que cuando le entregaron el local, tránsito vino y se llevó una camioneta vieja que había ahí, que el carro lo entregó Fabio Arley.

Es de anotar que el señor Odon Abad, no tiene conocimiento de que los vehículos los hayan desvalijado, sabe que éste vehículo lo sacaron a la calle y vino tránsito por él. (...)

Para el día 12/08/2010 (...) se le tomó entrevista escrita al señor LUIS FERNANDO VELÁSQUEZ CARDONA (...). En este el entrevistado adujo con relación a los hechos que se investigan, que el señor Carlos lo contrató para que le pintara la camioneta, puesto que él es pintor, la pintó y le arregló la carrocería, le organizó la tapicería, cojinería, la cual quedó muy buena. A los días fue a verla y estaba totalmente desvalijada. El señor Abad había quedado a cargo de la camioneta, y cuando el señor Carlos se fue para Ibagué. El señor Abad la sacó para la calle. Agrega al mismo tiempo que el señor Abad le dijo al señor Carlos que dejara la camioneta mientras él venía y el señor Carlos le dijo que él le pagaba el tiempo que él estuviera en el local. Que todo esto le consta porque él estaba presente. Al preguntarle al entrevistado si sabía quién pudo ser la persona que desvalijó el vehículo en mención, manifestó que estaba seguro que había sido el señor Fabio, quien es el hermano del señor Abad, puesto que él estaba a cargo del local y era la persona que tenía las llaves del mismo, y esta persona anteriormente, le había desvalijado una camioneta. El señor Luis Fernando manifestó de igual forma que se enteró que la camioneta se la llevaron para los patios y la llegó a ver a la entrada de la antigua terminal.

(...)

Con la finalidad de saber el sitio donde se encontraba la camioneta y la motocicleta de la referencia, para el día 12/08/2010, se realizó desplazamiento hasta el sector de la ruta 30, lugar donde llevan todos los vehículos que han sido inmovilizados por parte de las autoridades de tránsito. Allí se tomó contacto con el señor Andrés Felipe Gómez Ávila, quien era el encargado del parqueadero para la época, en averiguaciones por los vehículos del señor Carlos Alberto, se logró confirmar que en el lugar había una camioneta con similares características a las del señor Carlos, dicho vehículo era un

modelo antiguo, color verde, la misma se encontraba totalmente desvalijada, sin cojinería y sin placas. Al preguntarle al señor Andrés Felipe el lugar donde se había recogido dicho vehículo, manifestó que lo habían inmovilizado en la antigua terminal de transporte por abandono en vía pública. Infiere, además, que este vehículo fue trasladado primeramente hasta el sector de La Uribe, sitio donde anteriormente llevaban los vehículos inmovilizados, que esta camioneta entró al parqueadero de la ruta 30 hacía un mes no más, y allí no se cuenta con más información sobre este vehículo, al igual que la motocicleta, la misma que no se encontró en el lugar.

Siguiendo con la investigación y en labores de campo, para el día 08/07/2011 a las 15:00 horas, se realiza desplazamiento hasta la calle 20 No. 14-13 taller de razón social "la casa del regrabe", antes llantas la mona, donde se tomó contacto con el señor BERNARDO ARBOLEDA PÉREZ (...). En averiguaciones hechas al mencionado, si había conocido la camioneta referenciada, adujo que el señor Carlos para esa época, le compró cuatro llantas y cuatro rines de lujo por un valor de tres millones ochocientos mil pesos (\$3.800.000). señala de igual forma que este automóvil lo logró ver empezando el año de 2009 en un taller subiendo hacia el Barrio de Chipre, y estaba en buen estado.

Finalmente, y en labores de vecindario, en el sector donde se encontraba la camioneta, se hizo desplazamiento hasta la calle 18 No 13-20 Barrio campo hermoso, donde se tomó contacto con el señor AUGUSTO MOLINA GONZÁLEZ (...), propietario del almacén de repuestos su desvare. Referente a la camioneta de la víctima, manifestó que este vehículo lo llegó a ver en la esquina del sector, y cuando se dio cuenta fue que tránsito vino y se lo llevó, aduce no saber más al respecto.

Misma forma se abordó al señor William Morales Herrera (...), persona que es un trabajador del anterior almacén de repuestos. En entrevista no formal en lo atinente, adujo que la camioneta él si la conoció, que se enteró que el cura de enseguida, dio la orden de sacar este carro para la calle, al parecer porque no le pagaban, que le debían como dos millones de pesos en arriendo. Agrega, además, que este vehículo duró mucho tiempo en el local, y cuando lo sacaron quedó en la esquina a la entrada de la antigua terminal de transporte (parte de atrás). Al igual, de este carro, quedaba solo el mero "coco", por eso se lo llevó tránsito en una "cama baja".

Se evidencia de lo anterior que el señor Londoño Piedrahita había llevado su camioneta desde diciembre del año 2008 para que le realizaran varios arreglos a un taller en el sector de Chipre, sin embargo, por situaciones que no vienen al caso mencionar, la misma fue sacada a la calle en el sector de la antigua terminal y posteriormente recogida por los organismos de tránsito por abandono en vía pública, momento para el cual, según el dicho de las personas que rindieron declaración ante esa dependencia, ya se

encontraba totalmente desvalijada, versión que es corroborada por quien para esa época se encargaba del Parqueadero La 30, quien aseveró que el vehículo había llegado de otro parqueadero y se encontraba desvalijado, al preguntarle el investigador de la Fiscalía por una camioneta de "similares características" a la reseñada por el señor Carlos Alberto en su denuncia, pero que no pudo identificar plenamente porque no tenía la placa.

Y respecto de las partes que el accionante había adquirido para el arreglo de la camioneta, las cuales, a su juicio, aumentaron los perjuicios que se le ocasionaron, pues ello incrementó el valor del automóvil, fueron aportadas con el escrito de demanda tres facturas correspondientes a llantas, rines, sillas y electricidad, fechadas el 06 de febrero de 2009, el 15 de abril de 2009 y el 16 de mayo de 2009, lo que indican es que todo ello ya se había perdido para el 05 de junio de 2009, fecha para la cual el accionante denunció ante la Fiscalía que el vehículo había sido desvalijado.

En ese sentido, encuentra esta juzgadora que la inmovilización en el mes de febrero de 2011, a la cual hacen referencia el accionante y su apoderado, no existió, pues lo que sucedió fue que se recogió una carrocería que se encontraba abandonada en la vía pública, probablemente a finales del año 2009, la cual ni siquiera contaba con placa, por lo que evidencia el Despacho que precisamente por ello no existe ningún registro en los organismos de tránsito.

Como tampoco hubo una denuncia por hurto del vehículo, como se asevera en la demanda, pues el radicado que señala el accionante corresponde al año 2009, lo cual corrobora la Fiscalía General de la Nación, al manifestar en el Oficio No. 20480 -0842 del 19 de julio de 2018 suscrito por la Directora Seccional de la Fiscalía General de la Nación de Caldas (fl. 6 C. 7 expediente digitalizado):

*(...) Al respecto le comunico que una vez consultado el sistema misional SPOA de la Fiscalía General de la Nación de Caldas, únicamente se encontró el proceso con radicado NUNC: 170016000256200901739, donde la Fiscalía Trece Local de Manizales, investigó el presunto hurto calificado de varios elementos de los vehículos automotores de placas NFJ- 792 y HJG-43, donde fungió como denunciante y víctima el señor CARLOS ALBERTO LONDOÑO PIEDRAHÍTA, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 79.208.674; caso el cual fue archivado el día 22 de julio del año 2013, por atipicidad de la conducta.*

Así las cosas, es evidente que el accionante con sus manifestaciones confusas, imprecisas y en ocasiones falsas, lo que busca es hacer incurrir en error a la administración de justicia, haciéndole creer que su vehículo fue inmovilizado en el mes de febrero de 2011, que se encontraba en perfectas condiciones y que fue hurtado del Parqueadero La 30 en el mes de junio de 2011, y pretendiendo que se edifique una responsabilidad administrativa a partir de estos argumentos falaces.

**iii) la permanencia del vehículo en el Parqueadero La 30 para la fecha en que se presentó el hurto**

Si el vehículo se encontraba o no en el Parqueadero La 30 para el momento del hurto masivo en junio de 2011, es algo que el accionante no pudo probar, pues si bien existen algunas referencias que constituyen meras probabilidades de que se encontraba allí, lo cierto es que no existe ningún registro del mismo en los archivos oficiales, ni se aportaron pruebas que puedan ratificar el dicho del accionante, por lo que no se puede afirmar de manera categórica que el vehículo, o lo que quedaba de él, fue hurtado del Parqueadero La 30.

De esta manera, se constata a partir de la prueba recaudada en el proceso que, el hecho dañoso alegado por el accionante, no se encuentra acreditado.

Con relación a la necesidad de probar el daño ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>7</sup>:

*Ahora, el daño es el primer elemento de la responsabilidad, como quiera que su existencia es requisito indispensable para que surja la obligación de reparar; así, corresponde al juez constatar ante todo que hay un daño, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada.*

*Sobre el particular, resulta por demás dicente y claro el siguiente aparte doctrinal:*

*“El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería, sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad “HENAO, Juan Carlos: “El Daño”, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 37.*

*En el mismo sentido, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil dispone que corresponde a la parte demandante probar los supuestos de hecho sobre los cuales fundamenta su pretensión de reparación, para lo cual, como ya se indicó, en primer lugar, habrá de demostrarse la existencia del daño y su carácter de antijurídico.*

---

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUB SECCIÓN A Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá D.C. veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02127-01(30212)R

Así también, ha dicho esta Alta Corporación<sup>8</sup>:

*Como se aprecia, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada.*

*En este orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica, dado que sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico.*

*Es así como, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.*

Al respecto, cabe advertir que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, les incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, en este caso le correspondía al demandante demostrar el daño alegado en la demanda, para demostrar la afectación material y moral que alegó en la demanda, se trata de una carga procesal que le correspondía a la parte demandante.

Así las cosas, dado que no se probó el elemento fundante de la responsabilidad extracontractual del Estado, esto es, la existencia del daño, el Despacho considera innecesario estudiar los elementos restantes del juicio de imputación frente a un daño que no fue probado, razón por la cual se negaran las pretensiones de la demanda y se declararan probadas las excepciones de "Ausencia de responsabilidad del estado por inexistencia del hecho." interpuesta por el Municipio de Manizales e "Inexistencia del hecho, falta de relación causal, ausencia de responsabilidad." propuesta por INFOTIC S.A.

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012). Expediente: 05001232500019942279 01

### 3.4. Condena en costas:

El artículo 188 del CPACA, con la reforma introducida por la Ley 2080 de 2021, sobre la condena en costas regula lo siguiente:

**“ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.** *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

*<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”.*

En este asunto, el Juzgado considera que dada la conclusión a la que se llegó para negar las pretensiones de la demanda, esto es, que no se demostró ni siquiera el daño alegado y en consecuencia la afectación material y moral que se planteó en la demanda, se configura la situación prevista en el inciso adicionado al art. 188 del CPACA, esto es, que hubo una carencia de fundamento legal para haber presentado la demanda en la forma como fue instaurada, lo que lleva a condenar en costas a la parte demandante y a favor de la parte demandada, por lo menos en lo que corresponde a las agencias en derecho, en la medida en que está acreditado que las entidades demandadas, acudieron a este proceso a través de apoderados judiciales.

Por lo expuesto el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## 4. FALLA

**PRIMERO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones de “Ausencia de responsabilidad del estado por inexistencia del hecho” interpuesta por el Municipio de Manizales e “Inexistencia del hecho, falta de relación causal, ausencia de responsabilidad.” propuesta por INFOTIC S.A.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de **REPARACIÓN DIRECTA** instaura el señor **CARLOS ALBERTO LONDOÑO PIEDRAHÍTA** en contra del **MUNICIPIO DE MANIZALES-CALDAS, LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL** y el señor **EFRAÍN BECERRA GARZÓN**.

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandante en favor del **MUNICIPIO DE MANIZALES-CALDAS** y **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL** liquidación que se hará conforme a las normas del C.G. del P., de la forma antes referida.

**CUARTO:** En firme esta providencia, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Firmado Por:

**Maria Isabel Grisales Gomez**  
**Juez Circuito**  
**Juzgado Administrativo**  
**004**  
**Manizales - Caldas**

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

Código de verificación: **5a3686d8d61861d79e1c6c1dbe743556cf754105f7eba05d8a1ba1ec4341b417**

Documento generado en 03/06/2022 03:47:58 PM

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

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

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021)

<b>CLASE DE PROCESO:</b>	<b>Repetición</b>
<b>RADICADO:</b>	<b>17001-33-33-004-2016-00227-00</b>
<b>DEMANDATE:</b>	<b>EMPOCALDAS</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>Guillermo Giraldo García</b>
<b>Sentencia</b>	<b>081</b>

#### 1. ASUNTO

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, dentro de la acción de Repetición interpuesta por EMPOCALDAS en contra del señor GUILLERMO GIRALDO GARCÍA, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 181 del CPACA.

#### 2. ANTECEDENTES

##### 2.1. PRETENSIONES

1. Que se declare responsable a GUILLERMO GIRALDO GARCIA de los perjuicios ocasionados a la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CALDAS S.A.E.S.P. "EMPOCALDAS S.A.E.S.P", condenada administrativamente por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión el 19 de diciembre del año 2.013, al omitir las actividades de interventoría en la ejecución del contrato N. 0135 de 20 de diciembre de 2.005.
2. Que se condene a GUILLERMO GIRALDO GARCIA a cancelar la suma de CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL VEINTISIETE PESOS (\$144.165.027) a favor de la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CALDAS S.A.E.S.P. EMPOCALDAS:
3. Que se condene a GUILLERMO GIRALDO GARCIA a cancelar intereses comerciales a favor de la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CALDAS S.A. E.S.P EMPOCALDAS desde la ejecutoria de la providencia que ponga fin a este proceso.
4. Que se ajuste la condena tomando como base el IPC.

##### 2.2. SUPUESTOS FÁCTICOS

La demanda se fundamentó en los siguientes hechos:

- Que la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas, con domicilio en la localidad de La Dorada, Caldas, suscribió el contrato de obra civil No. 00135 firmado el 20 de diciembre de 2005, con la Ingeniera Gladys Stella Pineda Agudelo, con el objeto de realizar los trabajos de reposición de redes de alcantarillado en el sector de la carrera 4 entre calles 15 y 16, el cual se debía desarrollar en el plazo de 60 días, a partir de la firma del acta de inicio de obra.
- Explica que dentro de la obra civil a ejecutar la contratista se comprometió a realizar barreras de protección de accidentes, el apuntalamiento y la construcción de entibados verticales, tipo 2, sistema empleado para sostener las paredes de las zanjas en las excavaciones de terrenos inestables o aguas, que tiene por objeto evitar el hundimiento y desplome de Paredes laterales, los cuales fueron contemplados en el estudio de conveniencia y oportunidad realizado el 18 de octubre de 2005, por EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
- Señala que entre las cláusulas del contrato se estableció, que EMPOCALDAS, se comprometía a vigilar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones asumidas por el contratista, a través del interventor, que para el caso fue el auxiliar de Ingeniería del Departamento de Planeación y Proyectos de la entidad, GUILLERMO GIRALDO.
- Aduce igualmente, que en la jornada laboral del 26 de enero de 2006, entre la 1:30 y 2:00 de la tarde los señores: JUAN PABLO GÓMEZ FRANCO y ROBINSON ZARATE ARREDONDO, quienes fueron contratados para el desarrollo de la obra por la Ingeniera Luz Stella, se encontraban laborando en el interior de una brecha a una profundidad de 5 metros aproximadamente, cuando intempestivamente las paredes que eran sostenidas por los tablonces de madera del entibado, se derrumbaron, en el hecho se produjo la muerte del señor Zarate Arredondo, al ser sepultado totalmente, quedando aprisionado de la cintura hacia abajo, el señor Gómez Franco.
- Con ocasión del hecho anterior, el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión mediante fallo del 19 de diciembre de 2013, declaró la responsabilidad de EMPOCALDAS S.A. E.S.P y de la contratista LUZ STELLA PINEDA AGUDELO, con sustento en la falla presentada en el entibado elaborado para la protección de la obra. Fallo que, en segunda instancia, del 15 de mayo de 2015, fue modificado en lo concerniente al reconocimiento de perjuicios morales y materiales a favor de las señoras LUZ ADRIANA MAHECHA ROJAS y MARÍA SARAHY LOAIZA,
- Que posteriormente, por solicitud de la parte demandante se realizó la corrección aritmética del fallo de segunda instancia, mediante auto del 14 de octubre de 2015, en cuanto a las condenas reconocidas a los grupos familiares y que corresponde sólo a la liquidación de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y futuro consolidado para Manuela Gómez Mahecha y Adrián Yesid Zarate Loaiza, quedando la

condena en un total de \$576.660.108,00, correspondiendo a EMPOCALDAS el pago del 50% de la misma, esto es, \$288.330.054,00.

- Cancelándose la suma correspondiente por EMPOCALDAS el 18 de febrero de 2016, tal como consta en el certificado del 12 de julio de 2016. Advierte que, mediante Acta del Comité de Conciliación de la entidad del 10 de marzo de 2016, se recomendó iniciar demanda de acción de repetición en contra del señor GUILLERMO GIRALDO.

### 3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La parte demandante considera transgredidos con la conducta del funcionario demandado en repetición los artículos 2, 6 y 207 de la Constitución Política. La demanda de repetición es procedente en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la Ley 678 de 2001 y la Ley 1437.

Inicia diciendo que la Ley 678 de 2011 en sus artículos 2 y 6 regula la acción de repetición. Igualmente, que el CPACA considera la repetición como uno de los doce tipos de medios de control que consagra dicho estatuto y lo define en el artículo 142.

Hace un recuento de los elementos que ha indicado el Consejo de Estado para que proceda la acción de repetición:

- La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del dolo causado a un tercero, la cual hubiere generado una condena o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
- La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
- El pago realizado por parte de la Administración; y la calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa.

Advierte que primer elemento se configura dado que el señor GUILLERMO GIRALDO GARCÍA, es un trabajador oficial, vinculado a la empresa EMPOCALDAS S.A. E.S.P., desde el año 1987, y para la fecha de los hechos se desempeñaba en el cargo de Auxiliar de Ingeniería.

Agrega que el señor GIRALDO fue designado interventor del contrato 00135 firmado el 20 de diciembre de 2005, suscrito con la ingeniera Gladys Stella Pineda Agudelo, siendo el objeto general del mismo el desarrollo de los trabajos de obras civiles de reposición de redes de alcantarillado en el sector de la carrera 4 entre calles 15 y 16.

Aduce que el señor GIRALDO acepta su labor de interventor como se observa en los documentos atinentes al contrato tales como Acta de Inicio de Obra del 22 de diciembre de 2005, informe del siniestro ocurrido el 27 de enero de 2006, las modificaciones al contrato de los días 1 y 20 de febrero de 2006.

De tal forma que el interventor tenía dentro de sus funciones velar por el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del contratista y además era el representante de los intereses de la empresa para la debida y cumplida ejecución del objeto contractual, por lo cual, todas las actuaciones realizadas respecto del contrato giraban en torno del señor Giraldo, por las labores asignadas al mismo, incluyendo dentro de las mismas los errores, falencias y fallas presentadas.

Indicó el fallo de segunda instancia, al manifestar que “.. *se considera acertada la decisión adoptada por la Juez A quo, referida a la declaración de la responsabilidad EMPOCALDAS S.A. E.S.P., a cargo de la cual se encontraba la guarda de la obra desarrollada por el contratista, pues se demostró que omitió sus deberes legales y contractuales, transgrediendo uno de los fines esenciales de la contratación estatal....., aunado a la cláusula cuarta del Contrato No. 000135, en la cual se pactó que el interventor velaría por el cumplimiento de todos y cada una de las obligaciones a cargo del contratista*”.

Concluye diciendo que de esta forma se encuentra probada que la conducta que determinó el daño antijurídico respecto de la muerte de los trabajadores vinculados con el contrato de obra por el cual se condenó a EMPOCALDAS, se concretó en las fallas del señor Giraldo, en su calidad de interventor del contrato y por lo tanto es clara que su conducta omisiva es la determinante en el desarrollo del daño causado a los señores ROBINSON ZARATE ARREDONDO y JUAN PABLO GOMEZ FRANCO y sus vinculados.

Respecto al segundo elemento relacionado con la existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública, está acreditado con las sentencias condenatorias del 19 de diciembre del año 2013 del Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Manizales, notificada el 16 de enero de 2014, y en segunda instancia por la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que revocó únicamente lo concerniente al reconocimiento de perjuicios morales a favor de las señoras Luz Adriana Mahecha Rojas y Maria Sarahy Loaiza, como también negó los perjuicios materiales para ambas, confirmando en todas sus partes lo demás. Además de la providencia de corrección expedida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 14/10/2015 que corresponde a la liquidación de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y futuro consolidado para Manuela Gómez Mahecha y Adrián Yesid Zarate Loaiza. Todas las providencias debidamente ejecutoriadas y aportadas como prueba al presente proceso.

Finalmente, frente al último requisito que es el pago realizado por parte de la administración, se dice que el valor de \$288.330.054,00 condena correspondiente a EMPOCALDAS S.A. E.S.P. fue pagado a todos los afectados el día 18 de febrero de 2016, como consta en el certificado del 12 de julio de los corrientes, mediante las órdenes de pago así:

Orden de Pago No	BENEFICIARIO	VALOR
001-196	MARIA SARAY LOAIZA	\$ 90.478.943,00
001-197	SIXTA TULIA ARREDONDO VINASCO	\$ 16.108.750,00
001-198	LUIS CARLOS SARATE OSPINA	\$ 22.552.250,00
001-199	MARTHA PATRICIA ZARATE JARAMILLO	\$ 6.443.500,00
001-200	EDWIN ANIBAL GOMEZ FRANCO	\$ 6.443.499,00
001-201	LUZ ADRIANA MAHECHA ROJAS	\$ 94.755.110,00
001-202	NORALBA FRANCO GOMEZ	\$ 16.108.751,00
001-203	JOSE ANIBAL GOMEZ CARDEÑO	\$ 16.108.751,00
001-204	SANDRA MILENA ZARATE ARREDONDO	\$ 6.443.500,00
001-205	MARIA JOHANA ZARATE ARREDONDO	\$ 6.443.500,00
001-206	JHON ALEXANDER ZARATE ARREDONDO	\$ 6.443.500,00
TOTAL		\$ 288.330.054,00

EMPOCALDAS considera que la conducta del agente fue dolosa o gravemente culposa, porque dada su calidad de interventor, designado por parte de la empresa respecto del desarrollo de la obra y como tal era el funcionario que representaba los intereses de la misma y debía velar por el correcto desarrollo del contrato. La entidad apoya tal argumento en la sentencia de segunda instancia cuando señala que:

**"la actuación de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., es reprochable desde todo punto de vista, más aun cuando sus omisiones concurrieron a que se causara el daño, dichas omisiones también se deprecian de sus funcionarios como quiera que tenían la obligación de enseñar y proveer a la contratista de los planos del terreno objeto de la obra que se iba a intervenir, pues es claro que el peso del agua del tubo de acueducto contribuyó de manera eficiente en la producción del daño y que tal como lo esbozó el ingeniero residente de la obra, si hubiesen tenido conocimiento de que el tubo transitaba tan cerca a la obra, lo idóneo hubiera cerrar el flujo de agua.**

**Censurable entonces es la conducta asumida por los funcionarios de la entidad que omitieron avisar a la ingeniera contratista de la existencia del tubo así mismo, su defensa está basada en que el entibado quedó mal construido y recordemos que según las obligaciones estipuladas dentro del contrato de obra suscrito, estaba verificar que se cumplieran con todas las especificaciones técnicas, y como se logró probar, al fallar el entibado, falló la supervisión pues el funcionario encargado, se fue como lo asumió en su declaración se retiró cuando el mismo iba en la mitad de la construcción.**  
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Contempla que del texto anterior se desprenden tres elementos o actuaciones que determinaron que la empresa fuera sancionada dentro de la actuación judicial, los cuales son en todo achacables a la conducta descuidada por parte del señor Giraldo García, siendo las mismas las siguientes:

- **Fallas en sus deberes de información como interventor respecto de la contratista:** La sustenta en el deber que tenía de velar por el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del contratista y dentro de esta función se encuentra el otorgamiento de la debida información para el desarrollo del contrato y la verificación del conocimiento del contratista sobre la misma y su correcta aplicación, situación que no se presentó. El anterior argumento apoyado en la sentencia de segunda instancia en el siguiente extracto:

*"En ampliación y adición del dictamen pericial decretado como prueba de oficio en el sub iúdice, se señaló que no era posible determinar si los estudios de diseño y entibado fueron entregados a la contratista previo a la celebración y ejecución del contrato de obra, como quiera que no se apreció dentro del expediente correspondencia cruzada entre el contratante y el contratista donde se mencionara entrega y/o solicitud de dichos estudios, tampoco si le habían sido entregado a la misma el estudio geotécnico y tampoco era posible precisar si los planos contentivos de las redes existentes de acueducto y alcantarillado dentro del área a intervenir".*

Considera que este tipo de comunicaciones parte de la órbita de la interventoría de la obra y por consiguiente responsabilidad del demandado.

De esta manera es claro que el actuar del señor Giraldo García, fue totalmente descuidado respecto de sus deberes como interventor de la obra, en materia de velar que el contratista tuviera pleno conocimiento de las particularidades de la obra a desarrollar, existiendo una clara responsabilidad por un actuar negligente que permite la repetición sobre el mismo.

- **Fallas en el desarrollo del entibiado:** Lo sustente en dos aspectos:
  - Conocimiento de la existencia del tubo de acueducto y falta de toma de medidas correctivas a efectos de evitar su rompimiento: En este punto encuentran que, si bien no se encuentra probado dentro del expediente de la sentencia que la ruptura del tubo de acueducto fuera la causante del daño, es claro que la misma si afecto respecto de la celeridad en el desarrollo del mismo. Así pues, y en concordancia con el punto anterior, si la contratista no conocía de la existencia de la conducción de agua, el demandado, si tenía conocimiento de la misma y en virtud de su encargo como supervisor, debía de haber tomado las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de un daño, no solo por el riesgo existente, sobre la vida de los trabajadores, sino que igualmente para la protección de la infraestructura en cabeza de la empresa. Siendo claro que no tomo medidas necesarias para evitar la materialización de la contingencia, tales como el haber cerrado el flujo de agua en la zona.
  - El abandono de las obras mientras las mismas se estaban desarrollando: Donde tenemos que en desarrollo de su actividad de interventor, debía estar pendiente del desarrollo de la obra, sin embargo, el señor Giraldo de manera imperita e

irresponsable abandona el desarrollo de la misma, como el mismo lo reconoce cuando manifiesta dentro de su testimonio que "*Estuve en el sitio ese día en la mañana, en mi labor de inspector de Empocaldas de la obras, estuve hasta eso de las 10 de la mañana, de ahí me desplazé a mirar otra obra, a inspeccionar" otra obra al municipio de Victoria, cuando estaba en Victoria me notificaron de que (sic) había sucedido algo en la obra*", posteriormente señala que "*como menciono, no estaba en el momento del suceso en la obra*" e igualmente que "*según recuerdo, la obra estaba en sus inicios, solo estuve el día en que se iba a iniciar la obra y el día 26 llegué en las horas de la mañana y que pude constatar el estado del entibado que muestran las fotos*". Apoya el anterior argumento en el análisis que hizo el Tribunal:

"(...)

*Censurable entonces es la conducta asumida por los funcionarios de la entidad que omitieron avisar a la ingeniera contratista de la existencia del tubo, así mismo, su defensa está basada en que el entibado quedó mal construido y recordemos que según las obligaciones estipuladas dentro del contrato de obra suscrito, estaba verificar que se cumplieran con todas las especificaciones técnicas, y como se logró probar, al fallar el entibado, falló la supervisión pues el funcionario encargado se fue como lo asumió en su declaración se retiró cuando el mismo iba en la mitad de la construcción*",  
(Subrayado fuera de texto)

Concluye diciendo que reprochan la falta de diligencia del demandado, quedando claro que su irresponsabilidad generó el daño producido y esta falta de cuidado no es más que culpa grave en la atención a sus funciones para con la empresa.

#### 4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

##### 4.1. Guillermo Giraldo García:

En el escrito que obra entre los folios 375 a 395 del archivo 08C1Fls365A411.pdf del expediente digitalizado, el apoderado del señor Juan Guillermo Giraldo García, se opuso a la demanda en los siguientes términos: frente a los hechos indicó que unos no le constaban, que otros eran ciertos y otros no ciertos. Y en relación con las pretensiones se opuso a todas y cada una de ellas argumentando que el hecho de que el señor GUILLERMO se hubiese desempeñado como interventor del contrato 0135 de 2005 actuó con culpa grave en el desempeño de su cargo para el cual fue nombrado directamente por EMPOCALDAS.

Advierte que la entidad demandante debe demostrar que el aquí demandado actuó en el cumplimiento de sus funciones con dolo o culpa grave y para tal efecto es preciso hacer un análisis de las obligaciones del señor Giraldo García y precisar probatoriamente si respecto de las mismas, se presentó un incumplimiento grave, e igualmente, se requiere establecer si ese supuesto incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria; es decir,

con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas. Aunado a que si esto es como la afirma EMPOCALDAS, el señor GIRALDO GARCÍA debió haber sido llamado en garantía dentro del proceso de Reparación Directa tramitado en el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales. En consecuencia, solicita se desestimen las pretensiones de la demanda y en se condene en costas a la entidad demandante.

Formuló las excepciones que denominó:

- **"AUSENCIA DE PRUEBAS PARA DETERMINAR UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA POR PARTE DEL SEÑOR JUAN GUILLERMO GIRALDO GARCÍA"**: La sustentó así: En el proceso de responsabilidad no se logró determinar si la causa que originó la falla en la obra que se venía adelantando se dio por la ruptura del tubo que pasaba por el sector o por un mala práctica en la elaboración del entibamiento; sin embargo, se determinó que existió una responsabilidad tanto de la entidad contratante como de la contratista, pero no a causa de las labores de interventoría, por lo que hay que advertir que la prueba de culpa grave o del dolo corresponde aportarla a la parte demandante, en la medida en que la sola sentencia condenatoria en virtud de la cual se declara responsable al Estado no resulta suficiente para acreditar el carácter subjetivo de la repetición, puesto que, de lo contrario, se estaría cercenando el derecho de defensa del servidor público. Además, las pruebas practicadas dentro del proceso de responsabilidad del Estado y sobre las cuales se basó el fallo condenatorio, no pueden ser tenida en cuenta en este proceso para efectos de probar la culpa grave o el dolo del agente por cuanto en dicho proceso no hizo parte el señor Juan Guillermo Giraldo García, ni tampoco fue llamado en garantía, por lo que lo probado en dicho proceso no le es oponible, y en tanto no tuvo las oportunidades procesales de oponerse a las pruebas practicadas en dicho proceso. Frente al tema de pruebas hizo alusión una jurisprudencia del Consejo de Estado Sección Tercera, radicado 760012324000199703691-01 (19451) del 27-04-2011.
- **"CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DEL SEÑOR JUAN GUILLERMO GIRALDO GARCÍA, COMO SERVIDOR DE EMPOCALDAS S.A. E.S.P. CON OCASIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO NO. 000135 DE 2005"**: Advierte que dentro de la declaración rendida en el proceso de responsabilidad por parte del señor Guillermo Giraldo García se puede evidenciar que efectivamente cumplió con las funciones designadas por EMPOCALDAS, cuando refiere que estuvo dentro de la brecha, que tomó las fotos de la misma, mirando que cumpliera con las especificaciones tanto de la escalera como de las teleras; por lo que se puede concluir que efectivamente estuvo pendiente de la obra y del cumplimiento pleno de sus funciones como trabajador de la entidad demandante. Ahora bien, concluye el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales después de analizar el material probatorio que las especificaciones técnicas de la obra se establecieron por parte de la entidad contratante, esto es, EMPOCALDAS S.A. E.S.P., lo que implica que la forma en que se hacía la interventoría también lo definió la entidad demandante, que era de carácter itinerante como lo afirmó

el mismo Jefe de Planeación y Proyectos de EMPOCALDAS. Es preciso aclarar que cuando en la sentencia de primera instancia se habla de una irregularidad en el proceso de interventoría, no se refiere a la actuación poco diligente de mi representado, sino que hace referencia al proceso contractual desarrollado por EMPOCALDAS.

Agrega que refirió la sentencia que el actuar de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. había sido gravemente culposo y esto se da porque fue la misma entidad la que prestó el servicio en forma diferente a como debió hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que la regulan. Igualmente señala el H. Tribunal Administrativo de Caldas que era clave que la entidad demandante hubiese entregado a la Ingeniera contratista Gladys Stella, los planos de las redes de acueducto sobre el área que la misma iba a intervenir para la ejecución de la obra, más aún cuando era la dueña del tubo que presentó fallas. En ninguna parte de la providencia se hace alusión a que el interventor del contrato No. 135 de 2005 haya actuado con dolo o culpa grave, por el contrario, la responsabilidad se endilgó a la entidad demandante y a la contratista Gladys Stella Pineda por su omisión en advertir la existencia de un tubo que pasaba por el sector donde ocurrieron los hechos y por la no entrega y exigencia de los planos de dicha tubería.

- ***“Responsabilidad de EMPOCALDAS en el proceso contractual para la ejecución del Contrato No. 000135 del 2° de diciembre de 2005, por inobservancia del Reglamento de Contratación de la misma entidad, y del Reglamento de Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico RAS 2000”***: Hace ver que existe un reglamento y una regulación específica para la designación de los interventores cuando se trata de ejecutar obras en el sector de agua potable y saneamiento básico, indicando que debe ser un profesional en ingeniería civil o sanitaria, condiciones que no cumplía el señor Juan Guillermo al momento de la designación como interventor; sin embargo, por su condición de trabajador de la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas, no se podía negar a desempeñar unas funciones que le fueron asignadas por la misma entidad, pero como auxiliar de ingeniería, y así se estableció en el contrato 000135 del 20 de diciembre de 2005.

De las funciones que se le asignaron al señor Giraldo García, pese a las falencias en que incurrió EMPOCALDAS S.A. E.S.P. en el proceso de designación del interventor, las mismas se cumplieron a cabalidad y esto lo deja ver los informes que presentaba periódicamente, tanto es así que la misma acta de liquidación del contrato refleja dicho cumplimiento. Otra cosa, es que la entidad no haya efectuado una debida designación del interventor con las calidades exigidas por la normativa transcrita, por lo que tal inobservancia deviene en la responsabilidad que fue declarada en el proceso de reparación directa en el cual se declaró responsable a la entidad demandante y a la Ingeniera Gladys Stella Pineda Agudelo; sin que se comprobara algún tipo de conducta reprochable por parte del interventor.

#### **4.2. Traslado de excepciones:**

EMPOCALDAS se pronunció frente a las excepciones propuestas por el demandado.

- Frente a la primera excepción dice que no tiene razón el actor porque faltó al deber de supervisión de la obra, que se encuentra probada, conforme la sentencia judicial de segunda instancia, que la conducta que determinó el daño antijurídico respecto de la muerte de los trabajadores vinculados con el contrato de obra por el cual se condenó a mi representada, se concretó en las fallas del señor Giraldo, en su calidad de interventor del contrato y por lo tanto es clara que fue su conducta omisiva la determinante en el desarrollo del daño causado a los señores ROBINSON ZARA TE ARREDONDO y JUAN PABLO GÓMEZ FRANCO.

Agrega que el señor Guillermo ha aceptado que la interventoría fue itinerante, cuando de acuerdo al Reglamento Técnico de Agua Potable y Saneamiento (RAS 2000) (Resolución N° 1096 de 2000) vigente para la época de los hechos, debió ser permanente, y de acuerdo a los documentos que anexa el mismo señor Guillermo Giraldo, no tuvo interés de efectuar la inspección, seguimiento, vigilancia a la obra de manera continua, y con todos los parámetros que se exigen en dicho reglamento.

Hace ver que de acuerdo a las preceptivas establecidas en el reglamento, como viene ahora el señor Guillermo Giraldo García a escudarse en que no tenía la idoneidad para ejercer una interventoría de la naturaleza del contrato N°. 000135 de 2005, cuando lo conveniente hubiera sido al momento de su designación en calidad de tal, era rehusarse a la designación y no justificar ahora su falta al deber de cuidado en las labores encomendadas, omisión en el cumplimiento de sus funciones especialmente a las otorgadas mediante actuaciones contractuales, amparándose en el hecho a que no podía negarse por su condición de trabajador en la Empresa.

Los documentos que allega al proceso, relativos a designaciones como interventor de otros contratos de obra civil, resultan ser suficiente para demostrar que el señor Guillermo Giraldo García, venía actuando en calidad de interventor de obras civiles asociadas al objeto social que presta la Empresa y que en ninguna forma, momento y medio advirtió o comunicó a la Entidad sobre alguna dificultad en llevar a cabo dichas interventorías, concretamente para asumir la interventoría del contrato N°. 000135 de 2005.

Indica que de esta manera es claro que el actuar del señor Giraldo García, fue totalmente descuidado respecto de sus deberes como interventor de la obra, en materia de velar que el contratista tuviera pleno conocimiento de las particularidades de la obra a desarrollar, existiendo una clara responsabilidad por un actuar negligente que permite la repetición sobre el mismo.

Como se observa, dentro de la acción inicial (con la que se condena a la empresa que represento) se reprocha la falta de diligencia del demandado, quedando claro que su irresponsabilidad la cual generó el daño producido y esta falta de cuidado no es más que culpa grave en

la atención a sus funciones para con la empresa, pues no realizó la verificación completa del entibado zona urbana en la Dorada, que la Entidad que represento contrató para la ejecución de la obra en mención, como tampoco efectuó las previsiones en el sitio sobre cualquier circunstancia que pudiera afectar la ejecución normal de la obra, pues si lo hubiera realizado, seguramente se hubiera evitado.

- Referente a la segunda excepción se pronuncia sosteniendo que el señor Guillermo Giraldo García, no cumplió a cabalidad las labores inherentes a la interventoría, encomendada en virtud a la ejecución del Contrato N°. 000135 de 2.005. En tanto, si hubiera realizado una interventoría permanente a la ejecución del mismo, seguramente se hubiera evitado el suceso que generó la sentencia condenatoria a la Entidad.

Ahora no puede venir a justificar su actuar u omisión, en el hecho a que no tenía el perfil para ser designado como interventor en dicha obra, queriendo sacar provecho de su propio error, por cuanto no existe ninguna prueba donde se haya negado o rehusado aceptar dicha interventoría.

- Finalmente, con relación a la última excepción dice que el señor José Guillermo Giraldo García, fue la persona delegada o designada por EMPOCALDAS S.A. E.S.P. con el propósito de velar por el buen desarrollo de los trabajos, cuidando de los intereses de la Empresa y teniendo presente la calidad de los materiales utilizados y de las acciones ejecutadas por el personal de la contratista.

Que, conforme a su hoja de vida, y especialmente a su experiencia en materia de obras civiles asociadas a la construcción de redes de acueducto y alcantarillado, el señor Guillermo Giraldo García era la persona idónea con la experiencia mínima requerida por el RAS, para ser interventor de la ejecución del contrato referido.

De acuerdo a la formación académica que, para su designación como interventor en el contrato referido, tenía la de Tecnólogo en Obras Civiles según Acta de Grado del día 23 de julio de 1998, de la Universidad del Quindío, lo cual era suficiente para la Empresa que aquel realizara de la manera adecuada y correcta las actividades de un interventor.

### **4.3. Alegatos de conclusión:**

#### **4.3.1. Parte demandante EMPOCALDAS:**

Sus alegatos se concretan en determinar que, con elementos probatorios, se puede verificar la responsabilidad al señor JOSÉ GUILLERMO GIRALDO GARCÍA, a título de culpa grave, con ocasión de las sumas canceladas por EMPOCALDAS S.A, E.S.P.

Reitera los requisitos que el Honorable Consejo de Estado<sup>1</sup>, ha sostenido en diferentes providencias, para la procedencia de la acción de repetición, la cual nuevamente trae a colación y considera que, para el presente caso, se encuentran reunidos.

La entidad hace una explicación sobre los requisitos paralelamente junto con las pruebas aportadas al proceso relacionadas con la existencia de la condena judicial, el pago de la indemnización por parte de la entidad pública y la calidad de demandado como agente o exfuncionario del estado demandado, que le endilgan la responsabilidad al señor Guillermo Giraldo a título de culpa grave por su actuar negligente dentro del contrato de interventoría, sobre el cual aceptó su labor como interventor a través de su firma como se observa en la declaración de parte (C1A fl. 657), sino en los documentos atinentes al contrato presentados como prueba de la presente demanda, tales como:

- El Acta de Inicio Obras del día 22 de diciembre de 2005 (fl. 218)
- El informe del siniestro ocurrido del día 27 de enero de 2006(fl. 211),
- Las modificaciones del contrato de los días 1 y 20 de febrero de 2006. (fls. 360,363)
- Acta de Recibo N°. 1 del 1° de febrero de 2006 (fls. 194 a 195)
- Acta de Recibo N°. 2 del 21 de marzo de 2006 (fls. 228 a 229)
- Acta de Liquidación final del 21 de marzo de 2006 (fls. 227)
- Certificación de Guillermo Giraldo García, como Interventor en la que certifica sobre el cumplimiento de normas de seguridad, por parte de la contratista Gladys Estella Pineda Agudelo.
- INFORME DE INTERVENTORIA No.1 Y FINAL DEL CONTRATO No 0000135/05 OBRAS CIVILES REPOSICION ALCANTARILLADO DE AGUAS RESIDUALES CARRERA 4 ENTRE CALLES 14 Y 15 MUNICIPIO DE LA DORADA, suscrito por Guillermo Giraldo.
- Certificación expedida por Guillermo Giraldo García, expedida el 20 de abril de 2006, mediante la cual certifica que la Ingeniera Gladys Estella Pineda Agudelo, realizó los aportes correspondientes a seguridad social integral, salud, pensión, riesgos profesionales, IBF, FIC, SENA durante la ejecución del Contrato No. 0000135/05 Manizales.

**Respecto a la culpa grave indica que** está probado que el señor Giraldo García, en su calidad de interventor tenía como función principal velar "por el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del contratista" y además era el representante de "los intereses de la empresa para la debida y cumplida ejecución del objeto contractual" por lo cual, todas las actuaciones realizadas respecto del contrato giraban en torno del señor Giraldo, por las labores asignadas al mismo, incluyendo dentro de las mismas los errores, falencias y fallas presentadas.

Además, conforme la sentencia judicial citada, que la conducta que determino el daño antijurídico respecto de la muerte de los trabajadores vinculados con el contrato de obra por el cual se condenó a EMPOCALDAS, se concretó en las fallas del señor Giraldo García, en su calidad de interventor del contrato y por lo tanto es clara que fue su conducta omisiva.

<sup>1</sup> CE Sección Tercera, Sentencia 1100103260002009000700 (36310), Feb. 24/16)

En lo tocante a que **esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico**, reitera que quedó probado dentro del plenario los tres elementos o actuaciones que determinaron que la empresa fuera sancionada dentro de la actuación judicial, los cuales son en todo achacables a la conducta descuidada por parte del señor Giraldo García, siendo las mismas las siguientes:

- Fallas en sus deberes de información como interventor respecto de la contratista.
- Fallas en el desarrollo del entibado: A este respecto hablan sobre dos aspectos claros: Conocimiento de la existencia del tubo de acueducto y falta de toma de medidas correctivas a efectos de evitar su rompimiento. Si la contratista no conocía de la existencia de la conducción de agua, la Empresa si tenía conocimiento de la misma y en virtud de su encargo como supervisor, debía de haber tomado las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de un daño, no solo por el riesgo existente, sobre la vida de los trabajadores, sino que igualmente para la protección de la infraestructura en cabeza de la empresa. Como se observa, dentro de la acción inicial (con la que se condena a la empresa) se reprocha la falta de diligencia del demandado, quedando claro que su irresponsabilidad genero el daño producido y esta falta de cuidado no es más que culpa grave en la atención a sus funciones para con la empresa.

Para corroborar tal argumento realiza un recuento del interrogatorio de parte realizado al señor Guillermo García que confirma los hechos del presente medio de control, particularmente en el que confiera la precaria atención y desinterés que tuvo en la inspección y verificación de las especificaciones técnicas de la obra.

Considera que no puede ser de recibo, la aseveración que realiza la parte demandada, que en ningún momento se demuestra su responsabilidad en los hechos que dieron origen a la condena a Empocaldas S.A.E.S.P, en razón a que existe una abierta contradicción en lo expuesto en su declaración (interrogatorio), en el sentido que el entibado como estructura para realizar la excavación que se requería para proteger los deslizamiento de las paredes del terreno no excavado, no fue construido con las especificaciones técnicas y/o de acuerdo al diseño que había ordenado Empocaldas para ser tenido en cuenta en la obra, cuando el mismo reseña en su declaración que cuando el día de la ocurrencia de los hechos, apenas comenzaban la construcción de dicha estructura. De ninguna manera son conclusiones personales, son conclusiones que tienen idéntica relación con lo expuesto por el deponte en su interrogatorio, y en las pruebas documentales arrimadas al proceso, especialmente los fallos de primera y segunda instancia, y que de acuerdo a lo sucedido, se desprende que el entibado que estaban construyendo falló, porque no tenía el debido seguimiento y control, en la observancia de las especificaciones o términos del entibado, que se debió haber construido desde un principio.

Solicita se tengan en cuenta la respuesta a las excepciones propuestas por el señor José Guillermo García.

#### 4.3.2. Parte demandada GUILLERMO GIRALDO GARCÍA:

Inicia diciendo en los alegatos que pretende la entidad endilgar responsabilidad al actor, con el argumento, de que existió una culpa grave por parte de éste, hecho que no probó, en el proceso genuino que dio origen al de repetición, pues en el mismo, fueron claros tanto el Aquo, como el Aquem, que existió culpa por parte de la entidad contratante, y éste fue por el hecho de no haber cumplido a cabalidad con la obligación de designar un interventor con las formalidades y requisitos que se exigían para esta clase de procesos, pues a pesar de que el señor GIRALDO fue designado, en calidad de empleado que era y es de la empresa EMPOCALDAS, para ejercer dichas funciones, este fue claro y categórico en afirmar que él no podía ejercer las funciones de interventor, que él solo hacía la labor de inspección, pues sus conocimientos y preparación académica no se lo permitían y así quedó probado en el plenario, y así lo entendió el fallador, al decir:

*(.....)“Así las cosas, se observa una irregularidad en el proceso de interventoría del contrato de obra en desarrollo del cual se produjo el accidente que desencadenó en la muerte de los señores ZARATE ARREDONDO Y GÓMEZ FRANCO, puesto que si bien, del texto contractual se observa la designación que se hiciera con tal fin al señor Juan Guillermo Giraldo García, y tal designación se corrobora con los diferentes documentos a que se ha hecho mención y en los cuales figura el mencionado como interventor, el mismo, en la declaración rendida dentro del proceso, aseguró que no era el interventor del contrato y que le asistía imposibilidad para desempeñarse como tal por falta de requisitos académicos. Por lo expuesto en este sentido, es que encuentra el Despacho que por parte de la contratante no se cumplió a cabalidad conforme a la normativa aplicable, con el deber de supervisión que le asiste a toda entidad pública contratante.”(.....)*

Aclara que, cuando en la sentencia de primera instancia se habla de una irregularidad en el proceso de interventoría, no se refiere a la actuación poco diligente de mi representado, sino que hace referencia al proceso contractual desarrollado por EMPOCALDAS y así lo dejó ver la señora Jueza.

Si existió una culpa grave, ésta no se le puede endilgar al señor JUAN GUILLERMO GIRALDO, porque fue la entidad accionada, quien omitió su deber legal de darle cumplimiento a las exigencias legales de designar como interventor para la obra en mención a un INGENIERO CIVIL O INGENIERO DE AGUAS

Así mismo, hace ver, que en la certificación que adjunta la entidad como prueba, la jefe de Gestión Humana de Empocaldas, hace constar, que entre las principales funciones de GUILLERMO GIRALDO, están en la de Apoyar al Ingeniero de Zona en inspección es en la seccional, Realizar labores de Inspectoría y de apoyo al Ingeniero de Zona, véase pues como eran claras sus funciones, las cuales eran las de apoyar al

Ingeniero de Zona y realizar inspecciones de las obras y fue esa efectivamente la labor que desempeño en el contrato 00135 del 20 de diciembre de 2005 y no el de interventor como lo pretende hacer ver la accionante, el señor JUAN GUILLERMO GIRALDO, lo único que hizo fue cumplir las órdenes que le daban sus superiores.

Explica finalmente que está plenamente probado, que la labor que desempeñaba el demandante, era el de inspector de obra y no de interventor, tal como lo señalaban sus funciones y tal como lo refirieron en las sentencias de primera y segunda instancia, la falla se dio por la entidad al no tener un interventor con el lleno de los requisitos y de manera permanente en la obra, pues no puede la entidad trasladar a un empleado que recibía órdenes y quien era simple Auxiliar de Ingeniería, su falta de cuidado y diligencia, al momento de proceder a designar el interventor para el contrato 00135 de 2005, fue pues un incumplimiento por parte de la entidad accionante, al no obrar de conformidad con los reglamentos y exigencias para esta clase de obras.

Solicita sean denegadas todas las pretensiones de la demanda y se acceda a las excepciones propuestas.

#### **4.3.3. Concepto del MINISTERIO PÚBLICO:**

El agente del Ministerio Público no presentó alegatos de conclusión.

### **5. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. Fondo del Asunto:**

Se pretende en el presente caso que se condene y se declare responsable al Sr. GUILLERMO GIRALDO GARCÍA, en calidad de interventor, de los perjuicios ocasionados a EMPOCALDAS S.A. E.S.P. por haber sido condenada administrativamente por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión el 19 de diciembre del año 2.013, al omitir las actividades de interventoría en la ejecución del contrato N. 0135 de 20 de diciembre de 2.005. Por lo que deberá reembolsar la suma de CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL VEINTISIETE PESOS (\$144.165.027) a favor de la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CALDAS S.A.E.S.P. EMPOCALDAS.

#### **5.2. Problema Jurídico:**

*¿Cabe endilgar responsabilidad a título culpa grave al Sr. **GUILLERMO GIRALDO GARCÍA**, quien era auxiliar de Ingeniería del Departamento de Planeación y Proyectos de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., por omitir las actividades de interventoría en la ejecución del contrato No. 0135 del 20/12/2005, y por las cuales fue condenada la entidad al pago de unas sumas de dinero por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión, confirmada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo?*

#### **5.3. Argumento Central:**

### 5.3.1. Aspectos generales de la normativa del medio de control de Repetición:

El artículo 90 de la Constitución Política consagra una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado frente a sus víctimas y la responsabilidad personal y patrimonial de los agentes estatales, la cual se estructura a título de dolo o culpa grave cuando por su actuar es condenado a la reparación de daños, recayendo en éste la obligación de repetir contra sus agentes.

Preceptúa la norma lo siguiente:

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

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”*

En armonía con el derecho constitucional al debido proceso, la culpa grave o dolo en la conducta del agente público, se debe estudiar conforme a las normas vigentes a la fecha o época en que se presentaron las acciones u omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado, o se produjo la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño, lo cual se debe definir desde los siguientes aspectos:

a) Si los hechos o actos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001.

b) Si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001

De esta manera y en el presente asunto, teniendo en cuenta que los hechos que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR fue emitida con posterioridad a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si el pago realizado por dicha entidad en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales el 19 de diciembre de 2013, es imputable por dolo o culpa grave al Dr. GUILLERMO GIRALDO GARCÍA, son las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del funcionario público, disposición que en el artículo 2º, consagra:

**“ARTÍCULO 2º. ACCIÓN DE REPETICIÓN.** *La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.*

Este medio de control, como mecanismo judicial que la Constitución y la ley otorga al Estado, tiene como propósito el reintegro de los dineros que por los daños antijurídicos causados como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex servidor público e incluso del particular investido de una función pública, hayan debido salir del patrimonio estatal para el reconocimiento de una indemnización, de manera que la finalidad del mismo la constituye la protección del patrimonio estatal.

### **5.3.2. Elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones en este medio de control:**

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado cuáles son los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes. Dicha Corporación, ha indicado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta el medio de control de repetición. Así lo ha precisado<sup>2</sup>:

***“i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena***

*La calidad y la actuación u omisión de los agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y de su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado.*

***ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado.***

*La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto.*

***iii) El pago efectivo realizado por el Estado.***

*La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por una condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación.*

***iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.***

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C., C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 85001-23-31-001-2012-00279-01 (51082).

*La entidad demandante debe probar que la conducta del agente o ex agente del Estado fue dolosa o gravemente culposa conforme a las normas que para el momento de los hechos sean aplicables...”.*

De tal manera, se estudiará por el Despacho, el cumplimiento de cada uno de los requisitos enunciados, para la prosperidad de las pretensiones invocadas.

### **5.3.2.1. La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena:**

El Despacho lo tendrá por acreditado de acuerdo con las pruebas arrimadas al expediente, de las que se puede determinar que el demandado se desempeñaba en el cargo de AUXILIAR DE INGENIERÍA en la Seccional de la Dorada, Caldas de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. desde el 18 de agosto de 1987; así se acreditó con la constancia que aportó la Jefe de Gestión Humana de la empresa EMPOCALDAS S.A. E.S.P., visible a folios 255 a 256 del archivo 05C1Fls230A255.pdf, del expediente digitalizado.

De lo anterior se colige que, el aquí demandado ostentó la calidad de agente del Estado para la época en que fue designado como interventor del contrato No. 00135/2005 cuyo objeto era ejecutar “*OBRAS CIVILES DE REPOSICION REDES DE ALCANTARILLADO CARRERA 4 CALLE 15 Y 16 DEL MUNICIPIO DE LA DORADA, CALDAS*”, celebrado con la contratista GLADYS STELLA PINEDA GUDELO. La calidad de interventor la acreditó la entidad con la designación que le hizo en la cláusula cuarta del contrato de obra No. 000135/2005, la firma del señor GUILLERMO GIRALDO GARCÍA en el acta de inicio del contrato (fl. 218 del archivo 05 del expediente digitalizado) y el acta de liquidación final del 21/03/2016 en la que también firma el accionado en calidad de interventor (fl. 227 del archivo 05 del expediente digitalizado).

### **5.3.2.2. La condena:**

Reposa en el expediente copia de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de diciembre del año 2.013, por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Manizales<sup>3</sup>, en la cual se dispuso entre otros apartes, lo siguiente:

“(…)

***Quinto: DECLÁRASE administrativa y extracontractualmente responsables a la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CALDAS -EMPOCALDAS S.A. E.S.P. -y a la ingeniera GLADYS STELLA PINEDA AGUDELO por los perjuicios ocasionados como consecuencia del deceso de los señores ROBINSON ZÁRATE ARREDONDO y JUAN PABLO GÓMEZ FRANCO, ocurrido en la ejecución de las obras civiles de reposición de redes de alcantarillado en el sector de la Carrera 4 entre Calles 15 y 16, del***

<sup>3</sup>Radicado: 17-001-33-31-001-2007-00612-00, Acción Reparación Directa instaurada por Luis Carlos Zárate Ospina y otros contra el Departamento de Caldas y otros.

municipio de la Dorada — Caldas, el día 26 de enero de 2006.

En consecuencia,

**Sexto: CONDENASE** a la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CALDAS - EMPOCALDAS S.A. E.S.P. y a la ingeniera GLADYS STELLA PINEDA AGUDELO a cancelar a título de indemnización por perjuicios morales las siguientes sumas de dinero por partes iguales:

**Perjuicios morales para el grupo familiar de Juan Pablo Gómez Franco:**

- ✓ Para la señora LUZ ADRIANA MAHECHA ROJAS compañera permanente del señor JUAN PABLO GÓMEZ FRANCO, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.
- ✓ Para la menor MANUELA GOMEZ IVIAHECHA hija del señor JUAN PABLO GÓMEZ FRANCO la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales a la fecha de ejecutoria de esta providencia.
- ✓ Para la señora NORALBA FRANCO DE GOMEZ madre del señor JUAN PABLO GÓMEZ FRANCO, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.
- ✓ Para el señor JOSE ANIBAL GÓMEZ CARDEÑO padre del señor JUAN PABLO GÓMEZ FRANCO, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.
- ✓ Para EDWIN ANIBAL GOMEZ FRANCO en calidad de hermano del señor JUAN PABLO GÓMEZ FRANCO, veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

**Perjuicios morales para el grupo familiar de Robinson Zárate Arredondo:**

- ✓ Para la señora MARIA SARAHY LOAIZA compañera permanente del señor ROBINSON ZÁRATE ARREDONDO, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.
- ✓ Para el menor ADRIAN YESID ZARATE LOAIZA hijo del señor ROBINSON ZÁRATE ARREDONDO la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales a la fecha de ejecutoria de esta providencia.
- ✓ Para la señora SIXTA TULIA ARREDONDO VINASCO madre del señor ROBINSON ZÁRATE ARREDONDO, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

- ✓ Para el señor LUIS CARLOS ZARATE OSPINA padre del ROBINSON ZÁRATE ARREDONDO, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.
- ✓ Para MARTA PATRICIA ZATARE JARAMILLO, SANDRA MILENA ZARATE ARREDONDO, JI-ION ALEXANDER ZARATE ARREDONDO, MARIA JHOANA ZARATE ARREDONDO y ANDERSON ESTICK ZARATE ARREDONDO, en calidad de hermanos del señor ROBINSON ZÁRATE ARREDONDO, veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, para cada uno de ellos.

**Séptimo: CONDENASE** a la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CALDAS - EMPOCALDÁS S.A. E.S.P. ya la ingeniera GLADYS STELLA PINEDA AGUDELO a cancelar a título de indemnización por perjuicios materiales las siguientes sumas de dinero por partes iguales:

- ✓ En la modalidad de lucro consolidado, a favor de la señora LUZ ADRIANA MAHECHA ROJAS la suma de \$61.897.058,01.
- ✓ En la modalidad de lucro consolidado, a favor de la señora MARÍA SARAHY LOAIZA la suma de \$61.897.058,01.
- ✓ En la modalidad de lucro futuro, a favor de la señora LUZ ADRIANA MAHECHA ROJAS la suma de \$47.361.519,07.
- ✓ En la modalidad de lucro futuro, a favor de la menor MANUELA GOMEZ MAHECHA la suma de \$30.874.042,05.
- ✓ En la modalidad de lucro futuro, a favor de la señora MARÍA SARAHY LOAIZA la suma de \$48.471.045,19.
- ✓ En la modalidad de lucro futuro, a favor del menor ADRIAN YESID ZARATE LOAIZA la suma de \$27.511.846,83.

**Octavo:** Las sumas adeudadas devengarán intereses comerciales dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y moratorios a partir del vencimiento del mismo (artículo 177 del C.C.A.).

(...)"

El Tribunal Administrativo de Caldas, mediante providencia del 22 de mayo de 2015, decidió modificar el numeral sexto y séptimo de la decisión de primera instancia, por lo tanto, la parte resolutive del fallo de segunda instancia quedó así:

**“Primero. Modificar el numeral sexto** de la sentencia proferida el diecinueve (19) diciembre de 2013, por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, en el

*sentido de no reconocer perjuicios morales a favor de las señoras Luz Adriana Mahecha Rojas y María Sarahy Loaiza, conforme a las consideraciones que anteceden la presente providencia, así:*

**Segundo. Modificar el artículo séptimo** de la sentencia recurrida, en el cuanto a negar los perjuicios materiales a las señoras Luz Adriana Mahecha Rojas y María Sarahy Loaiza, por tanto, el referido capítulo quedará así:

**Séptimo: Condénase** a la empresa de OBRAS SANITARIAS DE CALDAS EMPOCALDAS S.A. E.S.P. y a la ingeniera GLADYS STELLA PINEDA AGUDELO, a cancelar a título de indemnización por perjuicios materiales las siguientes sumas de dinero por partes iguales:

- Para MANUELA GÓMEZ MAHECHA en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro la suma de \$31.320.296.
- Para ADRIÁN YESID ZÁRATE LOAIZA en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro la suma de \$ 18.931.745.

**Tercero. Confirmar** en todo lo demás la sentencia recurrida.

**Cuarto.** No hay lugar a condena en costas.

(...)"

Mediante auto del 8 de octubre de 2015 el Tribunal Administrativo de Caldas, decidió corregir el numeral segundo de la sentencia del 22 de mayo de 2015, en el siguiente sentido:

**"Segundo. Modificar el artículo séptimo** de la sentencia recurrida, en cuanto a negar los perjuicios materiales a las señoras Luz Adriana Mahecha Rojas y María Sarahy Loaiza, por tanto, el referido capítulo quedará así:

**Séptimo: Condénase** a la empresa de OBRAS SANITARIAS DE CALDAS EMPOCALDAS S.A. E.S.P. y a la ingeniera GLADYS STELLA PINEDA AGUDELO, a cancelar a título de indemnización por perjuicios materiales las siguientes sumas de dinero por partes iguales:

- Para MANUELA GÓMEZ MAHECHA en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro la suma de \$157.292.717,73.
- Para ADRIÁN YESID ZÁRATE LOAIZA en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro la suma de \$148.740.390,33".

**Segundo.** La presente providencia hace parte integral de la sentencia proferida por esta Corporación el día veintidós (22) de mayo de 2015".

Acorde con la transcripción anterior, para el Despacho es claro que se

acredita el cumplimiento de este segundo requisito en el medio de control de Repetición, esto es, la existencia de condena judicial que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal; evidenciándose dicha responsabilidad patrimonial, de la condena impuesta en la acción de Reparación Directa adelantada en el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de esta localidad, radicado bajo el No. 170013331001200700612-00.

### 5.3.2.2. El pago:

Con el fin de acreditar el tercero de los requisitos, correspondiente al pago de la indemnización por parte de la entidad pública; reposa en el expediente lo siguiente:

- Certificado suscrito por el Tesorero de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. el 12/07/2016, que indica que el 18 de febrero de 2016 efectuaron los pagos que se relacionan a continuación en cumplimiento de fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas el 22 de mayo de 2015 (fl. 135 archivo 03C1FI135a193.pdf del expediente digitalizado):

ORDEN DE PAGO N°	BENEFICIARIO	VALOR
001-0196	MARÍA SARAY LOAIZA	90.478.943,00
001-0197	SIXTA TULIA ARREDONDO VINASCO	16.108.750,00
001-0198	LUIS CARLOS SARATE OSPINA	22.552.250,00
001-0199	MARTHA PATRICIA ZARATE JARAMILLO	6.443.500,00
001-0200	EDWIN ANIBAL GÓMEZ FRANCO	6.443.499,00
001-0201	LUZ ADRIANA MAHECHA ROJAS	94.755.110,00
001-0202	NORALBA FRANCO DE GÓMEZ	16.108.751,00
001-0203	JOSÉ ANIBAL GÓMEZ CARDEÑO	16.108.751,00
001-0204	SANDRA MILENA ZARATE ARREDONDO	6.443.500,00
001-0205	MARÍA JHOANA ZARATE ARREDONDO	6.443.500,00
001-0206	JHON ALEXANDER ZARATE ARREDONDO	6.443.500,00
	TOTAL	288.330.054,00

- Orden de pago No. 1-0196 del 18/02/2016 expedida por EMPOCALDAS – SECCIÓN TESORERÍA, a nombre del beneficiario MARIA SARAY LOAIZA, por valor de \$90.478.943, pago banco DAVIVIENDA \$63.335.261, pago banco DAVIVIENDA \$27.143.682, cheque No. 71183-9, con firma del Ordenador del Gasto, del Jefe de Sección de Presupuesto y Jefe de Sección de Tesorería, y firma como beneficiaria la apoderada Dra. ANGELA MARÍA ARICAPA ARIAS con cédula 24.335.678, quien tiene facultad de recibir (fl. 136 archivo 03C1FI135a193.pdf del expediente digitalizado).

- Resolución No. 00025 del 8 de febrero de 2016 que da cumplimiento al fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas el 22

de mayo de 2015, en el que resuelve lo siguiente (fls. 137 a 148 archivo 03C1F1135a193.pdf del expediente digitalizado):

“(…)

**TERCERO: AUTORIZAR al TESORERO PAGADOR DE EMPOCALDAS S.A. E.S.P., para que efectúe los pagos por concepto de condena de la siguiente manera:**

NOMBRE	VALOR A CONSIGNAR A CADA UNO DE LOS BENEFICIARIOS \$	HONORARIOS ABOGADO
ADRIAN YESID ZARATE LOAIZA representado	11.276.125	4.832.625

legalmente por María Saray Loaiza, identificada por 24.717.948.		
ADRIAN YESID ZARATE LOAIZA (8 menor) representado por la María Saray Loaiza, quien es su progenitora identificada por 24.717.948.	52.059.136	22.311.058
SIXTA TULIA ARREDONDO VINASCO	11.276.125	4.832.625
LUIS CARLOS ZARATE OSPINA	11.276.125	4.832.625
MARTHA PATICIA ZARATE JARAMILLO	4.510.450	1.933.050
JHON ALEXANDER ZARATE ARREDONDO	4.510.450	1.933.050
MARIA JOHANA ZARATE ARREDONDO	4.510.450	1.933.050
ANDERSON STIK ZARATE ARREDONDO	4.510.450	1.933.050
SANDRA MILENA ZARATE ARREDONDO	4.510.450	1.933.050

MANUELA GOMEZ MAHECHA (menor) representada legalmente por Luz Adriana Mahecha Rojas, identificada con la cédula de ciudadanía N°. 20.831.103 de Puerto Salgar	12.081.563	4.027.188
MANUELA GOMEZ	68.984.769	19.661.590

MAHECHA (menor), Representada legalmente por Luz Adriana Mahecha Rojas, identificada con la cédula de ciudadanía N°. 20.831.103 de Puerto Salgar.		
JOSE ANIBAL GOMEZ CARDEÑO	12.081.563	4.027.188
NORALBA FRANCO DE GOMEZ	12.081.582,5	4.027.187,5
EDWIN ANIBAL GOMEZ FRANCO	4.832.625	1.610.875
<b>TOTAL</b>	<b>208.501.781</b>	<b>79.628.273</b>

- Resolución No. 00523 del 31 de diciembre de 2015, firmada por el Gerente de Empocaldas JUAN DAVID PELAEZ CASTRO, que resuelve cumplir a cabalidad el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas del 22 de mayo de 2015 y corregida el 14 de octubre de 2015 dentro del proceso de reparación directa formulada por LUIS CARLOS ZARATE OSPINA y OTROS, en contra de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., además de autorizar al Jefe de Presupuesto de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., para que expida el correspondiente Registro Presupuestal y autorizar al TESORERO PAGADOR de EMPOCALDAS para que cancele a favor de

los integrantes de cada grupo familiar las sumas correspondientes, para un total de DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL CON CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$288.330.054.oo) por concepto de CONDENA correspondiente a EMPOCALDAS. (fls. 149 a 160 archivo 03C1F1135a193.pdf del expediente digitalizado).

BENEFICIARIO	TOTAL BENEFICIARIO	TOTAL ABOGADO	TOTAL RP
MARIA SARAY LOAIZA CC. 24,717,948 (REPRESENTA A ADRIAN YESID ZARATE LOAIZA)	11.276.125	4.832.624	90.478.943
SIXTA TULIÁ ARREDONDO VINASCO CC. 30,344,215	11.276.125	4.832.625	16.108.750
LUIS CARLOS ZARATE OSPINA CC. 10,163,390 (REPRESENTA A: ANDERSON STIK ZARATE ARREDONDO)	11.276.125	4.832.625	22.552.250
JHON ALEXANDER ZARATE ARREDONDO	4.510.450	1.933.050	
MARIA JOHANA ZARATE ARREDONDO	4.510.450	1.933.050	
MARTHA PATRICIA ZARATE JARAMILLO CC. 30,387,731	4.510.450	1.933.050	6.443.500
SANDRA MILENA ZARATE ARREDONDO CC.	4.510.450	1.933.050	6.443.500
LUZ ADRIANA MAHECHA ROJAS CC. 20.831.103 (REPRESENTA A MANUELA GOMEZ MAHECHA)	12.081.563	4.027.188	94.755.110
JOSE ANIBAL GOMEZ CARDEÑO CC. 10,246,234	12.081.563	4.027.188	16.108.751
NORALBA FRANCO DE GOMEZ CC.24,313,443	12.081.563	4.027.188	16.108.751
EDWIN ANIBAL GOMEZ FRANCO CC. 75,065,175	4.832.625	1.610.874	6.443.499
	208.501.844	79.828.210	
	288.330.054		

CDP 195

288.330.054

MARIA SARAY LOAIZA CC. 24,717,948 (REPRESENTA A ADRIAN YESID ZARATE LOAIZA)	63.335.261	27.143.682
LUIS CARLOS ZARATE OSPINA CC. 10,163,390 (REPRESENTA A: ANDERSON STIK ZARATE ARREDONDO)	15.786.575	6.765.675
LUZ ADRIANA MAHECHA ROJAS CC. 20.831.103 (REPRESENTA A MANUELA GOMEZ MAHECHA)	71.066.332	23.688.778

- Orden de pago No. 1-0197 del 18/02/2016 expedida por EMPOCALDAS – SECCIÓN TESORERÍA, a nombre del beneficiario SIXTA TULIA ARREDONDO VINASCO C.C. 30.344.215, por valor de \$16.108.750, pago banco DAVIVIENDA \$11.276.125, pago banco DAVIVIENDA \$4.832.625, cheque No. 71184-2, con firma del Ordenador del Gasto, del Jefe de Sección de Presupuesto y Jefe de Sección de Tesorería, y firma como beneficiaria la apoderada Dra. ANGELA MARÍA ARICAPA ARIAS con cédula 24.335.678, quien tiene facultad de recibir (fl. 169 archivo 03C1F1135a193.pdf del expediente digitalizado).

- Orden de pago No. 1-0198 del 18/02/2016 expedida por EMPOCALDAS – SECCIÓN TESORERÍA, a nombre del beneficiario LUIS CARLOS ZARATE OSPINA C.C. 10.163.390, por valor de \$22.552.250, pago banco DAVIVIENDA \$15.786.575, pago banco DAVIVIENDA \$6.765.675, cheque No. 71191-3, con firma del Ordenador del Gasto, del Jefe de Sección de

Presupuesto y Jefe de Sección de Tesorería, y firma como beneficiaria la apoderada Dra. ANGELA MARÍA ARICAPA ARIAS con cédula 24.335.678, quien tiene facultad de recibir (fl. 174 archivo 03C1F1135a193.pdf del expediente digitalizado).

- Orden de pago No. 1-0199 del 18/02/2016 expedida por EMPOCALDAS – SECCIÓN TESORERÍA, a nombre de la beneficiaria MARTHA PATRICIA ZARATE JARAMILLO C.C. 30.387.731, por valor de \$6.443.500, pago banco DAVIVIENDA \$4.510.450, pago banco DAVIVIENDA \$1.933.050, cheque No. 71185-6, con firma del Ordenador del Gasto, del Jefe de Sección de Presupuesto y Jefe de Sección de Tesorería, y firma como beneficiaria la apoderada Dra. ANGELA MARÍA ARICAPA ARIAS con cédula 24.335.678, quien tiene facultad de recibir (fl. 177 archivo 03C1F1135a193.pdf del expediente digitalizado).

- Orden de pago No. 1-0200 del 18/02/2016 expedida por EMPOCALDAS – SECCIÓN TESORERÍA, a nombre del beneficiario EDWIN ANIBAL GOMEZ FRANCO C.C. 75.065.175, por valor de \$6.443.499, pago banco DAVIVIENDA \$4.832.625, pago banco DAVIVIENDA \$1.610.874, cheque No. 71190-6, con firma del Ordenador del Gasto, del Jefe de Sección de Presupuesto y Jefe de Sección de Tesorería, y firma como beneficiaria la apoderada Dra. ANGELA MARÍA ARICAPA ARIAS con cédula 24.335.678, quien tiene facultad de recibir (fl. 182 archivo 03C1F1135a193.pdf del expediente digitalizado).

- Orden de pago No. 1-0201 del 18/02/2016 expedida por EMPOCALDAS – SECCIÓN TESORERÍA, a nombre de la beneficiaria LUZ ADRIANA MAHECHA ROJAS C.C. 20.831.103, por valor de \$94.755.110, pago banco DAVIVIENDA \$71.066.332, pago banco DAVIVIENDA \$23.688.778, cheque No. 71187-3, con firma del Ordenador del Gasto, del Jefe de Sección de Presupuesto y Jefe de Sección de Tesorería, y firma como beneficiaria la apoderada Dra. ANGELA MARÍA ARICAPA ARIAS con cédula 24.335.678, quien tiene facultad de recibir (fl. 187 archivo 03C1F1135a193.pdf del expediente digitalizado).

- Orden de pago No. 1-0202 del 18/02/2016 expedida por EMPOCALDAS – SECCIÓN TESORERÍA, a nombre de la beneficiaria NORALBA FRANCO DE GÓMEZ C.C. 24.313.443, por valor de \$16.108.751, pago banco DAVIVIENDA \$12.081.563, pago banco DAVIVIENDA \$4.027.188, cheque No. 71187-3, con firma del Ordenador del Gasto, del Jefe de Sección de Presupuesto y Jefe de Sección de Tesorería, y firma como beneficiaria la apoderada Dra. ANGELA MARÍA ARICAPA ARIAS con cédula 24.335.678, quien tiene facultad de recibir (fl. 192 archivo 03C1F1135a193.pdf del expediente digitalizado).

- Orden de pago No. 1-0203 del 18/02/2016 expedida por EMPOCALDAS – SECCIÓN TESORERÍA, a nombre del beneficiario JOSE ANIBAL GÓMEZ CARDEÑO C.C. 10.246.234, por valor de \$16.108.751, pago banco DAVIVIENDA \$12.081.563, pago banco DAVIVIENDA \$4.027.188, cheque No. 71188-7, con firma del Ordenador del Gasto, del Jefe de Sección de Presupuesto y Jefe de Sección de Tesorería, y firma como beneficiaria la apoderada Dra. ANGELA MARÍA ARICAPA ARIAS con cédula 24.335.678, quien tiene facultad de recibir (fl. 253 archivo 05C1F1s230a255.pdf del expediente digitalizado).

- Orden de pago No. 1-0204 del 18/02/2016 expedida por EMPOCALDAS – SECCIÓN TESORERÍA, a nombre de la beneficiaria SANDRA MILENA ZÁRATE ARREDONDO C.C. 1.162.362.202-7, por valor de \$6.443.500, pago banco DAVIVIENDA \$4.510.450, pago banco DAVIVIENDA \$1.933.050, cheque No. 71186-1, con firma del Ordenador del Gasto, del Jefe de Sección de Presupuesto y Jefe de Sección de Tesorería, y firma como beneficiaria la apoderada Dra. ANGELA MARÍA ARICAPA ARIAS con cédula 24.335.678, quien tiene facultad de recibir (fl. 235 archivo 05C1Fls230a255.pdf del expediente digitalizado).

- Orden de pago No. 1-0205 del 18/02/2016 expedida por EMPOCALDAS – SECCIÓN TESORERÍA, a nombre de la beneficiaria MARIA JOHANA ZARATE ARREDONDO C.C. 1.007.140511-9, por valor de \$6.443.500, pago banco DAVIVIENDA \$4.510.450, pago banco DAVIVIENDA \$1.933.050, cheque No. 71193-1, con firma del Ordenador del Gasto, del Jefe de Sección de Presupuesto y Jefe de Sección de Tesorería, y firma como beneficiaria la apoderada Dra. ANGELA MARÍA ARICAPA ARIAS con cédula 24.335.678, quien tiene facultad de recibir (fl. 240 archivo 05C1Fls230a255.pdf del expediente digitalizado).

- Orden de pago No. 1-0206 del 18/02/2016 expedida por EMPOCALDAS – SECCIÓN TESORERÍA, a nombre del beneficiario JHON ALEXANDER ZARATE ARREDONDO C.C. 1.054.552.836-6, por valor de \$6.443.500, pago banco DAVIVIENDA \$4.510.450, pago banco DAVIVIENDA \$1.933.050, cheque No. 71192-1, con firma del Ordenador del Gasto, del Jefe de Sección de Presupuesto y Jefe de Sección de Tesorería, y firma como beneficiaria la apoderada Dra. ANGELA MARÍA ARICAPA ARIAS con cédula 24.335.678, quien tiene facultad de recibir (fl. 245 archivo 05C1Fls230a255.pdf del expediente digitalizado).

Ahora bien, atendiendo que el presente proceso inició en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el artículo 142 respecto a la prueba del pago establece:

**“Artículo 142. Repetición.**

*Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.*

*La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.*

**Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de**

**repetición contra el funcionario responsable del daño.**” (Subrayas y negrillas del Despacho)

Señalado lo anterior, encuentra el Despacho que los documentos mencionados dan cuenta del pago efectuado por la entidad demandante a los beneficiarios de la condena del medio de control de reparación directa, en cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo de Descongestión del Circuito de Manizales, y en segunda instancia modificada por el Tribunal Administrativo de Caldas, proceso iniciado por Luis Carlos Zárate Ospina y otros en contra de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. y otros.

En sentencia reciente, se dijo respecto al pago<sup>4</sup>:

*De modo que, para acreditar el pago no bastaba con que la entidad demandante aportara documentos emanados de sus propias dependencias que ordenaban el pago de una suma de dinero, si en ellos no consta la manifestación expresa del acreedor o beneficiario de haberlo recibido a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza –se repite– acerca de la extinción de la obligación.*

*En el sub lite, la Sala insiste que la entidad demandante pretendió acreditar el pago del acuerdo conciliatorio con documentos que no dan cuenta de que los beneficiarios o sus apoderados judiciales lo hubiesen recibido.*

*Así las cosas, como la entidad demandante no demostró haber pagado lo pactado en virtud del acuerdo conciliatorio que generó el ejercicio de la presente acción de repetición en contra del señor Ernesto de Jesús Polo Ramos, la Sala se abstendrá de analizar si se acreditó o no el elemento subjetivo necesario para la prosperidad de la acción.*

*Conviene agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. De ahí que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le impone esta norma legal, toda vez que –se reitera– no allegó al proceso prueba alguna que permita acreditar materialmente el pago del acuerdo conciliatorio.*

*Adicionalmente, **si bien la parte recurrente señaló que el artículo 142 del CPACA dispone que el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones, en el que conste que la entidad realizó el pago, es prueba suficiente para tener acreditado el pago,** lo cierto es que dicha disposición no resulta aplicable al caso sub examine, por cuanto la demanda objeto de estudio se presentó en vigencia del CCA, cuerpo normativo que no consagra una disposición normativa en similar sentido y, por tanto, el requisito del pago debía probarse de conformidad con las exigencias establecidas por la jurisprudencia de la época.*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 25 de octubre de 2019, C.P, María Adriana Marín, rad.: 05001-23-31-000-2002-01100-01 (56821),

Frente a este tópico y conforme a los documentos aportados como prueba la entidad demandada logró acreditar el pago, con el **certificado expedido por el Tesorero** de la entidad EMPOCALDAS S.A. E.S.P. en la que indica que el 18 de febrero 2016 efectuaron los pagos a los beneficiarios de la condena impuesta en las sentencias de primera y segunda instancia tantas veces mencionadas, en tanto que para comprobarlo se expidieron las órdenes de pago Nos. 001-0196 por \$90.478.943, 001-0197 por \$16.108.750, 001-0198 por \$22.552.250, 001-0199 por \$6.443.500, 001-0200 por \$6.443.499, 001-0201 por \$94.755.110, 001-0202 por \$16.108.751, 001-0203 por \$16.108.751, 001-0204 por \$6.443.500, 001-0205 por \$6.443.500 y 001-0206 por \$6.443.500, todas del 18-02-2016 por la suma de \$288.330.054, se tiene que dichos valores fueron pagados a través de cheques recibidos por quien firma como beneficiaria Dra. ANGELICA MARÍA ARICAPA ARIAS C.C. 24.335.278 apoderada de los destinatarios de la condena en el proceso ordinario de reparación directa y quien tiene la facultad para recibir, según los poderes que anexaron al expediente digitalizado.

De acuerdo a lo anterior, al haber sido firmadas las órdenes de pago por sus autores; esto es, el ordenador del gasto, el Jefe de Sección de Presupuesto y Jefe de Sección de Tesorería de manera manuscrita, se tiene certeza sobre la autoría de dichos documentos que fueron otorgados por funcionario en ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, las anteriores órdenes de pago, de conformidad con lo establecido en los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el artículo 31 del Decreto 2150 de 1995<sup>5</sup>, pueden considerarse documentos públicos, presumirse auténticos, por lo que dan fe de las declaraciones que contienen. Además, dan cuenta de la firma de recibo por parte de los destinatarios del pago, que en este caso fue la apoderada de los beneficiarios de las condenas quien firmó todas las órdenes de pago por tener la facultad de recibir.

El Consejo de Estado<sup>6</sup> al decidir una acción de repetición recientemente, consideró que para que los documentos puedan considerarse como públicos; entre ellos las órdenes de pago, deben ser suscritas por el ordenador del gasto, el director o jefe de presupuesto:

*“3.4.7.3. Esta Judicatura resalta que, como lo manifestó esta Subsección en la precitada sentencia del 9 de septiembre de 2013<sup>114</sup>, **para que puedan considerarse documentos públicos, las órdenes de pago deben ser suscritas por el ordenador del gasto, o el secretario, o el director o el jefe de presupuesto de la entidad pública.** En efecto, un documento público es reputado como tal y se presume auténtico, en cuanto haya sido otorgado por el funcionario competente<sup>115</sup>, de acuerdo con los procedimientos exigidos<sup>116</sup>. Su mérito probatorio se centra así fundamentalmente en las declaraciones realizadas por su autor<sup>117</sup> que, una vez identificado y determinada la competencia en virtud de la cual lo expidió, se presumen ciertas<sup>118-119</sup>.”*

<sup>5</sup> “[...] Todos los actos de funcionario público competente se presumen auténticos”

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 250002326000200700588 (42037)

(...)

*La presunción de autenticidad del documento público nacional dispensa así, a quien lo hace valer en juicio, de la acreditación de que la firma corresponda a quien lo suscribió, así como el título con el que ha actuado, lo que no ocurriría si se tratara de un documento público extranjero<sup>123-124-125</sup>. La certeza sobre un hecho requiere motivos<sup>126</sup>, basados en la razón y la experiencia, que fundamenten la convicción que se tenga sobre la correspondencia entre un hecho y la idea que sobre el mismo existe<sup>127</sup>, y que permitan rechazar hipótesis contrarias. Así pues, cuando en un documento consten el nombre, la posición e, incluso, la firma de su autor, deben existir razones empíricas e intelectivas para afirmar que, en efecto, su autoría corresponde a la consignada, para que exista certeza de la misma y, en consecuencia, el documento pueda considerarse auténtico. Esta constatación, sin embargo, no es necesaria cuando en un proceso se esgriman documentos públicos expedidos en Colombia, conforme al mencionado artículo 252 del CPC.*

(...)

*Es por ello que, como signatura autógrafa del documento, la firma cobra importancia para identificar a su autor jurídico, cuando se trate de documentos públicos escritos, salvo periódicos o publicaciones oficiales<sup>129</sup>. **La firma es además necesaria para determinar la verdad de lo consignado en el documento y, más concretamente, la verdad extrínseca, esto es, “el estado de real conformidad del escrito con la forma en que salió de las manos del autor al cual se atribuye, y su pertenencia a este último”** <sup>130</sup>. Cabe recordar que, si bien fueron suprimidos los sellos para el otorgamiento y trámite de documentos, así como la firma del secretario de la entidad, no ocurrió lo mismo con la firma del funcionario competente, que –según el artículo 11131 y 12132 del Decreto 2150 de 1995– es suficiente para la expedición de documentos en desarrollo de actuaciones de la administración pública, pudiendo además los jefes de las entidades hacer uso de medios mecánicos de firma.*

De esta manera, se tiene por acreditado el tercero de los requisitos exigidos para la prosperidad de la acción de repetición; esto es, el pago.

En consecuencia, se continuará con el estudio de los demás requisitos de la demanda de repetición

### **5.3.2.3. El Dolo o Culpa Grave**

En este punto, se analizará el requisito esencial que se relaciona directamente con la conducta subjetiva del agente público como generador de un daño antijurídico por el cual resultó condenada la entidad estatal, lo que conlleva a determinar que el medio de control de Repetición se fundamenta en el actuar doloso o gravemente culposo del funcionario o ex funcionario, quien se convierte en este caso en el demandado; por tanto, si del análisis subjetivo de

responsabilidad no concurren algunos de estos dos aspectos, el Estado no tendrá derecho a la reparación de su patrimonio.

En contexto con lo señalado, es importante precisar que la sentencia proferida por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y que diera lugar a la presente acción no constituye plena prueba de la conducta gravemente culposa del demandado; a lo sumo, podría servir de punto de partida para determinar cuál es el hecho o la conducta que se predicen constitutivas de dolo o culpa grave.

Es por eso que, en términos de imputación, es a EMPOCALDAS S.A. E.S.P. a quien le corresponde probar la responsabilidad del agente, para lo cual debe precisar las circunstancias fácticas atribuibles a su autoría, para así establecer, si se actuó con dolo o culpa grave, sin que se pierda de vista que dicho binomio debe servir de causa eficiente y determinante a la condena impuesta al Estado y del consecuente daño patrimonial sufrido por la entidad.

Así pues, EMPOCALDAS S.A. E.S.P., para revelar la culpa grave con la que actuó el Auxiliar de Ingeniería GUILLERMO GIRALDO GARCÍA, dada la falta de supervisión durante la ejecución del contrato No. 000135/05 de las obras de reposición de redes de alcantarillado en la carrera 4 calles 15 y 16 del Municipio de La Dorada, Caldas, se sustenta en la sentencia condenatoria emitida en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales del 19 de diciembre de 2013, dentro del proceso de REPARACIÓN DIRECTA, con el radicado No. 2007-00612, promovida por Luis Carlos Zárate Ospina y Otros, en contra del DEPARTAMENTO DE CALDAS, EMPOCALDAS S.A. E.S.P., MUNICIPIO DE LA DORADA y la Ingeniera GLADYS STELLA PINEDA (fls. 34 a 105 del expediente digitalizado archivo 01C1Fls1A105.pdf); modificado el numeral segundo en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante providencia del 8 de octubre de 2015 (fls. 131 a 174 del expediente digitalizado archivo 02C1Fls106A134.pdf).

El asunto de debate dentro de la Reparación Directa según los ordenamientos dispuestos en la misma, se supeditaron a declarar responsable administrativamente y extracontractualmente a la empresa de Obras Sanitarias de Caldas – EMPOCALDAS S.A.S. E.S.P. y a la Ing. Gladys Stella Pineda Agudelo, por los perjuicios ocasionados como consecuencia del deceso de los señores Robinson Zárate Arredondo y Juan Pablo Gómez Franco, ocurrido en la ejecución de las obras civiles de reposición y alcantarillado en el sector de la carrera 4 entre calles 15 y 16 del Municipio de La Dorada, Caldas, el día 26 de enero de 2006, al considerar el Despacho de conocimiento, que EMPOCALDAS S.A. E.S.P., no obró con diligencia, prudencia y cuidado, quedando evidenciado dentro del proceso el incumplimiento del deber de supervisión que le asistía a la entidad pública por las irregularidades en la interventoría de la obra de reposición de alcantarillado.

Es necesario, por lo tanto, determinar el grado volitivo y cognoscitivo de la actuación del servidor público, para que pueda prosperar la repetición, toda vez que solo en la medida en que la conducta haya sido desplegada con culpa grave o dolo, será procedente la condena.

En este sentido, frente a la estructuración de los conceptos de dolo y culpa grave, el artículo 63 del Código Civil, señala:

*Artículo 63. Culpa y dolo: “La ley distingue tres especies de culpa o*

**descuido.**

*“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.”*

(...)

*El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. (Negrillas fuera del texto)*

Por su parte el artículo 5º de la Ley 678 de 2001, consagra el concepto de dolo bajo las siguientes condiciones:

***“ARTÍCULO 5º. Dolo.** La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.*

*Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:*

- 1. Obrar con desviación de poder.*
- 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
- 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
- 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
- 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial. (Resalto del Despacho)*

Precisando el Alto Tribunal de lo Contencioso frente a dichas presunciones legales<sup>7</sup> lo siguiente:

(...)

*De todos modos, estima la Sala necesario precisar que las denominadas presunciones son sólo algunas de las hipótesis o eventos*

---

<sup>7</sup> Sentencia del 28 de febrero de 2011. C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00074-00(34816)

de responsabilidad del agente público, pues pueden presentarse muchos más casos que, pese a que no se encuentran consagrados en las citadas causales de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, originan que el Estado repita contra el agente por haber obrado con dolo o culpa grave en una actuación que produjo un daño antijurídico a un tercero por el cual se haya visto en la necesidad de indemnizar.

Por eso, llama la atención a la Sala que los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 más que estatuir presunciones lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos. En efecto, un análisis de las conductas contempladas en las causales establecidas como tales en dichas disposiciones permite llegar a esa conclusión, pues no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, sino que están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos en las mismas enunciados no es que se presuma el dolo o la culpa grave, sino que existen éstos comportamientos o conductas calificadas<sup>27</sup>, a menos que se entienda que se trata de hechos objetivos de los cuales se deduce un hecho subjetivo relacionado con la culpabilidad del agente.<sup>28</sup>

(...)

La jurisprudencia también ha indicado que las normas examinadas contemplaron cinco (5) conductas en las cuales se presume el dolo del agente estatal y cuatro (4) en las que se presume la culpa grave, a fin de facilitar su determinación y prueba, en los siguientes términos:

**Se presume que existe dolo por las siguientes causas:**

1. Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

**Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:**

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. Violar el debido proceso en lo referente a las detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

Según la interpretación jurisprudencial<sup>8</sup>, esos supuestos fácticos antes que constituirse en verdaderas presunciones, contemplan situaciones en las cuales se configura una conducta dolosa o gravemente culposa por parte del servidor público, de tal forma que el juez pueda tener por cierto el comportamiento descrito en la norma, ante lo cual la entidad conserva su deber de probar la existencia de un hecho cierto a partir del cual se puede inferir la responsabilidad de un agente del Estado.

A su turno, al demandado le incumbe probar “la inexistencia del hecho que legalmente se presume, aun cuando fueren ciertos los antecedentes o circunstancias con fundamento en los cuales lo infiere la ley, como también cuando estos terminen siendo falsos.

En este asunto se ha planteado por la entidad demandante la configuración de culpa grave del **Auxiliar de Ingeniería GUILLERMO GIRALDO GARCÍA** por omitir actividades de interventoría en la ejecución del contrato de obras de reposición de alcantarillado, específicamente en el entibado elaborado para la protección de la obra, que terminó generando desprendimiento de tierra ocasionando el hecho donde perdieron la vida los dos obreros. Al respecto se observa lo siguiente:

- Que el demandado laboró para la entidad demandante en calidad de trabajador oficial, vinculado a la empresa EMPOCALDAS S.A. E.S.P., desde el 18 de agosto del año 1987, como consta en la certificación expedida por la Jefe de Gestión Humana el 31-05-2016 y que desempeñaba el cargo de Auxiliar de Ingeniería, con las siguientes funciones a su cargo: (visible a folios 255 a 256 del archivo 05C1FIs230A255.pdf, del expediente digitalizado).

*“1. **Apoyar al Ingeniero de Zona en inspecciones en la seccional,** en la elaboración de los presupuestos para dar soluciones a problemas.*

*2. **Realizar labores de inspectoría y de apoyo al Ingeniero de Zona.***

*3. Colaborar con la implementación y actualización del catastro de redes o del sistema de información geográfico.*

*4. Elaborar programas de mantenimiento preventivo de alcantarillado en la seccional.*

*5. Garantizar la correcta operación y mantenimiento de las redes de alcantarillado en la seccional.*

*6. Ejecutar el cronograma de mantenimiento preventivo y correctivo del sistema de alcantarillado en la seccional.*

<sup>8</sup> En la decisión citada en el pie de página 3 se dice: “De todos modos, estima la Sala necesario precisar que las denominadas presunciones son sólo algunas de las hipótesis o eventos de responsabilidad del agente público, pues pueden presentarse muchos más casos que, pese a que no se encuentren consagrados en las citadas causales de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, originan que el Estado repita contra el agente por haber obrado con dolo o culpa grave en una actuación que produjo un daño antijurídico a un tercero por el cual se haya visto en la necesidad de indemnizar. Ibid..”

7. Coordinar con el Administrador la operación en la seccional del equipo de succión presión y la cámara de video.

8. **En ausencia del Inspector de redes velar por la operación de las redes de acueducto.**

9. Cumplir con las actividades que le asigna el Sistema de Gestión de la Calidad para garantizar su mantenimiento.

10. **Cumplir las demás responsabilidades que en razón de su cargo le asigne su superior inmediato.**

11. Cumplir las normas, disposiciones y reglamentos que rigen los procedimientos de la empresa, para contribuir al buen desempeño global de la entidad.”

- Se vislumbra en el plenario un OTRO SI, al contrato de trabajo celebrado entre EMPOCALDAS S.A. E.S.P. y el señor JOSE GUILLERMO GIRALDO GARCÍA, firmado el 1-08-2005, que la cláusula primera quedó así: (visible a folio 257 del archivo 05C1FIs230A255.pdf, del expediente digitalizado)

**“ EMPOCALDAS S.A Contrata los servicios personales del trabajador quien declara que ha ingresado como trabajador de la Entidad mencionada, razón por la cual se obliga a poner al servicio de la Entidad, su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva en el desempeño del cargo de: AUXILIAR DE INGENIERIA, en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las ordenes que le impartan sus superiores, se obliga a sí mismo a no prestar directa ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores, ni trabajar por cuenta propia del mismo oficio. Las demás Cláusulas del contrato quedan iguales al contrato inicialmente firmado.**

**La denominación del cargo quedó establecida en el acuerdo 058 de septiembre de 2003 cambiando de PROMOTOR DE DESARROLLO DE LA COMUNIDAD a AUXILIAR DE INGENIERIA”**

- De igual forma se observa un oficio dirigido al señor GUILLERMO GIRALDO GARCÍA por parte de la gerente de EMPOCALDAS, del 29/09/2006 donde le indica lo siguiente: (visible a folio 258 del archivo 05C1FIs230A255.pdf, del expediente digitalizado)

**“En Junta Directiva celebrada el pasado martes 26 de septiembre de 2006, se aprobó el cambio de denominación de su cargo de inspector de redes a Auxiliar de Ingeniería a partir del 1° de octubre del mismo año: con un incremento de \$442.003 quedando su sueldo mensual en \$1.530.000.00.”**

- Respecto al contrato 000135 firmado el 20 de diciembre de 2005, cuyo plazo para ejecutar los trabajos era de 60 días, en la cláusula cuarta se dispuso que el Auxiliar de Ingeniería sería el interventor de la obra, así: (fl. 220 expediente digitalizado archivo 04C1FIs194A229.pdf)

**“INTERVENTORIA DE LOS TRABAJOS: El Interventor de esta obra será el Auxiliar de Ingeniería del Departamento de Planeación y**

**Proyectos de acuerdo al Manual de Contratación Interno de la Entidad. El Interventor velará por el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del contratista y representará los intereses de la empresa para la debida y cumplida ejecución del objeto contractual, para lo cual elaborará una bitácora donde reportará todas las novedades e informes que se presenten en el transcurso de la realización de la obra objeto del presente contrato. A su vez elaborará informe (sic) periódicos acerca de la ejecución de sus labores, el Interventor deberá cumplir con la calidad de los bienes y servicios exigidos por la empresa de lo contrario podrá incurrir en falta gravísima consagrada en el Artículo 48 Numeral 34 de la Ley 734 del 2002". (Subrayas y negrillas del despacho).**

- En cumplimiento de su función como interventor en el contrato No. 000135/05 realizó las siguientes actividades:

- Firmó el acta de recibo 01 el 1 de febrero de 2006 y el acta de recibo 02 el 21 de marzo de 2006. Igualmente firmó el Acta de Liquidación final el 21 de marzo de 2006 con el fin de efectuar la entrega de las obras realizadas (visible a folios 407 a 411 del archivo 08C1FIs365A411.pdf, del expediente digitalizado).
- Firmó certificaciones el 20/04/2006, relacionadas con: -El cumplimiento de normas por parte de la contratista Gladys Stella Pineda Agudelo sobre la seguridad laboral y las capacitaciones que impartió. - El cumplimiento de los aportes a seguridad sociedad integral, salud pensión, riesgos profesionales durante la ejecución del contrato. (visible a folios 323 a 326 del archivo 07C1FIs316A364.pdf, del expediente digitalizado).
- Presentó informe de interventoría No. 1 y Final del Contrato No. 000135/05. (visible a folios 321 a 322 del archivo 07C1FIs316A364.pdf, del expediente digitalizado)
- Firmó modificaciones al contrato No. 000135/2005 el 1 y 20 de febrero de 2006. contrato (visible a folios 360, 363 del archivo 07C1FIs316A364.pdf, del expediente digitalizado).

- En el Reglamento de Contratación en Materia de Obras Civiles, Compraventa de Bienes Muebles y Prestación de Servicios de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., respecto a la contratación de interventoría dispuso: (visible a folios 288 del archivo 06C1FIs256A315.pdf, del expediente digitalizado)

**"6- CONTRATACION DE INTERVENTORIAS: Para los contratos de Interventoría de las obras se tendrá en cuenta prioritariamente la experiencia del profesional y sus conocimientos especializados en materia de acueducto y de alcantarillado, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento Técnico del Sector Agua Potable y Saneamiento Básico. Igualmente, por tratarse de un servicio especializado, se tendrá en cuenta el**

***entrenamiento y la evaluación de desempeño si ha tenido contratos anteriores.***

- Aparece en el plenario varios contratos en los cuales fue designado el señor Guillermo Giraldo García como interventor de obras, en el último trimestre de 2005 y primer trimestre de 2006; es decir, algunos son paralelos con la supervisión del contrato No. 00135 firmado el 20 de diciembre de 2005, específicamente los contratos que se firmaron a partir del 21 de diciembre de 2005, así:

- Contrato No. 0000107 del 7 de septiembre de 2005 para obras civiles de reposición de red de alcantarillado carrera 9 entre calles 35 y 36 para el Municipio de Supía, Caldas, donde el señor Juan Guillermo Giraldo García actuó como interventor, acta de iniciación y acta de liquidación final. (fls. 445 a 453 archivo 09C1Fls412A457.pdf y fls. 454 del archivo 10C1Fls458A494.pdf del expediente digitalizado).
- Contrato No. 0000108 del 7 de septiembre de 2005 para obras civiles de reposición de alcantarillado en la carrera 9 calles 5 y 6 para el Municipio de Riosucio, acta de iniciación y acta de liquidación final. (fls. 455 a 464 del archivo 10C1Fls458A494.pdf del expediente digitalizado)
- Contrato No. 0000109 del 7 de septiembre de 2005 para obras civiles de reposición de red de alcantarillado en la calle 4A entre carreras 5 y 6 para el Municipio de Chinchiná, acta de iniciación y acta de liquidación final. (fls. 465 a 474 del archivo 10C1Fls458A494.pdf del expediente digitalizado)
- Orden de trabajo No. 0000105 del 8 de noviembre de 2005 para obras civiles de reposición de alcantarillado de aguas residuales en la calle 6 entre carreras 10 y 11 para el Municipio de Samaná, Caldas, acta de iniciación firma el señor Guillermo Giraldo como interventor y en el cuerpo del acta de liquidación final se menciona también como interventor. (fls. 475 a 479 del archivo 10C1Fls458A494.pdf del expediente digitalizado)
- Contrato No. 0000136 del 21 de diciembre de 2005 para obras civiles de reposición de alcantarillado aguas residuales en el Municipio de Marulanda, Caldas, duración 3 meses, con anexo 1, acta adicional, acta de reiniciación 1 y 2, acta suspensión 1 y 2, acta iniciación y acta de liquidación final. (fls. 480 a 494 del archivo 10C1Fls458A494.pdf y fl. 495 del archivo 11C1Fls495A554.pdf del expediente digitalizado)
- Orden de trabajo No. 0000131 del 28 de diciembre de 2005 para obras civiles por emergencia en la reposición del alcantarillado de aguas residuales en el sector Juan Pablo II de Samaná, Caldas, plazo 1 mes, acta de iniciación y acta de liquidación final. (fls. 496 a 501 del archivo 11C1Fls495A554.pdf del expediente digitalizado).
- Orden de trabajo No. 0000134 del 28 de diciembre de 2005 para obras civiles de reposición de acueducto y alcantarillado o en el Barrio San Cayetano en el Municipio de Marquetalia, Caldas, plazo 1 mes, acta

de iniciación y acta de liquidación final. (fls. 502 a 506 del archivo 11C1Fls495A554.pdf del expediente digitalizado)

- Contrato 000030 del 26 de enero de 2006 Obras de reposición alcantarillado carrera 7 calles 29 y 30 en el Municipio de Supía, plazo 45 días, con anexo 1. (fls. 506 a 515 del archivo 11C1Fls495A554.pdf del expediente digitalizado).
- Contrato 000030 del 26 de enero de 2006 Obras civiles de reposición alcantarillado Avenida 7 de agosto calle 12 entre carreras 6 y 7 del Municipio de Riosucio, Caldas, plazo 3 meses, con anexo 1. (fls. 516 a 523 del archivo 11C1Fls495A554.pdf del expediente digitalizado).
- Contrato 000039 del 27 de enero de 2006 Obras reparación de la losa de placa de la bocatoma en el municipio de La Dorada, plazo 45 días, con contrato adicional 1, (fls. 524 a 532 del archivo 11C1Fls495A554.pdf del expediente digitalizado).
- Contrato 000040 del 27 de enero de 2006 Obras civiles de reposición de pavimento en la carrera 6 entre calles 4 y 5 para el Municipio de Marulanda, Caldas, plazo 3 meses. (fls. 533 a 538 del archivo 11C1Fls495A554.pdf del expediente digitalizado).
- Contrato 000041 del 27 de enero de 2006 Obras civiles de reposición de acueducto en la calle 9 carrera 8 y 9 para el Municipio de Salamina, Caldas, plazo 3 meses, con anexo 1 al contrato, (fls. 539 a 545 del archivo 11C1Fls495A554.pdf del expediente digitalizado).
- Contrato 000046 del 27 de enero de 2006 Reposición acueducto carrera 3 calles 8 A 9 en el Municipio de Aguadas, plazo 45 días, con anexo No. 1 al contrato, (fls. 546 a 554 del archivo 11C1Fls495A554.pdf del expediente digitalizado).
- Contrato 000051 del 27 de enero de 2006 Obras de reposición alcantarillado calle 10 No. 12— 460 en el municipio de La Dorada, plazo 45 días, con anexo 1 al contrato, (fls. 555 a 563 del archivo 12C1Fls555A597.pdf del expediente digitalizado).
- Contrato 000054 del 27 de enero de 2006 Obras pavimentación por reposición alcantarillado carrera 7 calles 29 A 30 en el Municipio de Supía, Caldas, plazo 45 días, (fls. 564 a 569 del archivo 12C1Fls555A597.pdf del expediente digitalizado)
- Contrato 000057 del 27 de enero de 2006 Obras reposición alcantarillado carrera 6B calles 44 y 45 en el municipio de La Dorada, Caldas, plazo 45 días, (fls. 570 a 577 del archivo 12C1Fls555A597.pdf del expediente digitalizado)
- Contrato 000059 del 27 de enero de 2006 Obras reposición acueducto calle 4 carreras 8 a 9 en el Municipio de Salamina, Caldas, plazo 45 días, (fls. 578 a 582 del archivo 12C1Fls555A597.pdf del expediente digitalizado)

- Contrato 000060 del 27 de enero de 2006 Obras reposición alcantarillado calle 3 carreras 5 A 6 en el Municipio de Salamina, Caldas, plazo 45 días, con anexo No. 1 al contrato, (fls. 583 a 589 del archivo 12C1Fls555A597.pdf del expediente digitalizado).
  - Contrato 000061 del 27 de enero de 2006 Obras reposición alcantarillado calle 10 carreras 7 y 8 en el Municipio de La Dorada, Caldas, plazo 45 días, con anexo No. 1 al contrato (fls. 590 a 597 del archivo 12C1Fls555A597.pdf del expediente digitalizado).
  - Orden de trabajo 000018 del 27 de enero de 2006 Obras civiles reposición alcantarillado sector Iván Vélez en el corregimiento de Arauca, Caldas, plazo 3 meses. (fls. 598 a 597 del archivo 13C1Fls598A5640.pdf del expediente digitalizado).
- El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Desarrollo Económico, mediante la Resolución No. 1096 del 17 de noviembre de 2000<sup>9</sup> adoptó el *Reglamento Técnico para el Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico – RAS*", en él señaló los requisitos técnicos que deben cumplir los diseños, las obras y procedimientos correspondientes al Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico. En el capítulo X estipuló las calidades y requisitos que debe cumplir el INTERVENTOR de las obras cuando se trata de diseños hidráulicos y sanitarios, estructurales o geotécnicos, elementos no estructurales, entre otros así:

#### “CAPITULO XI

##### CALIDADES Y REQUISITOS DE LOS PROFESIONALES

**ARTÍCULO 53.- CALIDAD DE LOS DISEÑADORES Y DE LOS INTERVENTORES O REVISORES DE DISEÑO.** *El diseñador y el interventor o revisor de diseño, deben ser ingenieros civiles o sanitarios cuando se trate de diseños hidráulicos y sanitarios, ingenieros civiles cuando se trate de diseños estructurales o geotécnicos, arquitectos o ingenieros civiles en el caso de diseños de elementos no estructurales, ingenieros mecánicos para las instalaciones mecánicas, ingenieros electricistas para las instalaciones eléctricas o ingenieros electrónicos para los equipos electrónicos. Las personas naturales o jurídicas que elaboren proyectos deben contar con profesionales con las calidades antes mencionadas. **En todos los casos deben tener matrícula profesional vigente** y los requisitos de experiencia que se señalan en el Artículo a continuación.*

(...)

**ARTÍCULO 57.- INTERVENTORIA DE CONSTRUCCIÓN U OPERACION.** **Los trabajos de interventoría incluyen las**

<sup>9</sup>

[https://www.cvc.gov.co/sites/default/files/Sistema\\_Gestion\\_de\\_Calidad/Procesos%20y%20procedimientos%20Vigente/Normatividad\\_Gnl/Resolucion%201096%20de%202000-Nov-17.pdf](https://www.cvc.gov.co/sites/default/files/Sistema_Gestion_de_Calidad/Procesos%20y%20procedimientos%20Vigente/Normatividad_Gnl/Resolucion%201096%20de%202000-Nov-17.pdf)

**actividades relacionadas con** el control administrativo y la revisión técnica de construcción de proyectos, montaje de equipos, suministros llave en mano o interventoría a **la operación de sistemas de agua potable y saneamiento básico**, según sea el caso. En los aspectos administrativos el interventor debe supervisar y controlar entre otros: el cronograma de ejecución de la obra y el desarrollo de las actividades programadas, las cantidades de obra contratadas, los costos unitarios, alcance de los proyectos, y el cumplimiento de las condiciones y obligaciones contractuales de los trabajos de construcción u operación. **En los aspectos técnicos el interventor deberá ejercer la supervisión y control que garanticen el correcto cumplimiento de los procedimientos y Normas Técnicas establecidos en el presente Reglamento ya sea para la construcción de proyectos, el montaje de equipos, suministros llave en mano y/o a la operación de los sistemas de agua potable y saneamiento básico cuando esta es contratada por el municipio con un tercero.**

**ARTÍCULO 58.- CALIDADES DEL INTERVENTOR.** **Los interventores deben ser ingenieros civiles o ingenieros sanitarios con matrícula profesional vigente. Podrán ser personas jurídicas siempre y cuando cuenten con profesionales con las calidades exigidas en esta sección.**

**ARTÍCULO 59.- INTERVENTORÍA ESPECIALIZADA.** En el caso de que las actividades a realizar en los campos de la ingeniería mecánica, eléctrica o electrónica tengan peso significativo en un proyecto de agua potable y saneamiento básico, los interventores deben ser ingenieros mecánicos, electricistas o electrónicos.

**ARTÍCULO 60.- EXPERIENCIA DEL INTERVENTOR.** El interventor debe poseer una experiencia mayor o igual a la indicada en la tabla No. 7, contada a partir de la expedición de la matrícula profesional, demostrable con trabajos de interventoría ejecutados directamente o bajo la dirección de un profesional con experiencia en el área de construcción, en una o varias actividades, como obras civiles, hidráulicas y/o sanitarias, estructurales, geotécnicas, o en la operación de sistemas de agua potable y saneamiento básico, según el caso

(...)

**ARTÍCULO 61.- GRADOS DE SUPERVISIÓN DE LA INTERVENTORÍA TÉCNICA.** **En la construcción de proyectos de acueductos, recolección y disposición de aguas residuales, potabilización, tratamiento de aguas residuales y aseo, se establecen dos grados de Supervisión: Supervisión técnica continua y Supervisión técnica itinerante.** El grado de supervisión técnica que se debe emplear está determinado por el Nivel de Complejidad del Sistema y se especifica en la Tabla No. 8.

TABLA No. 8

Grado de supervisión técnica según el Nivel de Complejidad del Sistema Grado de Supervisión Técnica A Emplear	NIVEL DE COMPLEJIDAD DEL SISTEMA			
	Bajo	Medio	Medio Alto	Alto
A – Continua	-----	-----	Obligatorio	Obligatorio
B – Itinerante	Obligatorio	Obligatorio	-----	-----

Adicionalmente, el diseñador hidráulico, sanitario, estructural, o el ingeniero geotecnista, puede exigir cualquier grado de supervisión técnica según el grado de innovación, complejidad, procedimientos constructivos y materiales especiales empleados, o condiciones en las que la obra la hagan necesaria.

**ARTÍCULO 62.- ALCANCE DE LA SUPERVISIÓN DE LA INTERVENTORÍA TÉCNICA.** La supervisión técnica debe, como mínimo, cubrir los siguientes aspectos:

1. **Control permanente y supervisión técnica de todos los trabajos realizados de manera que se garantice que éstos se llevan a cabo siguiendo los requisitos del presente Reglamento. La supervisión técnica incluye trabajos de construcción, trabajos geotécnicos, trabajos estructurales y en general todos los trabajos técnicos relacionados con el alcance del presente Reglamento.**

2. Aprobación del plan de calidad de la construcción de los elementos estructurales y no estructurales cuando su grado de desempeño así lo requiera. Este plan de calidad debe ser propuesto por el constructor.

3. Aprobación del laboratorio, o laboratorios, que realicen los ensayos de control de calidad.

4. Realización de los controles exigidos por este Reglamento Técnico.

5. Aprobación de los procedimientos constructivos propuestos por el constructor. 6. Exigir a los diseñadores el complemento o corrección de los planos cuando estos estén incompletos, indefinidos, o tengan omisiones.

7. Solicitar al ingeniero estructural o no estructural, hidráulico, geotécnico, sanitario, mecánico o eléctrico, las recomendaciones complementarias a su diseño o estudio cuando se encuentren situaciones no previstas.

8. Mantener actualizado un registro escrito de todas las labores realizadas en un libro diario de obra.

9. **Velar en todo momento por la obtención de la mejor calidad de la obra.**

**10. Prevenir por escrito al constructor sobre posibles deficiencias en la mano de obra, equipos, procedimientos constructivos, materiales inadecuados, y vigilar para que se tomen los correctivos necesarios.**

11. Recomendar la suspensión de labores de construcción de la obra cuando el constructor no cumpla o se niegue a cumplir con los planos, especificaciones y controles exigidos, informando, por escrito, a las autoridades municipales o distritales que expidieron la licencia de construcción.

12. Rechazar los elementos estructurales o no estructurales, que no cumplan con los planos y especificaciones previstas por este Reglamento o por las normas referenciadas por este, salvo cuando existan estudios profundos que soporten condiciones aceptables diferentes a las estipuladas en este Reglamento.

**13. Ordenar los estudios necesarios para evaluar la seguridad de la parte o partes afectadas y ordenar las medidas correctivas correspondientes, supervisando los trabajos de reparación.**

14. En caso de no ser posible la reparación, recomendar la remoción o demolición de los elementos de la obra a las autoridades municipales o distritales que expidieron la licencia de construcción.

15. Expedir la constancia en el artículo siguiente.

(...)

**ARTÍCULO 64.- CONTROLES EXIGIDOS EN LA INTERVENTORIA TECNICA.** El interventor debe realizar dentro del alcance de sus trabajos los que se establecen a continuación:

1. Control de planos. El control de planos para los dos grados de supervisión técnica debe consistir, como mínimo, en la constatación de la existencia de todas las indicaciones necesarias para poder realizar la construcción de una forma adecuada con los planos del proyecto.

2. Control de especificaciones. El control de las especificaciones de la construcción de la obra debe llevarse a cabo cumpliendo, como mínimo, las especificaciones técnicas contenidas dentro de la presente norma, y las particularidades contenidas en los planos y especificaciones producidas por los diseñadores, las cuales en ningún caso podrían ser contrarias a lo dispuesto en este Reglamento.

3. Control de materiales. El interventor debe exigir que la construcción de la obra se realice utilizando materiales que cumplan con los requisitos generales y con las normas técnicas de calidad establecidas y referenciadas por este documento. El interventor debe solicitar los certificados de conformidad con las normas correspondientes cuando el Reglamento lo exija.

4. Ensayos de control de calidad durante la construcción. El interventor aprobará al constructor la frecuencia de toma de muestras y el número de ensayos prescritos por esta normativa, que deben realizarse en un laboratorio o laboratorios previamente aprobados por el interventor. El interventor debe realizar una interpretación de los resultados de los ensayos ejecutados definiendo explícitamente la conformidad de los materiales con las normas técnicas exigidas.

5. Control de la ejecución

**6. El interventor debe inspeccionar y vigilar todo lo relacionado con cada una de las etapas de ejecución o procedimientos en la construcción, en concordancia con los requisitos de los planos y especificaciones del diseño de la obra, con la ayuda del personal auxiliar, y según el grado de supervisión recomendado.**

7. Procedimientos adicionales de control. Se recomienda implantar un programa de aseguramiento de la calidad para la supervisión técnica continua.

**El interventor debe verificar que el constructor disponga para la obra los medios adecuados de dirección, mano de obra, maquinaria y equipos, suministro de materiales, y en especial de un programa de aseguramiento de calidad que sea llevado a cabo con el fin de:**

**\* Definir la calidad que debe ser alcanzada**

**\* Obtener dicha calidad**

**\* Verificar que la calidad ha sido alcanzada**

**\* Demostrar que la calidad ha sido definida, obtenida y verificada**

(...)

**ARTÍCULO 66.- PERSONAL AUXILIAR PROFESIONAL Y NO PROFESIONAL. Las calificaciones y experiencia requeridas del personal profesional y no profesional, como los inspectores, controladores y técnicos, se dejan a juicio del supervisor técnico, pero deben ser conmensurables con las labores que se le encomienden y el tamaño, importancia y dificultad de la obra”.**

En ese sentido y de acuerdo con lo solicitado en las pretensiones de la demanda, se tiene que EMPOCALDAS S.A. E.S.P. aduce la configuración de una culpa grave culposa del Auxiliar de Ingeniería Sr. GUILLERMO GIRALDO GARCÍA, bajo el argumento de que en su condición de Interventor del Contrato No. 000135/2005, incumplió el deber de supervisar las obras, señalando de manera concreta cuáles fueron las conductas irregulares frente al hecho por el que resultó condenada la entidad, las cuales consisten en: - Fallas en sus deberes de información como interventor respecto de la

contratista. -Fallas en el desarrollo del entibado, en virtud que tenía conocimiento de la existencia del tubo de acueducto y por lo tanto le faltó la toma de medidas correctivas a efectos de evitar su rompimiento, de igual forma por el abandono de las obras mientras las mismas se estaban desarrollando; por lo tanto, considera que este actuar comprometió la responsabilidad de la entidad.

Atendiendo lo anterior, se analizará si el actuar culposo de aquél comprometió la responsabilidad de la entidad, partiendo de las funciones del cargo para el cual fue contratado de Auxiliar de Ingeniería:

El Consejo de Estado sobre este medio de control de Repetición de acuerdo a las funciones del cargo, ha precisado<sup>10</sup>:

***“El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición<sup>11</sup> y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77<sup>12</sup> y 78<sup>13</sup> del C. C. A. Así, dijo<sup>14</sup> que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.*”**

*Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley.*

***Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta...”***

En reciente sentencia de unificación SU-354-20, la Corte Constitucional, fijó siete presupuestos constitucionales que fijan el ámbito de la acción de repetición y el marco que gobierna la actuación de los funcionarios competentes para resolverla, dentro de ellas debe tener en cuenta las funciones del agente y el grado de exigencia:

***“Presupuesto 1: La prosperidad de la acción de repetición está determinada por la acreditación, por parte de la entidad demandante, de los siguientes supuestos ante el juez contencioso administrativo:***

<sup>10</sup>Consejo de Estado, 26 de febrero de 2014, radicación: 25000-23-26-000-2011-00478-01(48384), c.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>11</sup> Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218

<sup>12</sup> Sentencia C -100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001

<sup>13</sup> Sentencia C - 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000

<sup>14</sup> Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865

(i) La existencia de una providencia judicial condenatoria, un acuerdo conciliatorio, una transacción o cualquier otro documento válido para finalizar un conflicto, en el que se le imponga al Estado la obligación de pagar una suma de dinero por haber causado un daño antijurídico;

(ii) La calidad del demandado como servidor del Estado o particular que cumplía funciones públicas para el momento en que ocurrió el daño antijurídico;

(iii) El pago de la obligación dineraria al destinatario; y

(iv) La atribución de la conducta determinante del daño antijurídico al agente a título de dolo o culpa grave.

**- Presupuesto 2:** La atribución de la conducta determinante del daño antijurídico al agente, a título de dolo o culpa grave, implica probar ante el juez contencioso administrativo que, al margen del análisis efectuado en la providencia de responsabilidad del Estado:

(i) El daño antijurídico haya tenido su origen en una acción u omisión del demandado; y

(ii) Que tal actuación, conforme a la normatividad vigente para la época en que se presentó el daño antijurídico: (a) estuvo dirigida a “la realización de un hecho ajeno a las finalidades del Estado” (dolo), o (b) es calificable como “una infracción directa a la Constitución o a la ley” o “una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones” (culpa grave)<sup>[216]</sup>.

**- Presupuesto 3:** Las presunciones legales de dolo y culpa grave contempladas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001:

(i) No relevan a la entidad actora de probar ante el juez contencioso administrativo que (a) el daño antijurídico tuvo su origen en una acción u omisión atribuible al demandado, y que (b) tal actuación se enmarca en alguno de los supuestos legales (i.e. desviación de poder o infracción manifiesta e inexcusable de una norma de derecho); y

(ii) Ante la demostración de que la actuación del agente se enmarca en alguno de los supuestos legales, eximen a la entidad de acreditar que la acción u omisión estuvo dirigida a “la realización de un hecho ajeno a las finalidades del Estado”, o es calificable como “una infracción directa a la Constitución o a la ley” o “una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”.

**- Presupuesto 4: A efectos de garantizar el derecho al debido proceso, en el trámite de repetición la valoración en torno a la existencia de dolo o culpa grave debe realizarse de manera integral, y para determinar la responsabilidad del agente, está excluida la posibilidad de extrapolar las conclusiones sobre la responsabilidad del Estado o del agente que puedan estar contenidas en la providencia condenatoria a la administración. Por consiguiente, el juez contencioso debe examinar todos los**

**elementos de juicio allegados al proceso de repetición y realizar un análisis totalmente independiente, en el cual el demandado tenga la oportunidad real de ejercer su defensa.**

**- Presupuesto 5: A fin de determinar si el daño antijurídico tuvo su origen en una acción u omisión atribuible al demandado, así como si dicha actuación fue dolosa o gravemente culposa, el juez de lo contencioso administrativo debe valorar los aspectos propios de la gestión pública, tales como: (i) las funciones del agente contempladas en la ley y en el reglamento, o (ii) el grado de diligencia que le sea exigible al servidor en razón de los requisitos para acceder al cargo, la jerarquía del mismo en la escala organizacional o la retribución económica por los servicios prestados.**

**- Presupuesto 6:** Una vez constatada la responsabilidad patrimonial del agente, el juez de lo contencioso administrativo deberá determinar el monto a reintegrar al Estado por parte del servidor, adoptando las previsiones respectivas para que la condena de repetición no se convierta en una decisión que, en razón de su desproporción, vulnere los derechos fundamentales por resultar una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas. Con tal propósito, sin entrar a analizar las condiciones subjetivas del funcionario<sup>[217]</sup>, el operador jurídico debe:

(i) Valorar el grado de participación del demandado en los hechos que dieron lugar al daño y las circunstancias objetivas de las relaciones entre los funcionarios y la administración, pues puede ocurrir que: (a) la responsabilidad sea atribuible a múltiples personas debido a la distribución de funciones y jerarquías dentro de la institución pública; (b) el perjuicio causado se derive en parte del riesgo inherente a la actividad de la entidad; o (c) el menoscabo se origine, entre otras razones, por fallas estructurales en los diseños de los procesos misionales de la administración;

(ii) Tener en cuenta circunstancias atenuantes que, a pesar de no tener la entidad para modificar la calificación de la actuación del agente como dolosa o gravemente culposa, sí influyen en el monto del reintegro que debe efectuar el servidor, como sucede en los casos en que las acciones u omisiones que causaron el daño persiguieron un fin legítimo y no se realizaron de mala fe;

(iii) Precaer que el monto a reintegrar no sea mayor a la obligación impuesta al Estado, con lo cual, por ejemplo, el funcionario no debe asumir los intereses que se causen desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria hasta su efectivo pago por parte de la administración; e

(iv) Identificar el verdadero valor del daño atribuible al agente, ya que, en algunas ocasiones, la condena al Estado puede verse seriamente incrementada por factores ajenos a la voluntad del servidor y que, por ello, no le resultan imputables. Por consiguiente, debe evitarse que el servidor asuma: (a) las consecuencias de la demora en la resolución del proceso judicial en el que se determinó la responsabilidad de la administración; o (b) el pago de elementos de la reparación que tengan

*un objetivo mayor al resarcimiento del perjuicio concreto que causó el agente, como ocurre con medidas de no repetición dirigidas a superar problemáticas institucionales. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que no siempre todo el valor del daño es susceptible de trasladarse al agente responsable a título de dolo o culpa grave, atendiendo a criterios de proporcionalidad en el ejercicio de la función pública y a la responsabilidad que cabe a quienes actúan a nombre del Estado.*

*- **Presupuesto 7:** En casos en los que existan dudas en torno a la forma en la que deba realizarse la imputación de la responsabilidad patrimonial al agente del Estado o en relación con la fijación del monto de la condena, la administración, a fin de determinar si promueve la pretensión de regreso, y el juez contencioso administrativo, al momento de resolver el caso, deben tener como criterios orientadores de su actuación que la acción de repetición tiene: (i) una naturaleza subsidiaria, subjetiva y sujeta a criterios de proporcionalidad, y (ii) una triple funcionalidad, a saber: resarcitoria, preventiva, y retributiva.”*

Bajo el anterior contexto y dado que al juez administrativo le corresponde valorar las funciones del agente, el grado de diligencia exigible al servidor público y la jerarquía del mismo, se concluye entonces una falencia por parte de la entidad en nombrar un interventor no idóneo, situación acreditada en la actuación, al respecto se puede verificar:

- Según la naturaleza y funciones del cargo de **Auxiliar de Ingeniería**, se extrae, que una de ellas es “**Realizar labores de *inspección y de apoyo al Ingeniero de Zona***” según constancia expedida por la Jefe de Gestión Humana de EMPOCALDAS S.A., **funciones que no se atemperan con las calidades que debe cumplir un interventor de obra** según la resolución No. 1096 del 17 de noviembre de 2000 que adoptó el Reglamento Técnico para el Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico – RAS, en el que indica que los interventores deben ser ingenieros civiles o ingenieros sanitarios con matrícula profesional vigente cuyo deber está en inspeccionar y vigilar todas las etapas de la ejecución del contrato con la ayuda del personal auxiliar.
- De acuerdo a lo anterior el señor GUILLERMO GIRALDO GARCÍA, no cumplía con las calidades para ser interventor, pues de acuerdo al material probatorio aportado por EMPOCALDAS S.A. E.S.P. al pronunciarse sobre las excepciones propuestas, da cuenta que el señor GUILLERMO ostenta la calidad de TECNÓLOGO EN OBRAS CIVILES, título otorgado por la UNIVERSIDAD DEL QUINDÍO el 23 de julio de 1998, y que aportó con la respectiva acta de grado (fls. 634 y 635 del archivo 13C1Fls598A640.pdf del expediente digitalizado).
- Se agrega además que a la par con la interventoría asignada en la ejecución del contrato objeto de esta controversia, le fueron asignadas otras interventorías al señor Guillermo en otros Municipios de Caldas, como son las de los contratos Nos. 0000136 del 21 de diciembre de 2005, 0000131 del 28 de diciembre de 2005, 0000134 del 28 de diciembre de 2005, 000030 del 26 de enero de 2006, 000039 del 27 de enero de 2006, 000040 del 27 de enero de 2006, 000041 del 27 de

enero de 2006, 000046 del 27 de enero de 2006, 000051 del 27 de enero de 2006, 000054 del 27 de enero de 2006, 000057 del 27 de enero de 2006, 000059 del 27 de enero de 2006, 000060 del 27 de enero de 2006, 000061 del 27 de enero de 2006, Orden de trabajo 000018 del 27 de enero de 2006.

- También se suma la interventoría de los contratos que venía supervisando en el último bimestre de 2005, con plazo de 60 días y 3 meses.
- Y de lo afirmado por el integrante del Comité de Conciliación Ingeniero Sergio Humberto Lopera Proaños, se extrae que la interventoría era de carácter itinerante, por lo plasmado en el acta que formuló la acción de repetición en contra del aquí demandado: **“Sobre la decisión de proceder a la formulación de la acción de repetición en contra del interventor del Contrato Guillermo Giraldo quien ocupaba el cargo de Auxiliar de Ingeniería, el integrante del comité de conciliación Ingeniero Sergio Humberto Lopera Proaños, se aparta de la decisión mayoría, en cuanto expresa que para la época de los hechos las interventorías internas realizadas por los mismos trabajadores de la Empresa no eran constantes, en tanto los contratista tenían Ingenieros residentes, además las políticas sobre las visitas a las obras en ejecución no estaban definidas como constantes, además el funcionario designado no había sido traslado a la Seccional de La Dorada....”** (Fl. 313 del archivo 06C1Fls256A315.pdf del expediente digitalizado)

Ahora, la entidad demandante en su escrito manifestó que el señor GUILLERMO no se opuso a realizar las labores asignadas de interventoría, el Despacho infiere que tal actitud fue asumida por el Auxiliar de Ingeniería atendiendo las demás funciones que le fueron asignadas, entre ellas, las de **“10. Cumplir las demás responsabilidades que en razón de su cargo le asigne su superior inmediato”**. Y en el OTRO SÍ del contrato laboral firmado el 1-08-2005 que **“(...) se obliga poner al servicio de la Entidad, su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva en el desempeño del cargo de: AUXILIAR DE INGENIERIA, en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las ordenes que le impartan sus superiores,**

Entonces las fallas que alude la entidad cometió el interventor quien tenía la calidad de Auxiliar de Ingeniería no era una carga de su competencia; pues en la verificación de la constancia de sus funciones aportadas por EMPOCALDAS, no están las de: Velar por la obtención de la mejor calidad de la obra, prevenir por escrito al constructor sobre posibles deficiencias en la mano de obra, procedimientos constructivos, y vigilar para que se tomen los correctivos necesarios, como tampoco las de ordenar los estudios necesarios para evaluar la seguridad de la parte o partes afectadas y ordenar las medidas correctivas correspondientes, supervisando la ejecución de los trabajos, correspondiendo éstas a un interventor de obra profesional en ingeniería, con tarjeta profesional vigente según la resolución No. 1096 del 17 de noviembre de 2000, pudiendo éste tener como ayudante un auxiliar no profesional con las calidades y experiencia requerida.

Ahora, existen diferencias entre la supervisión del contrato y la interventoría<sup>15</sup>:

**“La supervisión de un contrato estatal consiste en “el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercido por la misma entidad estatal cuando no se requieren conocimientos especializados”**

**“La interventoría es el seguimiento técnico a la ejecución de contratos de distintas tipologías, realizado por una persona natural o jurídica contratada para ese fin por la Entidad Estatal, en los siguientes casos: (i) cuando la ley ha establecido la obligación de contar con esta figura en determinados contratos, (ii) cuando el seguimiento del contrato requiera del conocimiento especializado en la materia objeto del mismo, o (iii) cuando la complejidad o la extensión del contrato lo justifique.**

No obstante, la Entidad Estatal puede determinar que la interventoría cubra no sólo acciones de carácter técnico, sino también administrativo, financiero, contable y/o jurídico.

El contrato de interventoría es principal y autónomo y aunque el objeto del mismo supone la existencia de otro contrato respecto del cual se va a ejercer la vigilancia, el mismo es independiente de este último y por lo tanto, su existencia no depende de la existencia del contrato vigilado.

Sin embargo, los contratos de interventoría pueden prorrogarse por el mismo plazo que se hubiera prorrogado el contrato objeto de vigilancia con el fin de que no se interrumpa el seguimiento al contrato vigilado<sup>2</sup>.

**El contrato de Interventoría debe ser supervisado directamente por la Entidad Estatal, en consecuencia, siempre que una Entidad Estatal suscriba este tipo de contratos debe designar a un funcionario que haga la supervisión del contrato y que verifique su cumplimiento en las condiciones pactadas.”**

Diferencias entre las dos figuras:

**“La supervisión es ejercida por la Entidad Estatal, mientras que la interventoría es realizada por persona natural o jurídica contratada para ese fin.**

• **La supervisión siempre involucra el seguimiento administrativo, financiero, contable y jurídico. La interventoría siempre involucra el seguimiento técnico y solo si la Entidad**

<sup>15</sup>

[https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce\\_guia\\_para\\_el\\_ejercicio\\_de\\_las\\_funciones\\_de\\_supervision\\_e\\_interventoria\\_de\\_los\\_contratos\\_del\\_estado.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_el_ejercicio_de_las_funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf)

**Estatal lo considera necesario, puede corresponder a temas financieros, contables administrativos y jurídicos.**

• **La supervisión no requiere conocimientos especializados y la interventoría sí.**

• **La supervisión siempre debe ser ejercida por un funcionario mientras que la interventoría siempre es ejercida por un contratista.”**

Visto lo anterior se puede decir que el personal designado como interventor para hacerle seguimiento al contrato de obra No. 000135/2005 adolecía de capacidad técnica para ejercer las funciones de interventoría, dado que el mismo requería de un ingeniero representado en una persona natural o jurídica (persona externa), con conocimientos especializados de conformidad lo establecido en la Resolución No. 1096 de 2000, que establece que los interventores de las obras deben ser ingenieros civiles o sanitarios cuando se trate de diseños hidráulicos y sanitarios.

Bajo las anteriores exposiciones frente a este asunto en particular, se desvirtúan los dichos de la demanda, sin que sea posible para esta funcionaria realizar un análisis de fondo frente a otros aspectos relacionados con que el error lo cometió la misma entidad al designar como interventor de la obra a un técnico en obras civiles; es decir, sin las calidades estipuladas por la norma.

#### **5.4. Conclusión:**

Teniendo en cuenta que el cargo formulado en la demanda se sustenta básicamente en las motivaciones contenidas en la sentencia proferida dentro de la Acción de Reparación Directa, no resulta suficiente para comprometer la responsabilidad del demandado y por ende, a partir de ella no puede arribarse a la conclusión de que la conducta del Sr. GUILLERMO GIRALDO GARCÍA hubiere sido gravemente culposa, dadas sus funciones sólo de inspección y apoyo al ingeniero de zona. Debió la entidad por lo tanto probar los elementos que configuraban la responsabilidad del servidor público para la época, entre otros, el elemento subjetivo de la conducta, cuya falta de acreditación queda advertida.

Acorde a lo dicho en precedencia habrá de declararse probada la excepción de **"AUSENCIA DE PRUEBAS PARA DETERMINAR UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA POR PARTE DEL SEÑOR JUAN GUILLERMO GIRALDO GARCÍA"** planteada por la parte demandada, negando en consecuencia las pretensiones de la demanda.

#### **5.5. Costas:**

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la demanda se presentó con fundamentos razonables, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

4. FALLA:

**PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE "AUSENCIA DE PRUEBAS PARA DETERMINAR UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA POR PARTE DEL SEÑOR JUAN GUILLERMO GIRALDO GARCÍA"** planteada por la parte demandada.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de REPETICIÓN inició **EMPOCALDAS S.A. E.S.P.** en contra del Sr. **JUAN GUILLERMO GIRALDO GARCIA**.

**TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS** por lo expuesto.

**CUARTO: LIQUIDAR** los gastos del proceso y efectuar devolución de los remanentes a que hubiere lugar.

**QUINTO: ARCHIVAR** la actuación, una vez **EJECUTORIADA** esta providencia, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE**

**Firmado Por:**

**Maria Isabel Grisales Gomez  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
004  
Manizales - Caldas**

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

Código de verificación:

**6aa492e9326a07d4233ad270d3cfe74a54165a962cbd3ff2d1ad0d3d04f8525**  
a

Documento generado en 03/06/2022 05:11:41 PM

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

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