

Cali, Julio de 2023

Doctor(a):

**JUZGADO CATORCE (14) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
CALI – VALLE DEL CAUCA**

E. S. D.

Radicado: 76001-33-33-014-2021-00087-00
Demandante: GRACIELA CORTES DE MORENO
Demandado: UGPP
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Referencia: Contestación de demanda

VICTOR HUGO BECERRA HERMIDA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 14.892.103 Abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 145.940 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado de la parte demandada, con poder especial conferido por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP** y con el fin de amparar el Derecho de Defensa de la entidad mencionada, con todo respeto me permito **CONTESTAR LA DEMANDA**, con base en los siguientes argumentos:

RESPECTO A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

AL HECHO PRIMERO: ES CIERTO, este hecho puede constatarse a través del análisis de las piezas procesales que componen el expediente administrativo y las aportadas al plenario junto con la demanda, especialmente se pueden corroborar con la copia del registro civil de defunción del señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D.).

AL HECHO SEGUNDO: Este acápite contiene dos supuestos de hecho que me permito dar contestación en los siguientes términos:

- **A.** Frente al primero de ellos: Al afirmarse que la señora GRACIELA CORTES DE MORENO y el señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D.) contrajeron matrimonio: ES CIERTO este hecho puede constatarse a través del análisis de las piezas procesales que componen el expediente administrativo y las aportadas al plenario junto con la demanda, especialmente con la copia del registro civil de matrimonio.
- **B.** Frente al segundo de ellos: Al indicarse que la demandante GRACIELA CORTES DE MORENO dependía económicamente del causante: NO ME COSNTA: se avienen a apreciaciones subjetivas del comedido libelista con las cuales pretende beneficios a favor de su prohijada; de igual manera se indica que frente a este hecho, es el juez mediante la sana critica el encargado de determinar mediante la evaluación e inspección minuciosa del acervo probatorio obrante en el cartulario y las pruebas que se decreten y recuden, si este hecho se considera ajustado a la realidad.

AL HECHO TERCERO: ES CIERTO, este hecho puede constatarse a través del análisis de las piezas procesales que componen el expediente administrativo y las aportadas al plenario junto con la demanda.

AL HECHO CUARTO: NO ME COSNTA: se avienen a apreciaciones subjetivas del comedido libelista con las cuales pretende beneficios a favor de su prohijada; de igual manera se indica que frente a este hecho, es el juez mediante la sana critica el encargado de determinar mediante la evaluación e inspección minuciosa del acervo probatorio obrante en el cartulario y las pruebas que se decreten y recuden, si este hecho se considera ajustado a la realidad.



AL HECHO QUINTO: ES CIERTO, este hecho puede constatarse a través del análisis de las piezas procesales que componen el expediente administrativo y las aportadas al plenario junto con la demanda, específicamente con la copia del registro civil de nacimiento de los hijos en común entre la demandante y el causante.

AL HECHO SEXTO: NO ME CONSTA, se hace referencia a hechos y situaciones jurídicas suscitadas al margen de mi representada; por lo cual, frente a este hecho me atengo a lo que resulte probado en el proceso conforme la documental aportada y/o pruebas decretadas.

AL HECHO SÉPTIMO: ES CIERTO, este hecho puede constatarse a través del análisis de las piezas procesales que componen el expediente administrativo y las aportadas al plenario junto con la demanda.

AL HECHO OCTAVO: ES CIERTO, este hecho puede constatarse a través del análisis de las piezas procesales que componen el expediente administrativo y las aportadas al plenario junto con la demanda.

AL HECHO NOVENO: ES CIERTO, este hecho puede constatarse a través del análisis de las piezas procesales que componen el expediente administrativo y las aportadas al plenario junto con la demanda.

AL HECHO DÉCIMO: ES CIERTO, este hecho puede constatarse a través del análisis de las piezas procesales que componen el expediente administrativo y las aportadas al plenario junto con la demanda.

AL HECHO DÉCIMO PRIMERO: ES CIERTO, este hecho puede constatarse a través del análisis de las piezas procesales que componen el expediente administrativo y las aportadas al plenario junto con la demanda.

AL HECHO DÉCIMO SEGUNDO: NO ME COSNTA: se avienen a apreciaciones subjetivas del comedido libelista con las cuales pretende beneficios a favor de su prohijada; de igual manera se indica que frente a este hecho, es el juez mediante la sana critica el encargado de determinar mediante la evaluación e inspección minuciosa del acervo probatorio obrante en el cartulario y las pruebas que se decreten y recuden, si este hecho se considera ajustado a la realidad.

AL HECHO DÉCIMO TERCERO: NO ME COSNTA: se avienen a apreciaciones subjetivas del comedido libelista con las cuales pretende beneficios a favor de su prohijada; de igual manera se indica que frente a este hecho, es el juez mediante la sana critica el encargado de determinar mediante la evaluación e inspección minuciosa del acervo probatorio obrante en el cartulario y las pruebas que se decreten y recuden, si este hecho se considera ajustado a la realidad.

AL HECHO DÉCIMO CUARTO: ES CIERTO, este hecho puede constatarse a través del análisis de las piezas procesales que componen el expediente administrativo y las aportadas al plenario junto con la demanda.

AL HECHO DÉCIMO QUINTO: ES CIERTO, este hecho puede constatarse a través del análisis de las piezas procesales que componen el expediente administrativo y las aportadas al plenario junto con la demanda.

AL HECHO DÉCIMO SEXTO: ES CIERTO, conforme con la documental arrimada al plenario junto con la demanda.



RESPECTO A LAS PRETENSIONES

Comedidamente manifiesto que me opongo a todas las pretensiones planteadas en la demanda que nos ocupa por ser carentes de fundamentos tanto fácticos como legales, razón por la que niego toda causa o derecho en que la accionante pretende fundamentar sus impetraciones, solicitando en consecuencia que se absuelva a mi mandante de los cargos imputados en ese libelo y se condene en costas a la parte actora.

PRIMERA: ME OPONGO: A que se declare la nulidad de la RESOLUCION RDP002882 con fecha de FEBRERO (09) del 2021, RESOLUCION RDP006625 con fecha de MARZO (13) del 2021, RESOLUCION #RDP008269 con fecha de ABRIL (07) del 2021.

Lo anterior como quiera que tales actos administrativos se encuentran ajustados a derecho y debidamente motivados. Al respecto es menester precisar que mi representada al estudiar el caso que nos ocupa, encontró que los actos administrativos mentados en el presente proceso fueron expedidos conforme a todos los presupuestos legales aplicables por tanto no es procedente solicitar la NULIDAD de estos, por tal motivo no es posible acceder a las pretensiones por no ser procedentes y no tener asidero jurídico y factico.

SEGUNDA: NOS OPONEMOS, en Cuanto a que no es posible acceder al reconocimiento pensional señalado en virtud de que la demandante no acredita los requisitos *sine qua non* para el reconocimiento de la prestación objeto de estudio, por tal razón no hay lugar al reconocimiento a favor de la actora de mesadas adicionales correspondientes a los meses de JUNIO Y DICIEMBRE, indexaciones y/o reajustes.

TERCERA: NOS OPONEMOS, en cuanto a que no es posible acceder al reconocimiento pensional señalado y por contera el pago de los intereses moratorios deprecados, en virtud de que la señora GRACIELA CORTES DE MORENO no acreditó los requisitos sine qua non para el reconocimiento de la prestación objeto de estudio.

CUARTA: NOS OPONEMOS, Frente a las facultades ultra y extra petita, me permito resaltar que al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C - 662 del 12 de Noviembre de 1998, al resolver sobre la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral preciso, “El ejercicio de la mencionada potestad que tienen los jueces laborales de primera instancia no es absoluto, pues presenta como límites el cumplimiento de las siguientes condiciones: i.) que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y ii.) que los mismos estén debidamente probados; y, además, iii.) que el respectivo fallo sea revisado por el superior, en una segunda instancia, quien “puede confirmar una decisión extra petita de la primera instancia, si ella es acertada, o revocarla en caso contrario, o modificarla reduciéndola si el yerro del inferior así lo impone, decisión que no puede ser aumentada ya que, de lo contrario, sería “superar el ejercicio de la facultad, llevarla más allá de donde la ejercitó el a quo y esto no le está permitido al ad quem”, ni tampoco agravarla en vigencia del principio procesal de la no reformatio in pejus, garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (C.P., arts. 29 y 31).”

QUINTA: NOS OPONEMOS: a que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad, en razón a que todas las actuaciones desplegadas por mi representada han estado enmarcadas en el principio de legalidad, en desarrollo cauteloso y responsable de sus funciones.

Adicional a lo anterior, hay que tener presente que las costas procesales son las erogaciones económicas en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta en el juicio. El Consejo de Estado en su sección segunda considera que las costas procesales se representan en los gastos ordinarios, las cauciones, el pago de los honorarios a los peritos, los gastos de publicaciones, los viáticos, entre otros, y encuadran en lo que se denomina expensas. Así mismo, comprenden en esta noción los honorarios del abogado, que en el aspecto jurídico son las agencias en derecho.



Dichos aspectos que conducen a una condena en costas, esto es la conducta de las partes, deben estar causadas y comprobadas, siendo consonantes con el artículo 365 del Código General del Proceso, descartándose así una apreciación objetiva que simplemente refiera quien resulte vencido para que le sean impuestas, consideración que mantuvo el ad-quo al imponerla, puesto que dentro del procedimiento no se advierte temeridad o mala conducta por parte de mí representada en los términos previstos del Art. 79 del C.G.P, no hay lugar a que en tal caso se imponga dicha condena.

Lo anterior, se reitera en el art. 280 del C.G.P. que establece que en la sentencia “El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella”.

ARGUMENTOS JURÍDICOS

La Sentencia C-111 del 2006, expresó que la finalidad de la pensión de sobrevivientes, es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Cualquier decisión administrativa, legislativa o judicial que desconozca esa realidad, e implique por consiguiente la reducción de las personas a un estado de miseria, abandono, indigencia o desprotección, debe ser reiterada del ordenamiento jurídico por desconocer la protección especial que la Constitución le otorgó al mínimo vital y a la dignidad humana como derechos inalienables de la persona, y a los principios constitucionales de solidaridad y protección integral de la familia, como soportes esenciales del Estado Social de Derecho.

La Sentencia C-1094 del 2003, señaló que la pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido.

Frente al requerimiento de acreditar que estuvo haciendo vida marital, la Corte ha sostenido que la finalidad es beneficiar a quienes realmente compartían vida con el causante, pues la pensión de sobrevivientes busca proteger a quien ha convivido permanente, responsable y efectivamente con el pensionado, asistiéndole en sus últimos días. Así se ampara una comunidad de vida estable y permanente, por oposición a una relación fugaz y pasajera.

De igual manera, frente al tópico de la convivencia como requisito para la concesión de sustitución pensional por muerte del pensionado, la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL 1399 de 2018, ha expresado:

(...) 2.1 La noción de convivencia

Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella “comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado” (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida».

“(…)En tratándose del compañero permanente, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante. En la sentencia CSJ SL680-2013, reiterada en SL1067-2014, la Corte recabó este criterio, así:



[...] En sentencia SL 32393, del 20 de mayo de 2008, reiterada en SL793-2013 y SL1402-2015, la Corte Suprema de Justicia explicó que: "(...)a pesar de que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, alude al «pensionado», el requisito de la convivencia durante 5 años es exigible también ante la muerte del «afiliado», pues el artículo 12 de la citada ley «conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a 'los miembros del grupo familiar' del pensionado o afiliado fallecido», motivo por el cual no existe un principio de razón suficiente para establecer diferencias fundadas exclusivamente en una u otra calidad. Además, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho, en la forma descrita a continuación. "

De otro lado, la demandante GRACIELA CORTES DE MORENO pretende el reconocimiento de una pensión de sobreviviente en calidad de cónyuge supérstite del señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D.), circunstancia que permite afirmar que la norma aplicable para establecer si la demandante le asiste o no el derecho que reclama son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que rezan:

"Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 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:*

Parágrafo 1°. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que, a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez."

Artículo 13. El artículo 47 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 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 o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. 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.

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 de edad, 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."

Ahora bien, atendiendo los preceptos que regulan la materia encontramos que es requisito *sine qua non* para acceder a la prestación pensional que se reclama, que la señora GRACIELA CORTES DE MORENO en su condición de cónyuge supérstite del pensionado MIGUEL MORENO (Q.E.P.D.), haya convivido con el causante por un periodo mínimo de 5 años continuos con anterioridad al deceso, circunstancia que no se encuentra acreditada



en el caso que nos ocupa, ni con las pruebas allegada en sede administrativa, ni a esta instancia judicial, por lo que no hay lugar a que se acceda a las pretensiones de la demanda.

Bajo estos términos, es de resaltar que no se ha logrado acreditar la convivencia entre la demandante y el señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D.), por el tiempo consagrado por la ley para el efecto; pues si bien es cierto de los documentos aportados con la demanda se puede presumir un vínculo entre la señora GRACIELA CORTES DE MORENO y el causante, con ello no se puede establecer con certeza que el requisito de la convivencia se haya cumplido.

Lo anterior sin olvidar que la carga probatoria de la convivencia le corresponde a quien pretende merecer la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, siendo del caso señalar que con las pruebas allegadas en el desarrollo de la actuación administrativa y las adjuntas con la demanda, la señora GRACIELA CORTES DE MORENO no logró acreditar la continuidad y permanencia requerida para determinar la existencia de una convivencia efectiva con el causante, durante el tiempo establecido por la ley, que dé lugar al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas de manera precedente, a partir de las cuales se vislumbra que la prestación económica por sobrevivencia en el ordenamiento jurídico colombiano busca salvaguardar los derechos derivados de verdaderas instituciones jurídicas, como la familia; respecto de las cuales se predicen acciones tendientes a crear una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, camino hacia un destino común, solidaridad, y vocación de permanencia, en el caso concreto no resulta procedente el reconocimiento del derecho deprecado, pues existen sendas dudas de la conformación de una vida en pareja, y mucho menos la consolidación de una convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento de la causante, en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia, para que el demandante pueda acceder a la prestación solicitada.

En consecuencia, UGPP no cuenta con elementos objetivos a partir de los cuales soportar el reconocimiento de la pensión solicitada. En ese orden ideas, sin estar acreditado el requisito de convivencia exigido por la ley 797 de 2003 y los preceptos desarrollados por la Honorable Corte Constitucional, resulta a todas luces improcedente la pretensión de reconocimiento de pensión de sobrevivientes invocada en la demanda.

En igual sentido la existencia de hijos en común entre GRACIELA CORTES DE MORENO y el señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D.) no otorga per se el derecho a la pensión que se pretende, pues como se ha venido señalando es necesario que se acredite convivencia durante los últimos 5 años de vida del pensionado.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo anterior, se indica que conforme la investigación en sede administrativa se pudo establecer que entre la señora GRACIELA CORTES DE MORENO y el señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D.), NO existió una convivencia efectiva bajo el mismo techo en condición de Cónyuge o compañera permanente, dentro , conforme a lo previsto en el Literal (a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, de acuerdo con la investigación administrativa se extrae que fue aportado las siguientes pruebas:

Por parte de la señora DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS se aportó a la actuación administrativa declaración extra juicio rendida ante la Notaria Diecinueve de Cali, de fecha 11 de agosto de 2020, mediante la cual manifiesta:

“(...) SEGUNDO Que la declaración aquí rendidas es libre de todo apremio y versa sobre los hechos de los cuales doy plena fe y testimonio en razón de que me consta personal y directamente.

TERCERO: Manifiesto bajo la gravedad de juramento, que conviví en unión libre bajo el mismo techo de manera permanente e ininterrumpida, con el señor MIGUEL MORENO, quien en vida se identificaba con cédula No. 296.461 de La Mesa - Cundinamarca, durante ocho (08) años, hasta el día en que él falleció, hecho ocurrido el día 31 de julio de 2020, formamos una unidad familiar, caracterizada por el amor y respeto mutuo, convivencia que fue ampliamente reconocida por nuestros familiares, amigos y conocidos (...)”



Por tal razón, no se puede demostrar si realmente existía una convivencia en vínculo marital entre el causante y la demandante o era solo una relación sentimental o de cordialidad por los hijos procreados en común.

En consecuencia, es indispensable para la UGPP comprobar la convivencia efectiva entre la cónyuge y el causante a fin de otorgar a la prestación de conformidad a la Ley, para el caso la Sentencia T- 425 de 2004 de la H. Corte Constitucional, indica:

“.....En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes 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. La Corte se pronunció al respecto de la siguiente manera en la sentencia T- 122 de 2000: “Factor primordial para la definición acerca de si quien solicita una pensión sustitutiva tiene o no derecho a ella es la demostración del nexo que existía entre el solicitante y el titular de la pensión, en cuanto se entiende que también esa persona y el resto de la familia dependían de las mesadas percibidas por aquél.

(..) Ha sostenido la Corte (Cfr., por ejemplo, la Sentencia T-566 del 7 de octubre de 1998, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) que la exigencia de demostrar la convivencia efectiva con el pensionado en los años anteriores a su muerte es imprescindible para obtener el derecho a la sustitución pensional. Y ha agregado que se trata de observar y acreditar una situación real de vida en común de dos personas, “dejando de lado los distintos requisitos formales que podrían imaginarse”. (....)

*La convivencia efectiva, que es esencial para tener derecho a la pensión sustitutiva, lo es precisamente por cuanto, a partir de la decisión de los compañeros permanentes, configura la familia. Pero, como esa convivencia entre ellos puede cesar, y cada uno de los miembros de la pareja está en posibilidad de establecer otras relaciones de la misma índole, es necesario que cuando alguien reclama haber tenido el carácter de compañero o compañera permanente respecto de quien ha perecido, para acceder al disfrute de la pensión sustitutiva, haya de demostrar que en efecto convivían en la época inmediatamente anterior al fallecimiento del pensionado.
(....)”*

De conformidad con las consideraciones anteriores, es procedente afirmar que la convivencia efectiva al momento de la muerte del causante, establece el hecho que legitima la sustitución pensional y que, por lo tanto, es el criterio rector material o real que debe ser satisfecho, tanto por la cónyuge como por la compañera permanente del titular de la prestación social, ante la entidad de seguridad social, para lograr que sobrevenida la muerte del pensionado, la sustituta obtenga la pensión y de esta forma el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos básicos e indispensables para subvenir o satisfacer las necesidades básicas.

Así las cosas se indica que el objetivo fundamental de la sustitución pensional pretendida es el de proteger a la familia. En efecto, la circunstancia de que el cónyuge o compañero permanente del causante deban cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivientes, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar. También busca favorecer económicamente a aquellos matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de continuidad; pero también, que dicha disposición intenta amparar el patrimonio del pensionado, de posibles maniobras fraudulentas realizadas por personas que, con la falsa motivación de instituir una vida marital responsable y comprometida, sólo pretenden derivar un beneficio económico de la transmisión pensional.

Es por ello que el Legislador, como mecanismo de protección a los miembros del grupo familiar, instituyó el requisito de la convivencia durante los últimos cinco años anteriores a la muerte para el compañero o cónyuge supérstite, con el fin de proteger a los beneficiarios legítimos de ser desplazados por quién solo busca aprovechar el beneficio económico. En lo fundamental, la referida progresión jurisprudencial ha estado encaminada a explicar y reafirmar la necesidad de instituir el requisito de convivencia como medida protectora a favor del afiliado, pensionado y los miembros del núcleo familiar llamados a gozar de la prestación. (...)

➤ **CONCLUSIONES:**



- En la hipótesis de que un afiliado o pensionado deje causado el derecho a la pensión o indemnización y se presenten a reclamar un compañero permanente que acredite convivencia de 5 años anteriores al fallecimiento y el cónyuge separado de hecho, debe exigirse a este último una cohabitación en pareja con el causante de por lo menos cinco años en cualquier tiempo.
- Teniendo en cuenta que el elemento determinante para acceder a la prestación se cifra en la convivencia real y efectiva al momento de la muerte, no existe razón para otorgar el derecho al cónyuge separado de cuerpos por la sola circunstancia de mantener formalmente el vínculo en el evento en que no existe compañero permanente con derecho, máxime cuando esta posibilidad no se contempló en la ley como una subregla de excepción.” (C-515-2019)

Por consiguiente, se puede concluir que en el caso en concreto el elemento determinante para acceder a la prestación es la convivencia real y efectiva al momento de la muerte del causante, por lo que no es procedente otorgar el derecho a la señora Graciela Cortes De Moreno separada de cuerpos por la sola circunstancia de mantener formalmente el vínculo, máxime cuando esta posibilidad no se contempló en la ley como una subregla de excepción.

Así las cosas, la señora GRACIELA CORTES DE MORENO al no acreditar la convivencia con el causante dentro de los últimos cinco (5) años anteriores al fallecimiento, no reúne los requisitos exigidos en la normatividad vigente y no tiene derecho a solicitar la sustitución pensional.

Adicionalmente, debía la accionante demostrar que, entre ella y el causante se establecieron los siguientes elementos:

Cohabitación: Que el hombre y la mujer que van a conformar una familia vivan compartiendo el mismo techo, lecho y mesa, y que esta sea conocida por todos o un grupo de personas, esto quiere decir que sea pública.

Singularidad: Quiere decir que sea una relación monogámica de acuerdo a lo dispuesto en el Art 1 de la Ley 54 de 1990.

Permanencia: Que esta unión sea duradera que para el caso y de acuerdo a la normatividad vigente sea por un lapso no inferior a 5 años anteriores al fallecimiento del asegurado.

En este aspecto, es menester traer a colación lo establecido en la sentencia SL 4099 DE 2017 MP Dr. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO- Rad: 34785 en la que se dispuso lo siguiente:

“ El parámetro esencial para determinar quién es el legítimo beneficiario de la pensión de sobrevivientes es la convivencia efectiva, real y material entre la pareja, y no tanto la naturaleza del vínculo que se tenga, de manera que, prima facie, no existe una preferencia de la cónyuge supérstite sobre la compañera permanente, por el solo hecho de mantener el vínculo matrimonial vigente, sino que siempre debe acreditarse el requisito de la convivencia, entendida como la que, se puede predicar de quienes además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo- elemento esencial del matrimonio según el art 13 C.C., entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aun en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales”.

Posición reiterada en la sentencia SL1399-2018 RADICACIÓN No. 45779 MAGISTRADA PONENTE CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO que indica que “la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).



Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”

En este orden de ideas, se observa que la demandante no convivía con el causante 5 años anteriores al deceso del causante y adicionalmente no aportó pruebas en sede administrativa ni mucho menos anexas a la demanda, donde se demostrara su convivencia ininterrumpida con el causante, por lo tanto, no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del pensionado.

En consecuencia, le incumbe a la parte probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas igual persiguen, motivo por el cual la parte actora tenía el deber procesal de cómo mínimo, desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos que hoy demanda, so pena de que se presuma que los mismos fueron emitidos conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico y en consecuencia, gozan de plena validez; como en efecto acontece dentro del caso hoy objeto de estudio, LO CUAL NO SE REALIZÓ POR LA SEÑORA GRACIELA CORTES.

De otro lado, tampoco hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios, del artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues estos proceden solamente ante la omisión del pago de mesadas pensionales de manera injustificada y para el caso en concreto tenemos que mi mandante negó el reconocimiento pensional bajo la aplicación minuciosa de la ley (Sentencia SL5600 de 2019); además de que en sede administrativa el demandante no acreditó el cumplimiento de los requisitos previsto en ley para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

Adicionalmente respecto a lo no procedencia de los intereses moratorios se debe tener en cuenta que no hay lugar a la condena de los mismo cuando se acreditan los requisitos en el curso del proceso judicial y no en sede administrativa, así se señaló en la sentencia SL 11897 de 2016. Por lo expuesto no hay lugar a que se acceda a las pretensiones de la demanda.

De igual manera, por ser del caso concreto, resulta impórtate indicar, según los parámetros legales, cómo se puede acceder a las pensiones de sobreviviente, esto es la Ley 797 de 2003 que modifica la Ley 100 de 1993, que en su artículo 13 establece:

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 quedarán así:

Artículo 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 o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. 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;**(negrilla y subraya fuera de texto).
- 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 de edad, 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.



- c) **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 serán 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 al cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;(negrilla y subraya fuera de texto).
- d) 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;
- e) 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;
- f) 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.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

- g) El aparte del artículo: **“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 serán la esposa o el esposo”.** Del caso que nos ocupa, la actor no acredita este requisito que es de exigencia para ser beneficiario de la pensión;(negrilla y subraya fuera de texto).

El Honorable Consejo de Estado al respecto precisó lo siguiente:

“Se desprende de la norma transcrita que, para acceder a la pensión de sobrevivencia, la cónyuge o compañera permanente, deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

- Que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte.
- Que convivió con el fallecido, no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte.”

También la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia 40309 de 2011:

- h) **“Para que el cónyuge pueda acceder a la pensión de sobrevivientes de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no es suficiente con la demostración del requisito formal del vínculo matrimonial, sino que es menester que se demuestre la efectiva convivencia de la pareja, durante los 5 años continuos que anteceden al fallecimiento, como elemento indispensable para entender que está presente el concepto de familia que es la amparada por la seguridad social”.**(negrilla y subraya fuera de texto).

Ahora bien, mediante Sentencia 39641 de 2011, se preceptuó lo siguiente:

“¿Tiene un cónyuge supérstite, derecho a la pensión de sobrevivencia, si no convivió con el cónyuge fallecido?

En principio no, porque es ineludible al cónyuge supérstite o compañero permanente, la demostración de la existencia de convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado o afiliado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste. De perderse esa vocación de convivencia, al desaparecer la vida en común de

la pareja o su vínculo afectivo, deja de ser miembro del grupo familiar del otro, y en estas circunstancias igualmente deja de ser beneficiario de su pensión de sobrevivientes. No obstante, el Juzgador debe analizar cada caso, en la medida que puede suceder que la interrupción de la convivencia, obedezca a una situación que no conlleve la pérdida del derecho. La convivencia entre los cónyuges no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurre por motivos justificables, como de salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos, entre otros". (Subraya fuera de texto).

Así mismo la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 39013 de 2011:

“¿ Tiene el cónyuge supérstite, la carga de la prueba de demostrar que hubo convivencia real y efectiva con el cotizante fallecido?

Sí, la carga probatoria de la convivencia le corresponde a quien pretende merecer la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, pues ese derecho no surge solo en virtud de la existencia del vínculo matrimonial, sino de la real y efectiva cohabitación de la pareja durante el tiempo previsto en la Ley”.

La Honorable Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias se ha pronunciado sobre éste derecho, específicamente sobre la exigencia del requisito de la convivencia. Es así que la Sentencia C-1035 de 2008, expone:

“DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Requisito de convivencia excluye otros tipos de relaciones/ DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES-Convivencia simultánea.

El requisito de la convivencia simultánea, para determinar el beneficiario de la pensión de sobreviviente tiene que ver con la convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia, esto es, que ocurran al mismo tiempo la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con el compañero o compañera permanente durante los cinco años previos a la muerte del causante y excluye de antemano las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante, como tampoco se refiere a aquellas situaciones en las cuales el causante convivió con diversas personas de forma sucesiva (no simultánea), situación que tiene su regulación especial”.

EXCEPCIONES DE MÉRITO O FONDO

1. INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO:

Esta excepción está fundamentada en el hecho de que todas las actuaciones administrativas surtidas por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, frente a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D.), se hicieron conforme a derecho, en atención a las normas vigentes aplicables a la situación fáctica y normativa que rige la prestación, así como a la valoración probatoria efectuada por la entidad, en cumplimiento de las órdenes judiciales impartidas.

2. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:

los actos administrativos atacados gozan de plena legalidad, por ser proferidos por el funcionario competente, respetando el orden jurídico contenido en las normas en que se fundaron y los motivos que le sirvieron de causa a su expedición.

3. BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA:

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP**, en



desarrollo de sus actos, se desempeña dentro de los parámetros legales, siendo responsable y procediendo con lealtad.

Es importante resaltar que la buena fe en la labor misional de la UGPP, surge precisamente de la estricta aplicación de la Constitución, la Ley y el precedente jurisprudencial que permite conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: Como principio general del derecho, (la buena fe) ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana, especialmente desde 1935, citándose la jurisprudencia y doctrina francesa y sobre todo el artículo 1603 del Código Civil Colombiano:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, si no a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por Ley pertenecen a ella”. Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil y que en la década del treinta también tendrá en Colombia importante tratamiento doctrinal: “De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el Juez puede sacar triunfante la equidad sobre rigores del formalismo”. “El principio de buena fe es también principio del derecho laboral ha sido incluido en el Código Sustantivo de Trabajo, artículo 55 y aparece en la jurisprudencia laboral desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo: “El principio de buena fe, que no es nuevo si no que data de las mejores tradiciones romanas, debe presidir la ejecución de los contratos, incluido el trabajo”. Sentencia ésta proferida el 9 de febrero de 1949 y que llega hasta analizar no solo la buena fe si no la mala fe, en los siguientes términos:”

“La mala fe- ha dicho la Corte Suprema de Justicia- debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con bona fide, como lo sería, en tratándose de la buena fe contractual, la demostración evidente de una visible ventaja pecuniaria en una negociación celebrada con un incapaz que mostrara un aprovechamiento inhonesto des estado de inferioridad en que ocurrió una de las partes a su celebración, es decir, la prueba de que se abusó de un estado de debilidad para obtener un indebido e injusto provecho, apreciable en el desequilibrio de los valores. Sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible buena fe en los negocios de hecho, conformada probatoriamente y adoptada en las situaciones de cada caso.”

4. PRESCRIPCIÓN:

De acuerdo a lo establecido en el Decreto 1848 de 1969 art. 102 las prestaciones sociales prescriben en el término de tres años contados a partir de la última petición. La jurisprudencia ha expresado que la pensión de jubilación y el derecho a los reajustes no prescriben, pero las mesadas **SI**, razón por la cual, están prescritas todas las obligaciones pensionales, intereses corrientes y/o moratorios, indexación, que se hubieren causado con anterioridad a los tres años contados desde la fecha de la presentación de la demanda.

Respecto de la figura de la prescripción trienal, ha dicho la Honorable Corte Constitucional SENTENCIA C- 072 DE 23 DE FEBRERO 1994 EXPEDIENTE D- 383 MAGISTRADO PONENTE DOCTOR VLADIMIRO NARANJO MESA:

“No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción Laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí lo que, en estricto sentido, Prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca derecho-deber del trabajo.



La prescripción trienal acusada, no contradice los principios mínimos fundamentales establecidos por el Estatuto superior, porque la finalidad que persigue es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral. El derecho de los trabajadores no puede menoscabarse (art. 53 C.P.), Y es en virtud de ello que la prescripción de corto plazo garantiza la oportunidad a que tienen derecho los que viven de su trabajo.”

5. INNOMINADA:

De manera comedida ruego a usted señor Juez, declarar probadas las excepciones que puedan llegar a configurarse durante este proceso y que no hayan sido alegadas como tales en este escrito.

PRUEBAS

- **DOCUMENTALES:**

- Se tiene como prueba el expediente administrativo del causante de la prestación, señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D.), el cual me permito aportar en formato ZIP.

Dicho expediente magnético está protegido con el código de seguridad 1m2g3n3sugpp, los cuales son copia fiel del expediente pensional que reposa en la entidad de conformidad con la certificación anexa.

- **SOLICITADAS:**

- Solicito al honorable Despacho se sirva citar a interrogatorio de parte a la demandante GRACIELA CORTES DE MORENO, para que deponga sobre los hechos narrados en la demanda.
- Solicito al honorable Despacho se sirva citar a interrogatorio de parte a la señora

NOTIFICACIONES

El suscrito en la Secretaría de su Despacho o en la Calle 39N # 2BN – 87, Cali, Valle del Cauca. Teléfono: 3175020906, correo electrónico: **vhhbprocesoscali@gmail.com**

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, ubicada en **la Av. Carrera 68 No. 13 - 37, BOGOTÁ D.C.** **notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co**

Cordialmente,



VICTOR HUGO BECERRA HERMIDA
C. C. No. 14.892.103 de Buga
T. P. 145.940 del C. S. de la Judicatura



Honorable
JUEZ CATORCE (14) ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO DE CALI
E. S. D

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: SOLUTION AND INTEGRAL SERVICES SAS
DEMANDADO: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI
RADICACIÓN: 76001-33-33-014-2021-00263-00

JOSÉ JEAN PÉREZ BURITICA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.724.431 de Cali, abogado titulado con Tarjeta Profesional No. 91.516 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado del Municipio de Santiago de Cali, conforme al poder que adjunto a este documento, de manera atenta descorro el traslado para contestar la demanda que en la acción de la referencia se interpuso contra el Distrito Especial de Santiago de Cali, en los siguientes términos:

DECLARACIONES Y CONDENAS

Me opongo a que se declare administrativamente responsable al DISTRITO ESPECIAL, CULTURAL, DEPORTIVO, TURISTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI – ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, por los perjuicios materiales causados a SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE SAS con ocasión de la ejecución del contrato No. 4162.010.26.1.3358 -2019 entre la SECRETARIA DEL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE SANTIAGO DE CALI y la ASOCIACIÓN DEPARTAMENTAL DE OBRAS SOCIALES – ADOS, pues ellos no son imputables al Municipio de Cali, dado que se demostrará a lo largo del proceso que no hay relación de causalidad entre el hecho y el daño causado, de ahí que su reclamación no tiene fundamento legal alguno.

Respecto de la indemnización por los perjuicios causados, es claro que no son procedentes toda vez que no existe responsabilidad alguna imputable al Municipio de Santiago de Cali por los hechos esgrimidos en la demanda.

FRENTE A HECHOS

Al hecho primero: Es cierto, de conformidad con el contrato No.4162.010.26.1.3358 -2019 suscrito entre la SECRETARIA DEL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE SANTIAGO DE CALI y la ASOCIACIÓN DEPARTAMENTAL DE OBRAS SOCIALES – ADOS.

Al hecho Segundo: Es cierto, de conformidad con el contrato No. 4162.010.26.1.3358-2019 suscrito entre la SECRETARIA DEL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE SANTIAGO DE CALI y la ASOCIACIÓN DEPARTAMENTAL DE OBRAS SOCIALES – ADOS y los documentos obrantes en el proceso.

Al hecho Tercero: Es cierto, de conformidad con el contrato No. 4162.010.26.1.3358-2019 suscrito entre la SECRETARIA DEL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE SANTIAGO DE CALI y la ASOCIACIÓN DEPARTAMENTAL DE OBRAS SOCIALES – ADOS y los documentos obrantes en el proceso.

Al hecho Cuarto: NO ES CIERTO, No obra en el proceso contrato suscrito entre el demandante y la empresa ASOCIACIÓN DEPARTAMENTAL DE OBRAS SOCIALES – ADOS, que prueben tal calidad de proveedor.

No se aporta con la demanda prueba si quiera sumaria de la relación comercial entre el Contratista ADOS y la demandante SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE a lo largo de la relación contractual, tales como facturas o informes del contratista ADOS en donde se mencione a la empresa demandante. Lo demás son apreciaciones cargadas de subjetivismo.

Al hecho Quinto: NO NOS CONSTA, deberá probarse.

Al hecho Sexto. NO NOS CONSTA. No es un hecho que nos vincule.

Frente al hecho Séptimo: NO NOS CONSTA deberá probarse. Sin embargo es menester remitirnos a la **cláusula** del contrato número **DECIMA NOVENA**, en la que quedó estipulado lo concerniente a la **CESION DEL CONTRATO** y la cual en concordancia con la normatividad legal vigente, NO permitía a la Secretaría del Deporte acceder a la CESIÓN de parte del pago de ADOS, para el pago de las supuestas obligaciones contraídas con la demandante.

Frente al hecho Octavo: PARCIALMENTE CIERTO en cuanto a la existencia del radicado No. **201941620100034172** en el expediente contentivo de la minuta y demás documentos contractuales, más no en la calidad de proveedor que manifiesta poseer el demandante, la cual se encuentra subjudice en el proceso.

Frente al hecho Noveno: NO ME CONSTA. Deberá probarse tal reunión.

Frente al hecho Decimo: NO ES UN HECHO, es una cita textual de apartes del clausulado de la minuta contentiva del contrato 4162.010.26.1.3358 -2019 entre la SECRETARIA DEL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE SANTIAGO DE CALI y la ASOCIACIÓN DEPARTAMENTAL DE OBRAS SOCIALES – ADOS.

Frente al hecho Undécimo: No es un hecho, son apreciaciones cargadas de subjetivismo de la demandante. Es claro que no consta en el expediente contentivo de la minuta y demás documentos contractuales, como tampoco en los anexados con la demanda, prueba que acredite la calidad de proveedor del demandante por lo que nunca existieron las circunstancias de tiempo, modo o lugar que ameritaran el requerimiento al contratista por parte de la Secretaría del deporte y la Recreación de Santiago de Cali, a la luz de las normas que positivaban su relación contractual.

Frente al hecho Décimo Segundo: Cierto, solo de conformidad con la existencia del radicado No. 201941620100034172.

Frente al hecho Décimo Tercero: No nos consta, pues en este hecho se narra de manera subjetiva una situación en la que la demandante, intenta colocar en cabeza de la secretaria la obligación del cobro de la supuesta obligación contraída por el contratista ADOS con su prohijada y trata de confundirla con el cumplimiento de las obligaciones contractuales, contraídas por ADOS con este ente territorial.

De igual manera insiste en calificarse de proveedor, pero no aporta prueba de esa condición; pues no acompaña con la demanda facturas, informes o por lo menos requerimientos con antelación a la reclamación que hace justo antes del pago de la

última cuota al contratista ADO; es decir, la Secretaría del Deporte desconocía la existencia de la relación comercial entre su contratista ADOS y la demandante SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE.

Finalmente menciona que iniciaron procesos contenciosos a partir de los títulos ejecutivos expedidos por el contratista ADOS y de los cuales esta entidad es totalmente ajena, como también se deja constancia que se informó a la secretaría del Deporte sobre la novedad en el rechazo de los cheques por falta de fondos, solo hasta el **día 26 de Junio del 2020** con el Informe Preliminar - Requerimiento 307-2020 VU 100041852020, es decir, a pocos días del vencimiento del riesgo que amparaba el INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, lo anterior aunado al hecho de que el país se encontraba confinado por las medidas de Salud Pública producto de la pandemia del COVID 19, hacia prácticamente imposible la citación y celebración de la audiencia de incumplimiento.

Frente al hecho Décimo Cuarto: NO NOS CONSTA. Este ente territorial es ajeno a los acuerdos realizados entre el contratista ADOS y la demandante, razón por la que desconocemos las cuantías tranzadas y no podríamos oponernos si quiera a la cuantificación de los supuestos daños reclamados através del proceso que nos ocupa.

Frente al hecho Décimo Quinto: Ciertamente de conformidad con la respuesta al oficio No. 201941620100034172 del 3 de Diciembre de 2019. Sin embargo es menester recalcar que el demandante no acreditó nunca su condición legal de proveedor del contratista ADOS, razón por la cual intenta enervar una responsabilidad precaria en cabeza de este ente territorial, a partir de la supuesta vulneración del principio de la confianza legítima.

Frente al hecho Décimo Sexto: Parcialmente cierto en cuanto al pago de la factura mencionada. Lo demás son apreciaciones cargadas de subjetividad ya que este ente territorial procedió al pago de la enunciada factura, a partir del cumplimiento de los requisitos contractuales y de ley. Aún no se acredita la condición de proveedor que alega tener el demandante.

Frente al hecho Décimo Séptimo: Parcialmente cierto de conformidad solo con la existencia del derecho de petición bajo el número 202041730100696982.

Lo demás son apreciaciones subjetivas.

Frente al hecho Décimo Octavo: Parcialmente cierto solo de conformidad con la existencia del oficio en el que se da respuesta al radicado 202041730100696982.

Lo demás son apreciaciones cargadas de subjetividad, a partir del hecho de que nunca se acreditó la calidad de proveedor dentro de la ejecución del contrato 4162.010.26.1.3358-2019 entre la SECRETARIA DEL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE SANTIAGO DE CALI y la ASOCIACIÓN DEPARTAMENTAL DE OBRAS SOCIALES – ADOS.

Frente al hecho Décimo Noveno: No nos consta, deberá probarse.

Frente al hecho Vigésimo: No nos consta, deberá probarse.

Frente al hecho Vigésimo Primero: Ciertamente, de conformidad con documento aportado con la demanda.

Frente al hecho Vigésimo Segundo: Ciertamente, tan solo por la existencia del documento expedido por la contraloría. Sin embargo no se comparte el contenido del mismo en el sentido que el ORGANO DE CONTROL CONTRALORIA DE SANTIAGO DE CALI no le dá alcance a la cláusula Novena (9°) de la minuta del contrato que al tenor indica: **EXCLUSION DE LA RELACION LABORAL, AUTONOMIA Y RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA: "...El contratista será responsable ante las autoridades competentes por los actos u omisiones en el ejercicio de las actividades que desarrolle en virtud del contrato, cuando con ellos cause perjuicio a la administración o a terceros. Igualmente será responsable en los términos de la normatividad vigente aplicable..."** (Resaltado y subrayado tomado de la minuta del contrato, ley para las partes).

Frente al hecho Vigésimo Tercero: No nos consta, deberá probarse.

Frente a los hechos Vigésimo Cuarto y Quinto: No nos consta, deberá probarse.

Frente al hecho Vigésimo Sexto: No nos consta, deberá probarse. La secretaría no participó de ningún tipo de negociación entre ADOS y el demandante, en el asumido de que se trataba de un negocio entre particulares.

Frente al hecho Vigésimo Séptimo: Parcialmente cierto en cuanto a la existencia de la póliza y lo estipulado en ella. No lo es en cuanto a la apreciación subjetiva de que la Secretaría del Deporte no haya iniciado la actuación administrativa tendiente a verificar si hubo o no incumplimiento del contratista, ya que obran en el expediente contentivo de la actuación contractual sendos oficios y actas de audiencias en las que incluso participó la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO.

Frente al hecho Vigésimo Octavo: No nos consta, deberá probarse.

Frente al hecho Vigésimo Noveno: No nos consta, deberá probarse.

Frente al hecho Trigésimo: No nos consta, deberá probarse.

Frente al hecho Trigésimo Primero: No nos consta, deberá probarse.

Frente al hecho Trigésimo Segundo: Parcialmente cierto en cuanto al reconocimiento TÁCITO que hace EL CONTRATISTA, sobre la calidad de proveedor de la demandante SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE justo antes de tramitar la cuenta de cobro correspondiente a la última cuota del contrato pactado con la Secretaría del Deporte. No obstante, la demandante no aporta prueba de esa condición; pues no acompaña con la demanda facturas, informes o por lo menos requerimientos con antelación a la reclamación que hace justo antes del pago de la última cuota al contratista ADO; es decir, la Secretaría del Deporte desconocía la existencia de la relación comercial entre su contratista ADOS y la demandante SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE. Lo demás son apreciaciones cargadas de subjetividad de la demandante.

Frente al hecho Trigésimo Tercero: Ciertamente, tan solo de conformidad con los documentos anexos a la demanda.

Frente al hecho Trigésimo Cuarto: Ciertamente.

Frente al hecho Trigésimo Quinto: Ciertamente tan solo de conformidad con el contenido del acta de la audiencia de conciliación extra judicial, celebrada ante el procurador 165 judicial II. Lo demás son apreciaciones cargadas de subjetividad por parte de la actora, intentando sustentar su condición de proveedor frente a la secretaría del Deporte.

Frente al hecho Trigésimo Sexto: Parcialmente cierto en lo que respecta a la fecha de terminación de ejecución del contrato No. 4162.010.26.1.3358-2019. Lo demás son apreciaciones cargadas de subjetividad.

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

La secretaría del Deporte suscribió contrato de prestación de servicios No. 4162.0.26.1.3358 de 2019 con el contratista Asociación Departamental de Obras Sociales – ADOS, el día Julio 25 de 2019 cuyo Objeto fué: PRESTACION DEL SERVICIO LOGISTICO PARA EL DESARROLLO DE LOS PROGRAMAS DEPORTIVOS, RECREATIVOS Y LUDICOS EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES, EN LAS COMUNAS Y CORREGIMIENTOS DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, EN DESARROLLO DE LOS SIGUIENTES PROYECTOS DE INVERSION BP 05044525 FORTALECIMIENTO A LA ESTRATEGIA DEL RENDIMIENTO DEPORTIVO DE LA SELECCION DE SANTIAGO DE CALI, con un valor final de \$758.052.230, con fecha de inicio 26 de Julio de 2019 y finalizado el 20 de Diciembre de 2019 como consta en actas.

En el expediente contractual se evidencia que el objeto fué cumplido a cabalidad conforme consta en soportes, evidencias y documentos anexos al mismo.

La accionante SOLUTION AND INTEGRAL SERVICES SAS, se presenta al final de la ejecución del mencionado contrato; es decir justo en el momento en que el contratista ADOS presenta su factura para el pago de la última cuota pactada con la Secretaria del Deporte del Municipio de Santiago de Cali, argumentando que es proveedora del contratista ejecutor y que el mencionado ADOS le adeuda un dinero por los servicios prestados dentro de la ejecución del contrato de marras.

Llama la atención que hasta ese momento esta secretaría no tenía conocimiento alguno de la supuesta relación comercial entre su contratista y el supuesto proveedor hoy accionante, debido a que en ninguna de las etapas contractuales que dieron vida al contrato de prestación de servicios No. 4162.0.26.1.3358 de 2019 con el contratista Asociación Departamental de Obras Sociales – ADOS, como tampoco en su etapa de ejecución existe prueba sumaria (contrato, facturas, recibos, informes) que de cuenta de la supuesta calidad de proveedor con la que pretende actuar en este proceso la demandante.

Por lo anterior y ante el hecho de no contar con los medios probatorios idóneos que avalen su calidad de proveedor dentro del referido contrato, la hoy accionante recurre a solicitar mediante derechos de petición y obrando sin justificación en la causa, el no pago de la última cuota al contratista ADOS y además la cesión del mismo a su favor; solicitud que le fue negada por obvias razones legales, entre otras la de no existir vínculo contractual entre la demandante y este ente territorial y en

acatamiento la cláusula del contrato número DECIMA NOVENA, en la que quedó estipulado lo concerniente a la CESION DEL CONTRATO. Lo anterior obra a folio 60 del libelo de la demanda.

A pesar de no contar con la calidad de proveedor del contratista ADOS, esta secretaría de manera diligente requiere al mencionado contratista para que proceda al saneo de la situación mediante sendos oficios que ya obran en el plenario.

El resultado de dichos requerimientos es la expedición de títulos ejecutivos tipo cheque, que el contratista ADOS gira en favor de la hoy demandante y la suscripción de un acuerdo de pago que fue aportado por la demandante a folio 113 de su escrito.

En virtud de la aprobación y satisfacción de la hoy demandante a partir de la expedición de los cheques que respaldaban la obligación del contratista ADOS, el Supervisor del contrato procede a firmar la autorización del último pago al referido contratista.

La demandante argumenta que el supervisor del contrato faltó a sus obligaciones contractuales y legales, especialmente la consignada en la cláusula tercera (3º) numeral decimo (10º) del contrato, al no requerir al contratista ADOS el informe mensual del estado de pago a los proveedores y proceder a dar vía libre al pago de la última cuota pactada en el contrato.

Sin embargo como ya se manifestó, en ese momento no tenía como saber el supervisor sobre la relación comercial entre el contratista y la demandante, como tampoco podría en ese momento suponer que el contratista estaba girando unos cheques sin fondos, situación que se materializó pasadas varias semanas, pero de la que igualmente esta secretaria fue informada meses después de haber procedido al pago de la última cuota, mediante el informe preliminar requerimiento 3072020B141852020 del 26 de junio de 2020

Es fácil deducir que el acuerdo de pago entre el contratista y sus “proveedores” se realizó en virtud de la autonomía de la que goza el contratista de conformidad con lo pactado en el contrato bajo la **CLAÚSULA TERCERA: OBLIGACIONES ESPECIFICAS DEL CONTRATISTA...** Numeral 9º: **El contratista deberá cumplir con los plazos de pago establecidos por los proveedores** que en algunas circunstancias utilice para dar cumplimiento oportuno al objeto contratado y deberá tener la capacidad financiera y logística para realizar anticipos o pagos contra entrega, según las prácticas del mercado, como lo es el caso del juzgamiento; **o la capacidad de negociar plazos de pago con este gremio.**” (Subrayado y resaltado propio).

Está claro pues, que la actuación del supervisor del contrato, se ajustó a la ley y las obligaciones pactadas en el contrato, como quiera que procedió a firmar la autorización del último pago y el acta de finalización del mismo, una vez logró evidenciar que el objeto fue cumplido a cabalidad conforme consta en soportes, evidencias y documentos anexos al mismo. De igual manera ha cumplido con la obligación de realizar seguimiento a las obligaciones del contratista y dicho contratista demostró la capacidad de negociar plazos de pago con sus proveedores en su respectivo momento.

Por lo anterior, esta Secretaría considera que ha realizado todas las gestiones tendientes al cumplimiento de los compromisos pactados en el Acta No. 416201032258 del 26 diciembre de 2019 en relación a las obligaciones específicas del contratista.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO

El Estado tiene responsabilidad de cumplir con los deberes fundamentales que ha consagrado la constitución política y la ley, entonces, cuando se incumple total o parcialmente o se cumple defectuosamente, está obligado a indemnizar o reparar los perjuicios causados a los ciudadanos o a la sociedad.

No obstante, ha dicho reiteradamente el Consejo de Estado que “quien invoque una falla del servicio como fuente de obligación de indemnizar debe acreditar que la misma existe por omisión, retardo, irregularidad, insuficiencia o ausencia del mismo, en daño o cierto determinado o determinable que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., y una relación de causalidad entre falta o falla de la administración y el daño, sin la cual, aún demostrada aquella no habrá indemnización (sentencia de abril de 1987 expediente 1649).

Respecto a la Responsabilidad administrativa del Estado por daños causados a particulares, la Jurisprudencia tradicionalmente adoptada exige la presencia de tres (3) elementos esenciales a saber:

- a) Un daño causado a un bien jurídicamente tutelado;
- b) Una falla en el servicio por acción u omisión, retardo o irregularidad en su prestación;
- c) El nexo causal entre uno y otro extremo. Es decir una relación de causalidad entre la falta o falla de la Administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización.

Dentro del régimen del artículo 90º de la Constitución Nacional, el Consejo de Estado, en reiterada Jurisprudencia, se ha referido a la necesidad de probar la falla del servicio por parte de la Administración, así:

“....

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

“La noción de la falla del servicio no desaparece, como lo ha señalado la Sala, de la responsabilidad estatal fundada en el citado artículo 90º de la Carta. Cuando de ella se derive la responsabilidad que se imputa a la administración se constituye en un elemento que debe ser acreditado por el demandante.

Así lo ha repetido esta misma Sala.

“En otros términos, el daño es antijurídico no sólo cuando la administración que lo causa actúa irregularmente, sino cuando esa conducta lesiva esté ajustada al ordenamiento.

....

“En otras palabras, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falla del servicio en el lenguaje corriente) tendrá que probarse esa irregularidad, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer presupuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las reglas de carga probatoria. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración pero el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, como es apenas lógico, deberá demostrar el daño y por qué pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo.” (Sentencia del 25 de febrero de 1993. Ponente. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 7742).

En segundo lugar, estima la Sala que para que, en estos casos pueda afirmarse que se presenta la falla del servicio, resulta necesario determinar el alcance de la obligación estatal que se denuncia como incumplida o como cumplida defectuosamente, debiendo orientarse esta determinación hacia la noción relativa de este concepto elaborada por la doctrina y adoptada por la jurisprudencia.

Tal concepto implica, como lo ha dicho repetidamente la Sala, que la responsabilidad de la Administración no puede resultar comprometida cada vez que un particular resulta lesionado en su “vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”, para cuya protección están establecidas las autoridades de la República, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución, pues el examen del cumplimiento adecuado de las obligaciones del Estado no puede hacerse con relación a la que se impone tal obligación, teniendo en cuenta sus recursos, sus capacidades y sus posibilidades y sin que pueda olvidarse que nadie, tampoco el Estado, puede ser obligado a lo imposible .

En el régimen de responsabilidad de la falla de servicio probada la parte demandante tiene la carga de la prueba, es decir, le corresponde demostrar la conducta activa u omisiva de la administración que produjo el daño y el nexo de causalidad entre uno y otro. En este sentido, el Consejo de Estado, ha sostenido el siguiente criterio:

“... ”

“Responsabilidad patrimonial.

El caso se analizará bajo el régimen de falla probada porque a la entidad pública demandada se le imputó la ocurrencia de unos daños como consecuencia de su conducta CULPOSA proveniente de un agente del Estado, en haber ocasionado en forma negligente el accidente donde perdió la vida el señor Restrepo Giraldo.

Sobre tal régimen de responsabilidad, en vigencia de la Constitución de 1991, la Sala ha dicho que “La nueva norma constitucional basa la responsabilidad Estatal en el daño antijurídico, siendo éste el pilar de la estructura del nuevo régimen, sin que por ello, pueda entenderse que desaparece la responsabilidad por falla del servicio. En esta disposición se consagró la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño antijurídico que le sea imputable, causado por las autoridades, tanto por su acción u omisión irregular, como por el ejercicio legítimo de sus funciones. En principio no juega el problema de la culpa, ya que la norma constitucional desplaza el problema de la anti juridicidad de la conducta de la persona administrativa (funcionamiento irregular del servicio público) y lo radica en la anti juridicidad del daño”. []*

Los elementos configurativos en dicho régimen de dicha responsabilidad extracontractual son la falencia de la Administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio; el daño o lesión a un bien jurídicamente tutelado por el derecho y el nexo de causalidad, adecuado y determinante, entre la anomalía administrativa y el daño”.

“Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño”.

De acuerdo con lo expuesto se puede concluir: cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (falla del servicio) tendrá que probarse esa irregularidad.

La accionante pretende enervar responsabilidad contra este ente territorial, construyendo nexo causal a partir de la supuesta omisión del supervisor, al pretermittir sus obligaciones legales y especialmente la pactada en el contrato No. 4162.010.26.1.3358 suscrito entre la Secretaría del deporte con la ASOCIACIÓN DEPARTAMENTAL DE OBRAS SOCIALES – ADOS – bajo el clausulado tercero (3°) numeral décimo (10°).

Lo anterior pretende fundamentarlo precariamente, basándose en el principio de la CONFIANZA LEGITIMA, argumentando que con base en la respuesta dada por la secretaria del Deporte en el oficio del 10 de diciembre del 2019, donde se le da contestación a su derecho de petición del 03 de diciembre de 2019, se generó un compromiso entre la mencionada secretaría y la empresa SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE.

El principio de la confianza legítima es una derivación de aquel de la buena fé y consiste en que el Estado no puede de manera repentina, alterar reglas de juego que regulaban sus relaciones con particulares, sin conceder a sus asociados un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva.

Al respecto la Corte Constitucional nos define en su sentencia T- 6.593.422. Acción de tutela instaurada por Jessica Lorena González García contra el Ministerio de Defensa Nacional. Magistrada Ponente: DIANA FAJARDO RIVERA. Veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018):

“...El principio de confianza legítima funciona entonces como un límite a las actividades de las autoridades, que pretende hacerle frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los entes estatales, debe ser respetada y protegida por el juez constitucional...”.

De la definición del PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA, se colige que la demandante al no poseer la calidad de contratista dentro de la relación contractual derivada del contrato sub lite, no puede invocar el PRINCIPIO DE CONFIANZA

LEGITIMA, pues no existe relación contractual entre ella y la secretaria del Deporte que le permita afirmar que fue “DEFRAUDADA EN SU CONFIANZA” por el actuar del supervisor del contrato.

Se itera que no obra en el proceso prueba de relación contractual alguna entre SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE y la secretaria del Deporte – municipio de Santiago de Cali, como tampoco obra prueba contractual que vincule a la empresa ADOS con la demandante con fecha anterior a su reclamación.

NEXO CAUSAL.

Este elemento resulta de vital importancia para que surja la responsabilidad, el cual debe darse en forma manifiesta y precisa entre el hecho y el daño.

En el subjudice no se observa nexo causal alguno por cuanto si bien puede haber un presunto daño, no se ve claramente la falla de la Administración, ya que la persona que se señala como la responsable de haber ocasionado el daño a la empresa SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE, no ostenta la calidad de servidor público del municipio de Santiago de Cali, situación que no ha sido probada por el actor, por los medios idóneos.

En este sentido, cabe precisar que no le corresponde al Municipio de Santiago de Cali, precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se gestó la supuesta relación comercial entre el contratista ADOS y SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE, sino a quien afirma poseer calidad de proveedor de la mencionada ADOS y realiza tal imputación de responsabilidad a este ente territorial.

Tal como se mencionó anteriormente, las dudas sobre la falla del servicio por omisión en las funciones de supervisión del contrato y la no calidad de servidor público del causante del daño, no permiten configurar el nexo causal que se exige para predicar responsabilidad de la Administración Municipal, toda vez que las pretensiones de la demanda se fundan y se cuantifican, sobre los incumplimientos a la relación comercial entre dos particulares a saber ADOS y SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE y no por una relación contractual entre el segundo y este ente territorial.

DEL LUCRO CESANTE

La jurisprudencia, cuando se trata de la prueba del lucro cesante, viene haciendo invocaciones constantes al rigor o criterio restrictivo con el que se debe valorar la existencia del mismo.

“Lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización, se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante- y la realidad de este, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (SS.8.7.96 EDJ 1996/3549 y 21.10.96 EDJ 1996/6432)”.

La carga de la acreditación del lucro le corresponde al que lo reclama, al tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión (art.217.2 LEC).

Se trata de una prueba que debe hacerse de manera indirecta, a través de indicios, ya que, por concepto, no pueden existir medios de prueba directos de algo que no ha llegado a existir.

Así, para acreditar la ganancia frustrada de un negocio que se ha debido cerrar se deberá acudir a la prueba de hechos indirectamente indicativos de los mismos, tales como las ganancias experimentadas durante el año anterior, sea en el mismo período de cierre, o bien sea en término medio. A su vez, tales ganancias tampoco resultan fáciles de acreditar y es preciso acudir a medios de prueba tales como la propia contabilidad del comerciante afectado o sus declaraciones fiscales o bien a una pericial que las determine de acuerdo con los criterios medios, esto es, las ganancias habituales o normales en el sector de actividad.

Reitero, dentro de la demanda no aparece acreditado, ninguno de estos parámetros indirectos que permitan determinar si es cierto que han existido ganancias frustradas.

EXCEPCIONES PREVIAS

Con base en lo reglado en el artículo 100 numeral primero (1 °) y noveno (9°) del CODIGO GENERAL DEL PROCESO me permito interponer y sustentar las siguientes excepciones previas:

1.- FALTA DE JURISDICCIÓN O DE COMPETENCIA:

Sustento esta excepción principalmente en el mismo contenido de la demanda, ya que de la lectura de sus fácticos se puede colegir que el sub judice versa sobre la relación comercial entre dos particulares, como quiera que las pretensiones se centran en el objetivo de resarcir un detrimento económico, generado por la negativa a saldar una obligación pecuniaria de ADOS (Empresa privada) contraída con SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE (empresa privada).

Como se puede apreciar, este ente territorial no es el llamado a responder por la obligación monetaria contraída por el contratista ADOS, con ninguno de sus “proveedores”, si en gracia de discusión otorgáramos tal calidad a la demandante, especialmente a partir de la expedición del título valor CHEQUE, con el que el contratista ADOS garantizó su obligación con la accionante y que le daba entrada a la jurisdicción ordinaria, para que a través de un proceso ejecutivo, pudiese resarcir su detrimento patrimonial; por lo que no es la jurisdicción contencioso administrativa la encargada de dirimir los conflictos derivados de la relación comercial entre particulares.

Ahora bien, si en gracia de discusión admitiéramos que nos encontramos ante el examen de unos fácticos a la luz del medio de control de REPARACIÓN DIRECTA, no es menos cierto que las pretensiones encuentran soporte en la relación comercial entre dos particulares; itero, relación que debe ser objeto de estudio y fallo de la que llamamos jurisdicción ordinaria, específicamente ante un juez civil municipal.

Recordemos que la competencia es la facultad que tiene el juez para ejercer jurisdicción en determinadas materias y dentro de una porción del territorio. Su distribución se realiza con base en criterios conocidos como factores de asignación de competencia, de los cuales la doctrina y la jurisprudencia han determinado cuatro:

El objetivo, el subjetivo, el territorial y el funcional, por lo que para el subjudice nos ocuparemos de los dos primeros

1. El objetivo examina la competencia en razón de la naturaleza del asunto y de su cuantía.

Como ya se argumentó, la naturaleza del asunto que se pretende solucionar ante su despacho Honorable Juez de lo Contencioso Administrativo, según los hechos narrados en la demanda, versa sobre la relación comercial entre dos particulares, es decir, entre el negocio jurídico de dos empresas privadas.

2. Por su parte, el factor subjetivo la define con ocasión de la persona que se hace parte dentro del proceso o de la que expide el acto enjuiciado.

Pretende actuar como parte demandante en este proceso la empresa SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE, empresa sometida al derecho privado, sin participación accionaria del sector público, la cual denuncia en sus fácticos el haber sufrido un daño material económico, de parte de ADOS, otra empresa de naturaleza privada e igualmente sin participación accionaria pública.

Al respecto el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo indica en su Artículo 104. De la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable

De igual manera como precedente jurisprudencial se podría citar la sentencia del Honorable Consejo de Estado, en la que definió la competencia hacia la jurisdicción ordinaria, declarando la prosperidad de los argumentos invocados por una entidad oficial, como lo es FONADE, al ser demandada por un particular que reclamaba daños y perjuicios por la ejecución de un contrato considerado por su naturaleza de competencia del derecho privado:

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil quince (2015).

Radicado: 270012333000201300210 01 (50526).

Demandante: G2 SEISMIC LTDA SUCURSAL COLOMBIA

Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO

FONADE Medio de control: Controversias contractuales –art. 142 Ley 1437 de 2011-

10. CONSIDERACIONES

“...El despacho considera que en el presente caso se debe confirmar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Chocó en la audiencia inicial llevada a cabo el 19 de febrero de 2014, mediante la cual declaró probada la excepción previa de falta de jurisdicción y, como consecuencia de ello, ordenó la remisión del expediente a los Juzgados Civiles del Circuito del Chocó –reparto-, por los motivos que se exponen a continuación:

10.1. El objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo según la Ley 1437 de 2011 y la excepción prevista en el numeral 1º del artículo 105 de esa misma normatividad.

En mérito de lo expuesto, el despacho,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Chocó en audiencia celebrada el 19 de febrero de 2014, a través de la cual declaró probada la excepción de falta de jurisdicción propuesta por el FONADE.

9.- NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS.

Sustento esta excepción de igual manera, en el contenido de la demanda, ya que de la lectura de sus fácticos se puede colegir que el sub judice versa sobre la relación comercial entre dos particulares, como quiera que las pretensiones se centran en el objetivo de resarcir un detrimento económico, generado por la negativa a saldar una obligación pecuniaria de ADOS (Empresa privada) contraída con SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE (empresa privada) supuestamente en el marco de la ejecución del contrato No. 4162.010.26.1.3358 suscrito entre la Secretaría del deporte con la ASOCIACIÓN DEPARTAMENTAL DE OBRAS SOCIALES – ADOS.

La demandante señala en su libelo que el DAÑO ANTIJURIDICO que le ocasionó su detrimento patrimonial se produjo, entre otras causas por la negativa de quien ostentaba la calidad de contratista del estado (ADOS) a pagarle en su supuesta calidad de proveedor del mencionado contratista, los dineros que invirtió y que ayudaron a la ejecución del contrato.

Por tal razón estamos ante la necesidad de vincular al proceso a la empresa ADOS, pues debe forzosamente integrar el contradictorio en el sub lite, en la figura de LITIS CONSORCIO NECESARIO POR PASIVO, pues resultaría imposible tomar decisión alguna, sin tener en cuenta quien en la praxis ocasionó o fue el generador del daño que se pretende imputar a este ente territorial.

Finalmente es menester mencionar lo que estipula la ley 80 de 1993 en su ARTICULO 52. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.

En virtud de lo anterior y en caso de que prospere esta excepción, se hace necesario vincular al litigio a la empresa ASOCIACION DEPARTAMENTAL DE OBRAS SOCIALES – ADOS- empresa matriculada bajo el NIT. 805.018.985-9 representada legalmente por el Sr. NESTOR ELIAS SIERRA FLORES con Cédula de Ciudadanía No. 80.814.171 de Bogotá (D.C), empresa con domicilio principal en la ciudad de Cali en la Carrera 4 No. 8 – 63 Edificio JOSENAO oficina 601, con correo electrónico autorizado para notificación judicial: asociación-ados@hotmail.com, según consta en certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali y el cual obra en la carpeta contentiva de la actuación contractual.

EXCEPCIONES DE FONDO

1.- FALTA DE LEGITIMACION DE LA CAUSA POR PASIVA:

Me permito presentar la excepción de fondo por “falta de legitimación en la causa por pasiva”, toda vez que el Municipio de Santiago de Cali, no está llamado a RESPONDER frente a las pretensiones de la demanda por hechos u omisiones que pudieren haber cometido en este caso el contratista ASOCIACIÓN DEPARTAMENTAL DE OBRAS SOCIALES – ADOS – en el marco de la ejecución del contrato de prestación de servicios logísticos No. 4162.010.26.1.3358-2019., sobre los hechos descritos en la presente demanda, toda vez que como lo he manifestado a lo largo de esta contestación, el Municipio de Santiago de Cali no tiene bajo su responsabilidad el cumplimiento de las obligaciones comerciales o de ningún tipo, que haya adquirido e INCUMPLIDO el contratista ADOS, con sus proveedores toda vez que las mismas se llevaron a cabo a la luz del derecho civil y comercial, sin participación alguna de este ente territorial.

Por cuanto no obra en el plenario prueba escrita sobre obligación alguna que haya suscrito e incumplido la Secretaria del Deporte con la demandante, esta municipalidad, no es merecedor de ser demandado en este proceso.

En consecuencia, el Municipio no está llamado a responder frente a las pretensiones de la demanda por hechos u omisiones que pudiere haber cometido en este caso el contratista ADOS, motivo por el cual y por sustracción de materia no hay mérito alguno para que el Municipio de Santiago de Cali deba responder o indemnizar al demandante, en HECHOS donde el Municipio no ha tenido ninguna participación y responsabilidad, o que también estos hechos se han podido producir por CAUSA DE UN TERCERO.

2.- HECHO DE UN TERCERO:

Entonces, puede concluirse que fue el hecho de un tercero, (el contratista ADOS) lo único determinante en el resultado y por ello el nexo de causalidad se rompe, es decir, que la imputación física del resultado en este caso se hizo mal, ya que no fue el Municipio de Santiago de Cali, el causante sino ese tercero. No surge por tanto responsabilidad civil extracontractual y el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, en

este caso en el que se pretende imputarlo, se libera de una obligación de indemnizar, que nunca existió.

Por lo anterior es la jurisprudencia con la ayuda de la doctrina, que aplicando los principios generales de la responsabilidad ha llegado a esa conclusión. Es buscar el equilibrio entre las pretensiones del ofendido y la supuesta omisión en la supervisión del contrato que pretenden imputar a manera de falla en el servicio a este ente territorial.

No podría pues esta municipalidad, salir al saneo de las obligaciones de un tercero, que por su incumplimiento o negligencia le generó el daño antijurídico que pretende la demandante le sea resarcido con dineros públicos.

3.- EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR CARENCIA DE NEXO CAUSAL QUE COMPROMETA AL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI CON LOS PRESUNTOS PERJUICIOS MATERIALES RECIBIDOS POR LA PARTE ACTORA.

No basta con afirmar que la empresa SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE, sufrió injustamente por la supuesta omisión de SUPERVISOR DEL CONTRATO, pues tal afirmación no basta para deprecar una responsabilidad en el Municipio, dado que en el proceso NO se encuentran los elementos suficientes para determinar la ocurrencia del hecho en los términos planteados en la demanda.

De lo anterior se concluye que en el presente caso el demandante no ha demostrado el nexo causal entre la falla en el servicio o la supuesta omisión y los daños causados o sufridos por la empresa SOLUTION AND INTEGRAL SERVICE pues dicho detrimento en el patrimonio que sufriera la demandante, NO LE ES ATRIBUIBLE A LA ACCIÓN U OMISIÓN de un Agente del Estado, o no lo fue, en las circunstancias que se indican en la demanda, pues la causa del insuceso no se ha probado que haya sido originada por una OMISION del SUPERVISOR DEL CONTRATO.

En consecuencia deben denegarse la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Tal como se mencionó anteriormente, las dudas sobre la falla del servicio por omisión en la supervisión del contrato y la no calidad de servidor público del verdadero causante del daño, no permite configurar el nexo causal que se exige para predicar responsabilidad de la Administración Municipal, toda vez que las pretensiones de la demanda se fundan y se cuantifican, sobre el detrimento económico de la demandante en su supuesto papel de "PROVEEDOR" del contratista ADOS y no por una posible OMISION en las obligaciones legales y contractuales de quien ejercía la supervisión del contrato al momento de ocurrir los hechos.

Se sustenta esta excepción en la versión que de los hechos que se exponen en el libelo de la demanda por parte del accionante.

El presente caso debe examinarse bajo el régimen de la falla probada, en la cual al demandante le incumbe la demostración de todos los elementos que configuran la responsabilidad estatal y ya que se imputa una omisión administrativa, corresponde a la parte actora probar la existencia del perjuicio y su relación de causalidad con la

supuesta omisión de la cual él se deriva, acreditar la existencia de la falla del servicio consistente en el cumplimiento de un deber y demostrar que dicha falla fue la única causante del daño.

4.- INNOMINADA.

La fundamentación en todos los hechos exceptivos que demostrados en el proceso sean favorables a la parte que represento

PRUEBAS

Solicito se tengan como pruebas las presentadas y pedidas por la parte actora, con la posibilidad de ser controvertidas en el transcurso del proceso y la siguiente que solicito al Honorable Juez Administrativo decretar:

Solicito se reciba el **TESTIMONIO y me permita interrogar** del Señor TOMAS GUTIERREZ MAÑOSCA supervisor del contrato No. 4162.010.26.1.3358-2019, el cual puede ser citado a la sede de la Secretaría del Deporte y la Recreación Municipal de Cali ubicada en la calle 9 con carrera 38.

Solicito se reciba el testimonio y **me permita interrogar** al representante legal de la empresa contratista ASOCIACIÓN DEPARTAMENTAL DE OBRAS SOCIALES – ADOS- NESTOR ELIAS SIERRA FLORES con cédula de ciudadanía No. 80.814.171 de Bogotá, el cual puede ser citado a la carrera 4 No. 8 – 63 oficina 601 del edificio Jose Nao, o al correo registrado en cámara de comercio de Cali para notificaciones judiciales asociacion-ados@hotmail.com.

ANEXOS

- Presento poder conferido por el Director Jurídico de la Alcaldía, Doctor MARIA DEL PILAR CANO STERLING.
- Copia autenticada del Acta de Posesión y Escrutinio correspondiente al Señor Alcalde.
- Copia autenticada del poder otorgado mediante Escritura Pública No. 001 del 1-Enero-20, por el Alcalde al Director Jurídico de la Alcaldía, Doctor MARIA DEL PILAR CANO STERLING.
- Copia autenticada del Acta de posesión y Decreto de nombramiento del Director Jurídico de la Alcaldía, Dr. MARIA DEL PILAR CANO STERLING.

NOTIFICACIONES

Las mías y de mi mandante las recibiremos en el correo electrónico: notificacionesjudiciales@cali.gov.co o en la Dirección Jurídica Alcaldía de Santiago

de Cali, ubicada en el Centro Administrativo Municipal "C.A.M.", Calle 11 No. 2N-00, Torre Alcaldía, Piso Séptimo (9º).

La del Señor Alcalde, doctor JORGE IVAN OSPINA, en su Despacho ubicado en el CAM, Torre Alcaldía Piso 3º.

Del Señor Juez Administrativo,

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'JJPB', with a large, sweeping horizontal stroke at the end.

JOSE JEAN PEREZ BURITICA.
C.C. No. 16.724.431 de Cali.
T.P. N°91516 del C.S.J.

Señores:

**JUZGADO 14 ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI**

E. S. D.

Radicación No.: 76001-33-33-014-2022-00041-00
Demandante: **MARÍA MILEYDI ORTIZ Y OTROS**
Demandado: **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS Y OTROS**
Proceso: **REPARACIÓN DIRECTA**

LINA MARÍA PRIETO CALAMBAS, persona mayor y vecina de la ciudad de Cali, abogada titulada y en ejercicio, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.306.628 y T.P. No. 158358 del C. S. de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderada judicial del aquí demandado, **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS**, conforme al poder a mi conferido, el cual adjunto a la presente, encontrándome dentro de la oportunidad legal para hacerlo, me permito **CONTESTAR LA DEMANDA** promovida por la Señora **MARÍA MILEYDI ORTIZ**, en los siguientes términos:

I – PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES

Solicito al Señor Juez, **NO ACCEDER A LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS** demandadas por la parte actora como son en términos generales: que se condene a mi representada al reconocimiento y pago de los **PERJUICIOS MATERIALES y MORALES** solicitados.

Me opongo, de la misma manera a la acción instaurada, a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas presentadas por los actores, por cuanto carecen de identidad legal frente a los hechos planteados, ya que los demandantes pretenden que se declare al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS** responsable por un hecho frente al cual no tuvo injerencia directa o indirecta, conforme a lo consagrado en la Resolución No. 0005951 del 31 de diciembre de 2015 *“Por el cual se expide la categorización de las vías que conforman el Sistema Nacional de Carreteras o Red Vial Nacional correspondiente al Departamento del Valle del Cauca”*, expedida por el ministerio de Transporte, toda vez que la vía *“Cali – Florida, sector San Juan”*, vía 3202 A Cali – Candelaria y 3202 b Candelaria crucero la industria que corresponden a la vía Cali - Florida, **no pertenece** a la red vial nacional a cargo del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, pues se trata de una vía de segundo orden a cargo del Departamento del Valle del Cauca.

De otra parte, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, no puede olvidarse que a partir de la expedición de la Constitución Política de 1.991, el derecho Colombiano cuenta con una norma que consagra un principio general de responsabilidad del Estado a cuyo mandato debe atenerse el fallador. No parece entonces prudente ni legal en esas circunstancias, recurrir como en el presente

caso a las teorías que, con criterios de agrupación casuística, elaboró la jurisprudencia anterior a la nueva carta política. Debe buscarse en la nueva norma un sustento común de la responsabilidad administrativa para lo cual es necesario precisar el alcance de sus elementos, la imputabilidad y el daño antijurídico, por cuanto la aplicación de dicha norma impone la obligación de analizar la responsabilidad del Estado desde la perspectiva de la víctima y desde allí determinar, si el daño sufrido por ella fue causado por la entidad demandada, es decir, si le es imputable a dicha entidad y si tiene el carácter de antijurídico, esto es, si la víctima no debe o debió soportarlo.

Desde el punto de vista planteado y teniendo de presente los hechos narrados en la presente acción, es claro que el daño sufrido por la víctima no reúne las condiciones exigidas en la citada disposición legal para comprometer la responsabilidad del INVIAS, pues no fue la actividad de la demandada por acción u omisión, la que causó el daño cuya reparación se reclama, la obligación de mantenimiento y conservación de la vía donde ocurrieron los hechos objeto de esta acción

Si bien es cierto el Estado tiene la condición de ser “guardián” de una actividad como lo es la de mantenimiento y cuidado de vías públicas, cuyo ejercicio impone a los asociados un riesgo del cual debe responder, no es menos cierto que en el presente caso no fue dicha actividad la que causó el daño; su causa, aun cuando se ha manifestado por las víctimas, ser como consecuencia de un accidente de tránsito por mal estado de la vía, lo único cierto es que no existe prueba alguna que indique que se trató de una acción u omisión de mi representada, quien no tiene a cargo la vía donde ocurrieron los hechos toda vez que su objeto es la ejecución de políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la red vial nacional de carreteras primarias y terciaria, férrea, fluvial y marítima, de conformidad con los lineamientos trazados por el Ministerio de Transporte y no todas las vías del país, razón por la cual para mi representada resulta imposible asumir la responsabilidad del estado de la infraestructura vial que no está a su cargo.

Así las cosas, EL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS, no estuvo ni está en condiciones de asumir la responsabilidad del hecho que da origen a la presente acción ni evitar el actuar negligente de otra entidad, por lo cual no es responsable de los perjuicios reclamados en esta demanda contra ella interpuesta.

II- PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

A LOS HECHOS PRIMERO Y SEGUNDO: No me constan, que se prueben. Las circunstancias de hecho mencionadas por la parte demandante son ajenas a mi representada, teniendo en cuenta que la vía donde se aduce ocurrió el accidente de tránsito, no es una vía a cargo del INVIAS.

AL HECHO TERCERO Y CUARTO: No me consta, me atengo a lo que se pruebe. El documento historia clínica es un documento privado que goza de reserva legal y por lo tanto, su acceso está limitado al paciente y a quien éste autorice para ello, situación está que le impide a mi representada tener acceso a ella y poder constatar los hechos que se relatan.

AL HECHO QUINTO: No me consta, que se pruebe. Las condiciones narradas en este hecho, respecto de parentesco, cuidados a la víctima y en general, sobre las condiciones de vida diaria de la misma son ajenas a mi representa, pues hacen parte de su vida privada.

AL HECHO SEXTO: No me consta, que se pruebe. Teniendo en cuenta que mi representada no hace parte de la investigación penal que se adelanta ante la Fiscalía General de la Nación por el accidente de tránsito objeto de este medio de control, no se tienen conocimiento de las valoraciones efectuadas por medicina legal. Nos atenemos a lo que se pruebe en el proceso

A LOS HECHOS SÉPTIMO Y OCTAVO: No me consta, que se pruebe. Se reitera que la entidad que represento no es parte ni tiene acceso a la investigación penal que se adelanta por el delito de lesiones personales.

AL HECHO NOVENO: No me consta, que se pruebe, las condiciones laborales de la Sra. MARÍA MILEYDI ORTIZ son ajenas a mi representada y por lo tanto le corresponde a la parte demandante probar lo aquí dicho, si en cuenta se tiene que, consultada la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud del ADRES, la Sra. MARIA MILEYDI ORTIZ se encuentra vinculada al régimen contributivo del sistema general de Salud en calidad de beneficiaria.

AL HECHO DÉCIMO: No es un hecho. Lo expresado por la parte demandante corresponde a meras apreciaciones subjetivas las cuales carecen de sustento probatorio.

AL HECHO UNDÉCIMO: No me consta, que se pruebe. De acuerdo con la documentación allegada al proceso el documento por medio del cual se le otorga poder a la abogada JOHANA ROBLES ARCE no cuenta con sello de presentación personal o de autenticación de firmas ante Notario público que de fe de lo aquí indicado.

III – EXCEPCIONES:

A). FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA:

En el presente asunto el ejercicio de imputación fáctica y jurídica propuesto con la demanda se dirige a obtener la declaratoria de responsabilidad del Instituto Nacional de Vías (INVIAS), al

Ministerio del Transporte, al Departamento del Valle del Cauca, al Municipio de Candelaria y a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, entidades que presuntamente incumplieron con su deber de mantenimiento de la vía en que ocurrió el accidente de tránsito en que resultó lesionada la Señora MARÍA MILEYDI ORTIZ, sin llegar a especificar cuál de las entidades accionadas tenía a su cargo la vía y su mantenimiento.

Como salta a la vista, el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVÍAS, tiene como objeto la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte. En ese sentido el Decreto – Extraordinario No. 1171 del 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructuró, entre otras entidades, el Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, establece entre las funciones de esta Entidad, en relación con las carreteras nacionales, las siguientes:

“Artículo 53. Objetivo del Instituto Nacional de Vías.- Corresponde al Instituto Nacional de Vías ejecutar las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo que se refiere a carreteras”.

“Artículo 54. Funciones del Instituto Nacional de Vías.- Para el cumplimiento de sus objetivos el Instituto Nacional de Vías desarrollará las siguientes funciones generales:

1. Ejecutar la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura vial de su competencia, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Transporte.
(...)

“3. Coordinar con el Ministerio de Transporte la ejecución de los planes y programas de su competencia.
(...)

“13. Definir las características técnicas de la demarcación y señalización de la infraestructura de transporte de su competencia, así como las normas que deberán aplicarse para su uso”. Asimismo, el Acuerdo No. 018 de 27 de julio de 2000 “Por el cual se adoptan los estatutos internos del Instituto Nacional de Vías”, señala:
(...)

Artículo 4° Funciones. Corresponde al Instituto Nacional de Vías el ejercicio de las siguientes funciones generales:

1. Ejecutar la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura vial de su competencia, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Transporte.
2. Elaborar conjuntamente con el Ministerio de Transporte los planes, los programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencia y además obras que requiera la infraestructura vial de su competencia.
3. Coordinar con el Ministerio de Transporte la ejecución de los planes y programas de su competencia vial.
4. Adelantar investigaciones, estudios y supervisar la ejecución de las obras de su competencia conforme a los planes y prioridades nacionales.
5. Asesorar y prestar apoyo técnico a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados encargados de la construcción, mantenimiento y atención de emergencia en sus infraestructuras viales, cuando ellas lo soliciten.
6. Recaudar peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial de su competencia, exceptuando las carreteras, puentes y túneles entregados en concesión de conformidad con los respectivos contratos.
7. Celebrar todo tipo de negocios, contratos y convenios que se requieran para el cumplimiento de su objetivo.
8. Elaborar, conforme a los planes del sector, la programación de compra de terrenos y adquirir los que se consideran prioritarios para el cumplimiento de sus objetivos.
9. Adelantar, directamente o mediante contratación, los estudios pertinentes para determinar los proyectos que causen la contribución nacional por valorización en relación con la infraestructura vial de su competencia.
10. Dirigir y supervisar la elaboración de los proyectos para el análisis, liquidación, distribución y cobro de la contribución nacional de valorización, causada por la construcción y mejoramiento de la infraestructura de transporte de su competencia.
11. Prestar asesoría en materia de valorización, a los entes territoriales y entidades del Estado que lo requieran.

12. Proponer los cambios que considere convenientes para mejorar la gestión administrativa.
13. Definir las características técnicas de la demarcación y señalización de la infraestructura de transporte de su competencia, así como las normas que deberán aplicarse para su uso.
14. Las demás que se le asignen y correspondan a la naturaleza de sus funciones.
En igual sentido el Decreto 2618 DE 2013 (noviembre 20) D.O. 48.980, noviembre 20 de 2013 “por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías (Invías) y se determinan las funciones de sus dependencias”, estatuye al respecto lo siguiente:
Artículo 2°. Funciones del Instituto Nacional de Vías (Invías). Para el cumplimiento de sus objetivos el Instituto Nacional de Vías (Invías) desarrollará las siguientes funciones generales:
 - 2.1 Ejecutar la política del Gobierno nacional en relación con la infraestructura de su competencia, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministro de Transporte.
 - 2.2 Elaborar conjuntamente con el Ministerio de Transporte los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias, y demás obras que requiera la infraestructura de su competencia.
 - 2.3 Coordinar con el Ministerio de Transporte la ejecución de los planes y programas de su competencia.
 - 2.4 Adelantar investigaciones, estudios, y supervisar la ejecución de las obras de su competencia conforme a los planes y prioridades nacionales.
 - 2.5 Asesorar y prestar apoyo técnico a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados encargados de la construcción, mantenimiento y atención de emergencias en las infraestructuras a su cargo, cuando ellas lo soliciten.
 - 2.6 Recaudar los peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial de su competencia.
 - 2.7 Celebrar todo tipo de negocios, contratos y convenios que se requieran para el cumplimiento de su objetivo.

- 2.8 Elaborar, conforme a los planes del sector, la programación de compra de terrenos y adquirir los que se consideren prioritarios para el cumplimiento de sus objetivos.
- 2.9 Adelantar, directamente o mediante contratación, los estudios pertinentes para determinar los proyectos que causen la contribución nacional por valorización en relación con la infraestructura de su competencia, revisarlos y emitir concepto para su presentación al Ministro de Transporte, de conformidad con la ley.
- 2.10 Dirigir y supervisar la elaboración de los proyectos para el análisis, liquidación, distribución y cobro de la contribución nacional de valorización, causada por la construcción y mejoramiento de la infraestructura de transporte de su competencia.
- 2.11 Prestar asesoría en materia de valorización, a los entes territoriales y entidades del Estado que lo requieran. 2.12 Proponer los cambios que considere convenientes para mejorar la gestión administrativa.
- 2.13 Definir las características técnicas de la demarcación y señalización de la infraestructura de transporte de su competencia, así como las normas que deberán aplicarse para su uso.
- 2.14 Ejecutar los planes, programas y proyectos relacionados con el desarrollo de la infraestructura a su cargo.
- 2.15 Controlar y evaluar la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos relacionados con el desarrollo de la infraestructura a su cargo.
- 2.16 Definir la regulación técnica relacionada con la infraestructura de los modos de transporte carretero, fluvial, férreo y marítimo.
- 2.17 Coordinar con la Agencia Nacional de Infraestructura la entrega, mediante acto administrativo, de la infraestructura de transporte, en desarrollo de los contratos de concesión.
- 2.18 Las demás que se le asignen.

Nota, artículo 2º: Ver Resolución 108 de 2015, M de Transporte.

Así las cosas, tenemos que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS le corresponde velar por la preservación y perfecto estado de las obras y vías a su cargo, entendiéndose concretamente, las vías, puentes, muros y las demás obras de carácter NACIONAL complementarias NO CONCESIONADAS, necesarias para la conservación del bien de uso público encomendado y acorde a las disposiciones legales vigentes, es decir, por ningún motivo está dentro de su resorte y competencia el responder por hechos, acciones u omisiones que generen efectos contrarios a terceros provocados por otros intervinientes.

Ahora, como se ha manifestado a lo largo de esta contestación de demanda, el tramo de vía donde ocurrió el accidente de tránsito NO hace parte de la Red Nacional de Carreteras, toda vez que, por disposición de legal, resolución 5951 de 2015, es una vía de segundo orden a cargo del Departamento del Valle del Cauca, pro lo tanto, NO es obligación del INVIAS el mantenimiento y conservación de la misma, sino que es competencia del ente territorial, para el caso sub - examine recae en cabeza del Departamento del Valle del Cauca.

Conforme a lo anterior, el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) no se encuentra legitimado en la causa para responder por el juicio de imputación planteado con la demanda, debido a que la vía *“Cali – Florida, sector San Juan, vía 3202 A Cali – Candelaria y 3202 b Candelaria crucero la industria que corresponden a la vía Cali - Florida”* NO PERTENECE a la red vial nacional a cargo del Instituto Nacional de Vías – INVIAS”, conforme la resolución 5951 de 2015, se trata de una vía de segundo orden a cargo del Departamento del Valle del Cauca.

Conforme a lo aquí expuesto, no se puede entender que por el solo hecho de tratarse de una vía vehicular, por esta sola razón, ya dicha obligación de mantenimiento y conservación, se traslade en cabeza del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS, más aún cuando dicha vía, mediante Resolución 5951 de 20215 fue clasificada por el Ministerio de transporte como una vía de segundo orden y se encuentra a cargo del Departamento del Valle del Cauca y no del INVIAS.

Al respecto, el Consejo de Estado, en Sentencia del 20 de febrero de 2014, Rad. 18001-23-31-0001999-00398, señaló: “existen obligaciones a cargo de las entidades territoriales con relación a las vías del orden nacional que atraviesan el perímetro urbano de un ente territorial y otras que corresponden al invias. Para aclarar los deberes de los Municipios en esta clase de vías tuvo en cuenta lo estipulado en la letra d) del artículo 1º del decreto 80 de 1987 norma que si bien no atribuye a los Municipios el mantenimiento y señalización de las vías pues tal función está a cargo del INVIAS se dispuso que está a cargo del municipio la obligación de adecuar la estructura de las vías nacionales dentro del respectivo perímetro urbano de conformidad con las necesidades de la vida municipal; lo anterior con el fin de garantizar la movilidad vehicular y peatonal surgiendo entonces la obligación para la municipalidad de realizar las actividades propias de adecuación no

estructurales a la vida con el fin de lograr el tránsito seguro de sus residentes, pues aquellas se requieren para la utilización adecuada de la vía nacionales del perímetro urbano.”

El Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Sección Primera, en Sentencia del 9 de agosto de 2012, Rad.: 73001-23-31-000-2010-00472-01 (AP). Preciso respecto de la legitimación en la causa por pasiva lo siguiente: “De lo anterior se colige que la legitimación en la causa por pasiva es entendida como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda, por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial, por lo que para poder predicar esta calidad es necesario probar la existencia de dicha relación.”

Consecuentemente, con fundamento con el precedente judicial horizontal y vertical en cita corresponde **declarar falta de legitimación en la causa por pasiva** del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- INVIAS, por lo tanto, deberá ser desvinculado de la presente litis pues es claro que el Instituto Nacional de vías no es la llamada a concurrir a este proceso en calidad de demandada, pues no existe prueba alguna que sea el sujeto procesal llamado a responder, ya que está claro que la vía donde ocurrieron los hechos de esta demanda **NO** se encontraba a cargo del INVIAS sino del Departamento del Valle del Cauca .

B). FALTA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA FALLA DEL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION Y EL DAÑO CAUSADO.

El aspecto fundamental para dirimir este asunto, será el análisis que se haga frente al nexo de causalidad, elemento de vital importancia dentro de los requisitos que se exigen para que surja la responsabilidad civil extracontractual. Como su nombre lo indica nexo de causalidad es la relación, el vínculo, que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño. Si no hay nexo causal no surge la responsabilidad civil.

La tesis de "causalidad adecuada", sostiene que los fenómenos que concurren a un resultado son de varias categorías. Unos de incidencia determinante que son causas y otros de incidencia menos determinante que son las condiciones. Dentro de las verdaderas causas, es decir, excluyendo las condiciones, debe seleccionarse la más determinante, es decir, la causa adecuada al resultado.

Para adoptar cualquier decisión en este caso con fundamento en las pruebas aportadas al proceso, es indispensable que el operador jurídico se encuentre convencido por ellas, es decir, que se hallen en estado de certeza sobre los hechos que declaran. Si las pruebas no alcanzan a producir esa convicción, porque no existen o porque pesa en su espíritu por igual en favor y en contra, o más en favor de una conclusión, pero sin despejar completamente la duda razonable, no podrán apoyarse en aquellas para resolver. La parte actora tiene la carga de la prueba de lo que afirma, es

decir, probar que para el día 15 de febrero de 2020, la vía “Cali – Florida, sector San Juan, vía 3202 A Cali – Candelaria y 3202 b Candelaria crucero la industria que corresponden a la vía Cali - Florida”, se encontraba a cargo del INVIAS y a su vez, que la misma se encontraba en malas condiciones por una acción u omisión de mi representada y que dicha acción u omisión fue la causa eficiente y determinante del daño.

El problema de la responsabilidad del Estado debe resolverse con base en lo prescrito en el artículo 90 de la Carta Política, según el cual el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Debe establecerse entonces, en cada caso, si existen los elementos previstos en esta disposición para que surja responsabilidad a cargo del Estado.

No basta pues con la sola afirmación que la vía se encontraba en malas condiciones para que se deduzca por si sola la responsabilidad del Estado, por el contrario, deben analizarse las posibles causas del accidente, las cuales pueden obedecer a un hecho de la naturaleza, el hecho de un tercero o simplemente la imprudencia y negligencia de la víctima en el ejercicio de la actividad de la conducción.

C). FUERZA MAYOR Y/O HECHO DE LA NATURALEZA.

La fuerza mayor o caso fortuito es una eximente de responsabilidad, que consiste en cualquier evento externo que – por sus características de imprevisibilidad e irresistibilidad - impide el cumplimiento del deudor o la producción de un daño. A pesar de los eventos enumerados en el artículo 64 del Código Civil, la jurisprudencia ha señalado que el criterio determinante para identificar un evento constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito no es su similitud con los fenómenos consagrados en dicha disposición sino si el hecho alegado tiene – en el caso en particular - una naturaleza irresistible e imprevisible.

En el sistema de responsabilidad civil colombiano, el fenómeno constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito tiene la virtualidad de romper no solo el vínculo causal entre el perjuicio sufrido y la conducta del demandado; sino también de desvirtuar la culpa del agente. Son fenómenos análogos con exactamente el mismo carácter exoneratorio.

Requisitos y Efectos:

1. El hecho debe ser irresistible. Es decir, el fenómeno constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor debe poner al demandado – a pesar de sus mayores esfuerzos – en una situación de imposibilidad absoluta y permanente de cumplir (en materia contractual) o de evitar el daño (en materia extracontractual).

2. El hecho debe ser imprevisto. Es decir, debe ser un evento de un carácter tan remotamente probable y súbito que ni siquiera una persona diligente hubiera razonablemente tomado medidas para precaverlo.
3. El hecho debe ser jurídicamente ajeno al causante del daño. Es decir, el fenómeno constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito debe haberse producido sin contribución o culpa alguna del demandado.
4. La exigencia de la demostración de la naturaleza imprevista e irresistible del fenómeno alegado como fuerza mayor o caso fortuito lleva implícita la prueba de la debida diligencia del demandado.
5. La fuerza mayor o caso fortuito proceden como causales de exoneración de responsabilidad civil, pues desvirtúan la culpa del agente como también la causa del daño.

A continuación, se transcribe algunos apartes de doctrina y jurisprudencias recientes del Consejo de Estado Colombiano, que ratifican lo que se ha manifestado:

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA consejera ponente (E): GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil diez (2010)

Debe recordarse que, conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del Código general del Proceso: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

no obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. la parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.”.

Por ende, considero que no hay prueba de falla atribuible a INVÍAS, pues no se probó que sea la autoridad competente del mantenimiento de la vía y que la entidad tuviera conocimiento del riesgo, ni que este le hubiera sido puesto de presente por la comunidad.

D). FALTA DE DEMOSTRACION Y CUANTIFICACION DE LOS PERJUICIOS MATERIALES E INMATERIALES PRETENDIDOS EN LA DEMANDA:

Me opongo a que se condene a la entidad que represento al pago de perjuicios materiales e inmateriales en la forma liquidada, puesto que, primero se deberá demostrar que la señora **MARIA MILEYDI ORTIZ** se encontraba activa laboralmente al momento de los hechos y que devengaba un ingreso como consecuencia de una actividad lícita, toda vez que, no existe prueba alguna de la relación laboral aducida, ni soportes de pago de seguridad social y mucho menos desprendibles de nómina o certificación de contador público, por el contrario, se allega con la contestación de esta demanda consulta de la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud del ADRES, en donde se advierte que la Sra. MARIA MILEYDI ORTIZ se encuentra vinculada al régimen contributivo del sistema general de Salud en calidad de beneficiaria.

En cuanto a los perjuicios morales reclamados y liquidados unilateralmente en la demanda, me opongo igualmente a su reconocimiento y condena por cuanto exceden el tope máximo señalado por el Consejo de estado en caso de muerte de una persona. Se deberá demostrar lo relativo al dolor y aflicción de índole moral para determinar si se perjudicaron moralmente, pues no basta con la acreditación del parentesco para que se deduzca una afectación de tipo moral.

E) INNOMINADA

Teniendo en cuenta que en el desarrollo del proceso pudiere resultar demostrada cualquier otra excepción que conduzca al rechazo de las pretensiones de la demanda que nos ocupa, solicito al Despacho tenerla en cuenta al momento de proferirse el fallo, a favor de la entidad que represento judicialmente.

IV- PRUEBAS:

DOCUMENTALES:

1. Resolución 0005951 del 31 de diciembre de 2015 emitida por el Ministerio de transporte.
2. Consulta Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud del ADRES de la Sra. MARIA MILEYDI ORTIZ.

V- ANEXOS.

1. Los documentos relacionados como pruebas.
2. Poder conferido a la suscrita.
3. Resolución de nombramiento y acta de posesión del director de la territorial Valle del INVIAS



Instituto Nacional de Vías
República de Colombia



La movilidad
es de todos

Mintransporte

4. Copia de la cedula de ciudadanía y tarjeta profesional de la suscrita

VI- NOTIFICACIONES.

- La suscrita y la entidad que represento INVIAS, recibiremos notificaciones en la secretaria del Juzgado y en la Avenida Vásquez Cobo No 23N-47 Piso 3 Estación Ferrocarril en la ciudad de Cali.
Correo electrónico: njudiciales@invias.gov.co; Imprieto@invias.gov.co

Del Señor Juez,

Atentamente,

LINA MARÍA PRIETO CALAMBAS

C.C. No. 31.306.628 de Cali – Valle

T.P. No. 158358 del C.S.J.



INVIAS
INSTITUTO NACIONAL DE VIAS



Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

Santiago de Cali, 19-01-2023

Señores:

JUZGADO 14 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI

E. S. D.

Radicación: 76001-33-33-014-2022-00041-00

Demandante: MARÍA MILEYDI ORTIZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS Y OTROS

Proceso: REPARACIÓN DIRECTA

JUAN CARLOS IBARGUEN CORDOBA, identificado con cédula de ciudadanía No. 14.638.527, obrando en calidad Director Territorial del Valle del Cauca del Ministerio de Transporte, facultado para representar judicialmente a la entidad según la Resolución No. 20203040022265 del 17 de noviembre del año 2020, "Por la cual se efectúa un nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción en el Ministerio de Transporte", y acta de posesión de fecha 18 de noviembre de 2020, procedo a dar contestación al **MEDIO DE CONTROL** formulado por los demandantes en el siguiente sentido:

I. FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Con la formulación de demanda de reparación directa en contra de las entidades La NACION - el MINISTERIO DE TRANSPORTE, el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS "INVIAS", el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES "INCO" hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y el MUNICIPIO DE CANDELARIA se pretende la declaración de responsabilidad administrativa de las entidades por los perjuicios MATERIALES e INMATERIALES causados a Los señores MARIA MILEYDI ORTIZ MENDOZA, el señor ALEXANDER HOLGUIN BOTINA y la señora DAYANNA HOLGUIN ORTIZ, actuando en nombre propio, por falla o falta del servicio de la administración en el mantenimiento vial de la vía





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

“Cali – Florida, sector San Juan”, vía 3202 A Cali – Candelaria y 3202 b Candelaria crucero la industria que corresponden a la vía Cali – Florida, que ocasionó accidente de tránsito en el que la señora MARIA MILEYDI ORTIZ MENDOZA sufrió graves lesiones personales.

Es así como de acuerdo a las pretensiones formuladas en contra de la representada, en la presente acción nos oponemos a todas y cada una de ellas por su carente mérito jurídico y desde ya peticiono, sean despachadas desfavorablemente atendiendo a los argumentos de defensa que expondré como a los medios exceptivos que igualmente se propondrán.

II. FRENTE A LOS DENOMINADOS “HECHOS DE LA DEMANDA.

En nombre de la Nación-Ministerio de Transporte, me atengo a lo que se demuestre en el curso del proceso y a lo que la Ley disponga. Sin embargo, manifiesto desde ya que las funciones de la entidad, se encuentran encaminadas a fijar las políticas en materia de transporte nacional e internacional, conforme lo establece el Decreto 2171 de 1992, el Decreto 2053 de 2003 que modifica el Decreto 101 de 2000 y en el cual se dispone expresamente que el Ministerio de Transporte tiene como objetivo primordial la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo.

En este sentido, se constituye el Ministerio de Transporte como un ente programático y planificador de dichas políticas, más no como ejecutor; de allí que, no sea quien tenga a cargo la competencia en los hechos descritos en el medio de control formulado y mucho menos la atención de estos sucesos.

Se procederá entonces a la contestación de los hechos de la demanda por parte de esta entidad demandada sin qué de las manifestaciones realizadas por la cartera se pueda argumentar dilación, evasión y/o silencio alguno, de la siguiente forma:

AL HECHO PRIMERO Y SEGUNDO: No le consta a mi representada, toda vez que es un hecho que excede su órbita de competencia. Mi representada NO PARTICIPÓ de los hechos que presuntamente ocasionaron el daño reclamado por el demandante, dado que no es su competencia funcional atendiendo que sus





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

funciones se encuentran encaminadas a fijar las políticas en materia de transporte nacional e internacional, conforme lo establece el Decreto 2171 de 1992, el Decreto 2053 de 2003 que modifica el Decreto 101 de 2000 y en el cual se dispone expresamente que el Ministerio de Transporte tiene como objetivo primordial la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo. En este sentido, se constituye el Ministerio de Transporte como un ente programático y planificador de dichas políticas, más no como ejecutor.

AL HECHO TERCERO Y CUARTO: No le consta a mi representada, toda vez que es un hecho que excede su órbita de competencia, además de que esta NO PARTICIPÓ de las circunstancias fácticas que en este se mencionan. La historia clínica goza de reserva legal y por tanto al no tener acceso a esta, nos atenemos a lo que resulte probado dentro del proceso frente a la relación de causalidad con los hechos narrados.

AL HECHO QUINTO: No le consta a mi representada la situación personal y el estado de salud del demandante al momento de que ocurrieran los hechos. Esta es una situación que deberá ser probada en el proceso.

AL HECHO SEXTO, SEPTIMO Y OCTAVO: No le consta a mi representada. Dentro de la investigación penal que adelanta la Fiscalía General de la Nación por el accidente de tránsito, mi poderdante nunca fue parte ni estuvo vinculado, por lo cual no tiene conocimiento de los resultados arrojados por parte de medicina legal. Nos atenemos a lo que se pruebe en el proceso

AL HECHO NOVENO: No le consta a mi representada la situación personal, laboral y el estado de salud del demandante antes y después de que ocurrieran los hechos. Esta es una situación que deberá ser probada en el proceso con los elementos médicos y experticias idóneas.

AL HECHO DÉCIMO: No es un hecho. Es una apreciación subjetiva de la parte demandante carente de argumento jurídico y probatorio.

AL HECHO UNDECIMO: No le consta a mi representada, sin embargo, si se tiene en cuenta la documentación allegada con la demanda, se puede determinar que el poder otorgado a la togada carece de los requisitos establecidos en la Ley.





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

III. OBJECCIÓN A LA CUANTÍA PRETENDIDA

Asimismo, es deber de esta apoderada objetar la cuantía estimada para el caso en cuestión, en concordancia con el Artículo 206, del Código General del Proceso, toda vez que la misma presenta varias inconsistencias; a saber:

Frente a los perjuicios morales:

Los presuntos daños Psicológicos sufridos por los demandantes deben ser demostrados y no solamente mencionados y mucho menos tasados de manera arbitraria, sin tener en cuenta el precedente judicial de la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Frente a los perjuicios materiales:

Frente al valor de las pretensiones por perjuicios patrimoniales nos oponemos toda vez que tanto la doctrina como la jurisprudencia han expuesto en forma reiterativa que para que proceda la indemnización de los perjuicios materiales, estos deben ser ciertos, es decir debe existir plena certeza del detrimento a reparar.

IV. RAZONES DE LA DEFENSA Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

En lo referente a la responsabilidad administrativa del Estado por daños causados a particulares, la jurisprudencia tradicionalmente adoptada exige la presencia de tres (3) elementos esenciales, a saber:

- A)** Un daño causado a un bien jurídicamente tutelado;
- B)** Una falla en el servicio por acción u omisión, retardo o irregularidad en su prestación; y





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

- C)** El Nexo Causal existente entre el daño y la falla en la prestación del servicio. Las entidades demandadas podrán exonerarse de responsabilidad alegando y probando los elementos constitutivos de Fuerza Mayor, Caso Fortuito, Hecho Exclusivo de la Víctima y/o el Hecho Determinante de Un Tercero.

El problema de la responsabilidad del Estado, debe resolverse con base en lo prescrito en el artículo 90 de la carta política, el cual prevé cuándo será el Estado responsable patrimonialmente por daños antijurídicos, norma que dispone “... [.] *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 sentencia proferida por el Consejo de Estado, Subsección C, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 5 de octubre del año 2011, se indica sobre el artículo precedente lo siguiente:

“... [.] La responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, se fundamenta en dos elementos, a saber: El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico...”

“El inciso primero del texto constitucional antes señalado, es del siguiente tenor literal:

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

“Y es así, como la jurisprudencia de esta corporación lo ha entendido, diciendo lo siguiente:

“porque a términos del artículo 90 de la constitución política vigente, es más adecuado que el juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo Estado o a una persona jurídica de derecho público.

“La objetivación del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el juez se ocupe inicialmente de establecer





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”.

“Por consiguiente, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es lo relativo a la existencia del daño, por cuanto si en el proceso no se logra establecer la ocurrencia de este, se torna inútil cualquier otro análisis y juzgamiento.

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño puesto que, si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

“La Corte Constitucional refiriéndose a la posición asumida por la sección tercera de esta corporación, ha precisado los alcances del inciso primero artículo 90 de la Carta, en los siguientes términos:

“Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber, el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

“La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera que sea la clase (contractual o extracontractual o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar... [.]”

Sobre este particular es importante indicar que No es posible adaptar al régimen objetivo de responsabilidad, tal como lo pretende el actor, a supuestos fácticos y/o jurídicos estructurados bajo el entendido de una supuesta falla en el servicio.

De lo anterior, que los fundamentos jurídicos expuestos en la demanda sobre el título de imputación aplicable no son procedentes en la forma expuesta en la demanda por parte del actor.

El alto tribunal señaló la importancia de efectuar un análisis de las obligaciones que la normativa vigente para la época de los hechos le impone al órgano administrativo correspondiente, así como el grado de cumplimiento o de





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

observancia del mismo para el caso puesto en conocimiento del juez administrativo.

De manera que es necesario demostrar el daño causado con ocasión de las deficiencias y omisiones en las que presuntamente la entidad estatal incurrió y, en consecuencia, acreditar que la entidad incumplió con los deberes jurídicos que le correspondían.

Planteado lo anterior, permite colegir que correspondería un análisis desde la postura de la falla probada, debiendo acreditar la parte demandante la existencia de la presunta falla del servicio demostrando que las presuntas omisiones constituyeron las causas determinantes y/o efectivas del perjuicio.

Esto constituye un claro rompimiento del nexo causal de la presunta falla del servicio endilgada, el hecho y el daño producido, ya que el Ministerio de Transporte a partir de su existencia, a través del Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992 “Por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional”, no tiene la función de efectuar el mantenimiento y señalización de los elementos que hacen parte de las vías concesionadas, por cuanto sus funciones están taxativamente enumeradas en el artículo 6 del Decreto 2171/92.

Expuesto lo anterior, tenemos:

EXCEPCIONES

Sin perjuicio de que el señor Juez declare de oficio aquellas excepciones que aparezcan probadas durante el proceso, me permito oponerme a la prosperidad de las pretensiones teniendo en cuenta las siguientes razones de hecho y de derecho:

- **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA PARA DEMANDAR AL MINISTERIO DE TRANSPORTE COMO RESPONSABLE:**

Teniendo en cuenta la característica de mixta de esta excepción, se propone en este escrito tal y como lo establece el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, reformado por la ley 2080 de 2021, miremos:





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

El Legislador Colombiano optó por una relación taxativa, no enunciativa de las excepciones previas (numerus clausus), con la finalidad de dar certeza y seguridad a la relación jurídica procesal, evitando que se crearan otros “hechos exceptivos, por vía de interpretación

La reforma realizada al C.P.A.C.A., en la Ley 2080 de 2021, nos permite determinar las excepciones previas y mixtas aplicables, así como su trámite.

Son hechos constitutivos de excepciones previas (Mixta): la falta de legitimación en la causa, la ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o indebida acumulación de pretensiones entre otras.

Así el artículo 180.6, permite entonces proponer y decidir cómo excepciones previas, la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la prescripción extintiva, **la falta de legitimación en la causa** y la conciliación.

Las cuatro primeras, conocidas como excepciones mixtas, **la falta de legitimación en la causa entonces establece la norma de manera taxativa que pueden formularse y decidirse como excepción previa**, lo que aparea que, si se demuestran, el órgano jurisdiccional debe declararlas probadas y dar por terminado el proceso en la audiencia inicial o de manera anticipada a la parte que acredite esta excepción, como en este caso al Ministerio de Transporte.

Así las cosas, de manera respetuosa se solicita la desvinculación de una de las partes llamadas al mismo, es decir este Ministerio de Transporte por configurarse la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva**, aplicable al presente proceso.

Es clara la estructuración de la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA del MINISTERIO DE TRANSPORTE, derivado incluso de los documentos allegados por la parte demandante, toda vez que dicha cartera ministerial no tiene la función de efectuar el mantenimiento y señalización de los elementos que hacen parte de las vías concesionadas, por cuanto sus funciones están taxativamente enumeradas en el artículo 6 del Decreto 2171/92.

La cartera ministerial debe ser exonerada de las pretensiones esgrimidas en esta demanda por cuanto se logra configurar claramente la excepción, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, tanto





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

material como sustantiva como presupuesto procesal de la demanda frente al MINISTERIO DE TRANSPORTE, toda vez que el demandante no puede exigirle cumplimiento funcional a la entidad sobre aspectos que no le competen y recaen normativa, reglamentaria y contractualmente sobre otra entidad.

Respetuosamente se solicita la desvinculación de una de las partes llamadas al mismo, es decir este Ministerio de Transporte por configurarse la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, aplicable al presente proceso.

En decisión adoptada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en un asunto de similares circunstancias, proceso con radicación número 76001-33-33-016-2017-00107-01, fungiendo como demandante el señor PEDRO NEL GARCÍA SANCHEZ y como demandada la NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE y otros, a través de la decisión adoptada en sala número 4, con magistrada ponente Dra. LUZ ELENA SIERRA VALENCIA del 11 de noviembre del año 2020, se resolvió, con relación a un recurso de apelación interpuesto en contra del auto interlocutorio número 162 del 4 de marzo del año 2019 que decide diferir la resolución de la excepción mixta de falta de legitimidad en la causa por pasiva propuesta, lo siguiente:

“... [.] En la demanda, aunque se cita como demandada a la NACIÓN-MINISTERIO DE TRANSPORTE, realmente no se consagra ningún argumento que permita establecer su legitimación de hecho y material con los hechos por los cuales reclaman los actores indemnización...” ...” La decisión recurrida será revocada en esta instancia, por las siguientes razones: 1. La ley 101 de 2000 establece en su artículo 2, como funciones generales del MINISTERIO DE TRANSPORTE las de formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos en materia de tránsito, transporte y su infraestructura. 2. Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 4165 del 2011, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, pertenece al sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, cuenta con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, financiera y técnica, y se encuentra adscrita al Ministerio de Transporte...” 3. En las normas en mención, se establece que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, como ente descentralizado, se encuentra adscrito al MINISTERIO DE TRANSPORTE, lo que no implica el ejercicio de un control jerárquico de parte de este respecto de la actuación de aquella...”





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

De los hallazgos anteriores, no se aprecia ningún hecho que permite deducir una legitimación en la causa por pasiva del MINISTERIO DE TRANSPORTE en este caso, no sólo por las funciones que legalmente le asisten, sino en razón de la autonomía de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ...” En consecuencia, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, en Sala Jurisdiccional de Decisión número cuatro (4), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA: PRIMERO. - REVOCAR el auto interlocutorio No. 162 del 4 de marzo de 2019, proferido dentro de la audiencia inicial por el JUZGADO DIECISES ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI, mediante la cual se dispuso DIFERIR LA RESOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN MIXTA DE FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA, para en su lugar, DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA del MINISTERIO DE TRANSPORTE, y se ordena su desvinculación definitiva del proceso ... [.]”

En similares y recientes pronunciamientos el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente: Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012) Radicación: 76001-23-25-000-1997-03056-01 (22.032):

“... [.] En la verificación de los presupuestos procesales materiales o de fondo, dentro de los cuales se encuentra la legitimación en la causa, compete a la Sala analizar la legitimidad para obrar dentro del proceso de la parte demandada y su interés jurídico, pues la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o a las demandadas. Con relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a ella, como la "calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso",9 de forma tal, que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas. Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria, sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada. Ahora bien, también ha sostenido la Sala que la legitimación en la causa puede ser de hecho cuando la relación se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir, de la atribución





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda, o material frente a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas, por lo cual la ausencia de esta clase de legitimación, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido, sino que es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, sin que el estar legitimado en la causa otorgue el derecho a ganar, lo que sucede aquí es que si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto, no porque él haya probado un hecho que enerve el contenido material de las pretensiones, sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo - no el procesal -; si la falta de legitimación en la causa es del demandado al demandante se le negarán las pretensiones, no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho, sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder, y, por eso, el demandado debe ser absuelto. ... [.]”

De igual manera encontramos por parte del Consejo de Estado, sentencia del 14 de marzo del año 2012, radicación número 76001232500019970305601 (22032), con consejero ponente Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, el siguiente planteamiento: ... [.]” En la verificación de los presupuestos procesales materiales o de fondo, dentro de los cuales se encuentran la legitimación en la causa, compete a la sala analizar la legitimidad para obrar dentro del proceso de la parte demandada y su interés jurídico, pues la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otros, para dictar sentencia de mérito favorablemente al demandante o a las demandadas.

Con relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a ella, como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en la relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”, de forma tal, que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria, sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran los titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

Al respecto, no sobre recordar lo dicho por la Sala en tal sentido, a saber:





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

“(...) La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada (...).

Es importante señalar que el Ministerio de Transporte no debe estar vinculado a este proceso materialmente, porqué de la lectura de los hechos planteados en la demanda y que debe probar el demandante en el proceso, no tienen relación directa o indirecta con mi representada, por cuanto no ha participado ni contribuido a que se den las situaciones planteadas por aquél.

Para aclarar lo anterior, es fundamental indicar que el MINISTERIO DE TRANSPORTE es un organismo eminentemente regulador, planificador y normativo en el área de transporte y en la actualidad carece totalmente de funciones de tipo operativo.

De igual forma, las disposiciones normativas posteriores como el Decreto 101 de 2000 modificadorio del Decreto 2171 de 1992, el Decreto 2053 de 2003, a su vez, modificadorio del Decreto 101 de 2000, disponen expresamente que el Ministerio de Transporte tiene como objetivo primordial, la formulación y adopción de políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo; es decir es concebido como un Ente Programático y Planificador más no ejecutor.

El Decreto número 087 del 17 de Enero del 2011 modificó la estructura del Ministerio de Transporte y determinó las funciones de sus dependencias, en su artículo 4 estableció que la integración del sector transporte está constituida por el Ministerio de Transporte y sus entidades adscritas, dentro de ellas el Instituto Nacional de Vías INVÍAS y la ANI - Agencia Nacional de Infraestructura anteriormente INCO, continuando a cargo del Ministerio de Transporte el siguiente objetivo conforme su artículo primero así:

“... [.]El Ministerio de Transporte tiene como objetivo primordial la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos de transporte carretero, marítimo, fluvial, férreo y aéreo y la regulación técnica en materia de transporte y tránsito de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo... [.] “

En idéntico sentido tenemos qué, el segundo artículo del Decreto mencionado señaló las funciones que se le asignan legalmente al Ministerio de Transporte así:

“... [.] Corresponde al Ministerio de Transporte cumplir, además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:
2.1. Participar en la formulación de la política, planes y programas de desarrollo económico y social del país. 2.2. Formular las políticas del Gobierno Nacional en materia de transporte, tránsito y la infraestructura de los modos de su competencia. 2.3. Establecer la política del Gobierno Nacional para la directa, controlada y libre fijación de tarifas de transporte nacional e internacional en relación con los modos de su competencia, sin perjuicio de lo previsto en acuerdos y tratados de carácter internacional. 2.4. Formular la regulación técnica en materia de tránsito y transporte de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo. 2.5. Formular la regulación económica en materia de tránsito, transporte e infraestructura para todos los modos de transporte. 2.6. Establecer las disposiciones que propendan por la integración y el fortalecimiento de los servicios de transporte. 2.7. Fijar y adoptar la política, planes y programas en materia de seguridad en los diferentes modos de transporte y de construcción y conservación de su infraestructura. 2.8. Establecer las políticas para el desarrollo de la infraestructura mediante sistemas como concesiones u otras modalidades de participación de capital privado o mixto. 2.9. Apoyar y prestar colaboración técnica a los organismos estatales en los planes y programas que requieran asistencia técnica en el área de la construcción de obras y de infraestructura física, con el fin de contribuir a la creación y mantenimiento de condiciones que propicien el bienestar y desarrollo comunitario. 2.10. Elaborar el proyecto del plan sectorial de transporte e infraestructura, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación y las entidades del sector y evaluar sus resultados. 2.11. Elaborar los planes modales de transporte y su infraestructura con el apoyo de las entidades ejecutoras, las entidades territoriales y la Dirección General Marítima, Dimar. 2.12. Coordinar, promover, vigilar y evaluar las políticas del Gobierno Nacional en materia de tránsito, transporte e infraestructura de los modos de su competencia. 2.13. Diseñar, coordinar y participar en programas de investigación y desarrollo científico, tecnológico y administrativo en las áreas de su competencia. 2.14. Impulsar en coordinación





Para contestar cite:

Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

con los Ministerios competentes las negociaciones internacionales relacionadas con las materias de su competencia. 2.15. Orientar y coordinar conforme a lo establecido en el presente decreto y en las disposiciones vigentes, a las entidades adscritas y ejercer el control de tutela sobre las mismas. 2.16. Coordinar el Consejo Consultivo de Transporte y el Comité de Coordinación Permanente entre el Ministerio de Transporte y la Dirección General Marítima, Dimar. 2.17. Participar en los asuntos de su competencia, en las acciones orientadas por el Sistema Nacional de Prevención y Atención de Desastres. 2.18. Las demás que le sean asignadas. PARÁGRAFO 1o. Exceptuase de la Infraestructura de Transporte, los faros, boyas y otros elementos de señalización para el transporte marítimo, sobre los cuales tiene competencia la Dirección General Marítima, Dimar. PARÁGRAFO 2o. El Instituto Nacional de Concesiones, INCO, y el Instituto Nacional de Vías en relación con lo de su competencia, para el desarrollo de las actividades del modo de Transporte marítimo, serán asesorados por la Dirección General Marítima, Dimar, en el área de su competencia. ... [.]”

De igual manera el artículo 4 indica: “... [.] El Nivel Nacional del Sector Transporte está constituido, en los términos de la Ley 105 de 1993, por el Ministerio de Transporte y sus entidades adscritas:

ENTIDADES ADSCRITAS

Instituto Nacional de Vías, Invías.

Instituto Nacional de Concesiones, INCO.

Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil.

Superintendencia de Puertos y Transporte, Supertransporte.

ÓRGANOS DE ASESORÍA Y COORDINACIÓN SECTORIAL

Comité de Coordinación permanente entre el Ministerio de Transporte y la Dirección General Marítima, Dimar. Consejo Consultivo de Transporte... [.]”

Tenemos qué, mediante el Decreto 947 de 2014, se crea la comisión de regulación de infraestructura y transporte y se establece su estructura, adscrita el Ministerio de Transporte; mediante el Decreto 964 de 2014, se crea la Unidad de Planeación de Infraestructura de Transporte y se determina su estructura y funciones; mediante la Ley 1702 de 2013, se crea la Agencia Nacional de Seguridad Vial y se dictan otras disposiciones

Por lo expuesto es cierto que la cartera ministerial que represento, ósea la NACIÓN-MINISTERIO DE TRANSPORTE no es la entidad legitimada para dar respuesta a los hechos y pretensiones de la acción, por corresponder al ente





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

territorial, municipal o a la entidad cuya concesión fue entregada, dar alcance a los requerimientos realizados por los demandantes.

Sobre esta excepción particular y teniendo en cuenta su característica de excepción mixta, se eleva la siguiente:

- PETICIÓN ESPECIAL RESPECTO DE LA ANTERIOR EXCEPCIÓN PROPUESTA

Su señoría, como se demuestra con esta contestación de demanda, la entidad a la cual represento no tiene vínculo causal, ni jurídico, ni compartido, ni solidario por los hechos que acaecieron a la Litis, muy respetuosamente se solicita a su honorable Despacho que, se proceda a la desvinculación de mi representada, la NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE del proceso en mención, como consecuencia de la procedencia de la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, de manera anticipada.

Ahora, si el despacho considera que la cartera MINISTERIAL cuenta con legitimación en la causa material y sustancial para comparecer como parte demandada en este trámite, se procede a analizar la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA en sentencia como excepción de mérito, así como los siguientes medios exceptivos:

- CARENCIA DE SOLIDARIDAD DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE.

Como se explicó antes, frente a las pretensiones y habida cuenta que el Ministerio de Transporte, tal como lo señala las normas que lo modifican o reestructuran, aunque es organismo rector en materia de política del transporte, tránsito e infraestructura cumple muy distintas funciones a las desarrolladas por sus entidades públicas adscritas demandadas, como es el caso de la entidad Instituto Nacional de Vías -INVIAS-. La Ley ha creado estas entidades públicas en forma autónoma e independiente en materia administrativa, patrimonial y de manejo de su propio personal, con personería jurídica capaces de contraer derechos y obligaciones, por tanto, toman sus propias decisiones. Así lo ha explicado el Consejo de Estado también en su doctrina jurisprudencial al estudiar casos similares al aquí expuesto:





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

El Honorable Consejo de Estado-Sala de decisión del 05 de julio del 2001, expediente No. 13.232-15.646 Actores Belén González y otros indicó que:

“...Por otra parte, observa la Sala que, conforme a lo dispuesto en los artículos 5º y 6º del Decreto 2171 de 1992, por el cual se reestructuró el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que se denominó, desde esa fecha, Ministerio de Transporte, los objetivos y funciones de éste último están referidos al diseño y la fijación de la política nacional en materia de tránsito y transporte y su infraestructura, así como de las políticas de planeación de los organismos que integran el sector transporte, y la orientación y vigilancia de la ejecución de las mismas.

El objetivo del Instituto Nacional de Vías, como establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito a dicho ministerio, es “ejecutar las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo que se refiere a carreteras”. Para el cumplimiento de este objetivo, se asignaron al instituto varias funciones generales y, entre ellas, la de ejecutar la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura vial de su competencia, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Transporte.

Conforme a lo anterior, esta Sala concluye que el Ministerio de Transporte no es la entidad directamente responsable de adelantar las diversas acciones relacionadas con la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación y conservación de la infraestructura vial a cargo de la Nación. Esta obligación ha sido asignada, de manera específica y expresa, al Instituto Nacional de Vías. Así se desprende, también, de lo consignado en la parte motiva de la Resolución 66 del 4 de mayo de 1994, expedida por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, citada en la primera parte de estas consideraciones, en el sentido de que la red nacional de transporte está conformada por las carreteras que están a cargo de la Nación, “a través del Instituto Nacional de Vías INVIAS”.

Sobra decir que, la descentralización administrativa le da a cada entidad de las adscritas al Ministerio una función precisa, puesto que son entes autónomos, con personería jurídica, patrimonio propio e independiente del Ministerio de Transporte, por lo tanto actúan con independencia unos de los otros al momento de contraer sus obligaciones; de estas disposiciones es claro que frente a un accidente de tránsito el Ministerio de Transporte no tiene facultades





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

operativas de construcción, reparación, mantenimiento y mucho menos de control y vigilancia de los elementos que reposan sobre dichas las vías del país, pues su labor se circunscribe a dictar la política y la regulación normativa, y no las labores operativas viales en las carreteras de Colombia las cuales corresponden a otras autoridades.

Por lo expuesto es cierto que la cartera ministerial que represento, ósea la NACIÓN- MINISTERIO DE TRANSPORTE no es el ente que ejecuta las obras públicas, ni construye, ni conserva las vías o carreteras, no repara ni contrata su mantenimiento, no es el encargado de la ubicación o instalación de la señalización vial.

Es clara la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA del MINISTERIO, teniendo en cuenta la ausencia de fundamento legal y fáctico para su vinculación, toda vez que lo aquí propuesto, corresponde por competencia legal a una entidad distinta a esta cartera, que no es una ejecutora, pues su función es eminentemente planificadora, reguladora de las políticas de transporte.

- INEXISTENCIA DE FALLA ALGUNA IMPUTABLE AL MINISTERIO DE TRANSPORTE - INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL RESPECTO DEL HECHO Y EL PRESUNTO DAÑO CAUSADO.

Es importante dejar claro que para acreditar la presunta responsabilidad del estado por la falta de señalización, conservación y mantenimiento de una vía, a través de la cual se genera un evento que ocasiona daños y perjuicios a terceros como consecuencias de sus presuntas omisiones y/o acciones, es indispensable demostrar además del DAÑO generado, la presunta FALLA en el servicio consistente en el presunto desconocimiento de los deberes de la administración; situación que funcionalmente no puede ocurrir en este caso para con mi representada MINISTERIO DE TRANSPORTE.

La jurisprudencia ha manifestado que en casos como el que es objeto de estudio en el presente asunto, en los cuales se endilga a la Administración una omisión derivada del supuesto incumplimiento de las funciones u obligaciones legalmente a su cargo, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio, y como se ha expuesto, con falla probada.

En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

ocurrencia ha sido determinante la presunta omisión por parte de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, las altas cortes han señalado claramente que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado y, de otro, el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto.

Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido, o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa al referido contenido obligacional, esto es, se ha apartado por omisión del cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, es menester precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño, SITUACIONES O CARACTERÍSTICAS que no se presentan o consolidan en este evento para la cartera ministerial que represento.

Se afirma por parte del demandante qué, por la omisión en las obligaciones de mantenimiento, se ocasionó el daño que pretende su reconocimiento y pago la actora; en casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada, situación que no ocurre en esta demanda, para con la cartera ministerial.

Si el daño que se imputa a la entidad deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.

Para determinar entonces si se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración, hecho que no acontece en esta acción y que por el contrario se logra desvirtuar para con el MINISTERIO DE TRANSPORTE al demostrarse las obligaciones funcionales de la cartera, que no corresponden a las que pretenden los actores imputarle en los hechos y fundamentos jurídicos de la demanda.

No existe un nexo causal entre los hechos y las funciones y competencias del Ministerio de Transporte, con el daño que se le reclama.





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

El despacho al analizar detenidamente el contenido de la demanda y la documentación aportada por el actor, queda demostrado con la misma demanda y soportes probatorios adjuntos que, no hay una relación de causalidad entre los hechos esgrimidos y las funciones del Ministerio de Transporte, ya que fácilmente se deduce que un elemento primordial de cualquier régimen de responsabilidad es el vínculo entre el hecho dañoso y las competencias asignadas a la autoridad pública que se considera como causante del daño es en relación con estas competencias y en ese sentido hablar de la acción o la omisión.

El actor tampoco identifica a lo largo de su escrito de demanda, ni de ella se pueden concluir, ninguno de los elementos de responsabilidad que deben estar presentes cuando se instaura la acción de reparación directa, frente a lo pretendido para con el Ministerio de transporte.

Es importante dejar claro que, NO SE ENCUENTRA PROBADO, por qué no existe a cargo del Ministerio de Transporte, la presunta omisión funcional y/o legal que alude el demandante en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como lo describen en los hechos de la demanda para con mi cliente y lo que es más importante, que esta situación haya sido causa eficiente del hecho dañoso.

NO SE ENCUENTRA PROBADO el nexo causal entre el hecho y el daño irrogado, en las circunstancias de tiempo modo y lugar que aluden los demandantes, situación que pertenece únicamente a afirmaciones sin sustento probatorio, en lo atiente a la imputación de responsabilidad de esta cartera.

Sin entrar a admitir LEGITIMACIÓN en la causa por parte del MINISTERIO DE TRANSPORTE en estos eventos, ni responsabilidad legal, funcional y/ normativa alguna, se consideran estructuradas de igual manera las siguientes causales de exoneración de responsabilidad, miremos:

En materia de responsabilidad estatal, es fundamental acreditar el nexo causal entre el daño alegado y la actuación y/u omisión de la entidad estatal llamada a juicio.

El problema en la relación de causalidad, surge a partir de la premisa lógica de que no está llamado a resarcir un daño aquel que no ha contribuido a su realización, de manera que, siempre debe existir un ligamen entre el daño causado y el hecho que se atribuye a quien debe responder, en este caso, como se pretende, al MINISTERIO DE TRANSPORTE.





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

Dicha relación se ha denominado desde otrora Nexo Causal, y se constituye como un aspecto fundamental que debe ser probado en todos los procesos surtidos, para efectos de lograr la consolidación de la responsabilidad en cabeza de cualquier entidad, bien sea con características objetiva y/o subjetiva.

Sobre este particular podemos recordar al honorable Consejo de Estado que ha expuesto:

“... [.]la idea de la casualidad surge a partir del concepto de causa que en la noción más elemental se asocia con los competentes de anterioridad y necesidad, los cuales al confluir se traducen en que una cosa ocurre después de otra, de suerte que sin la primera la segunda no podría haber sucedido, o lo que es lo mismo, al remover la primera la segunda desaparecería. Desde el punto de vista filosófico el principio de causalidad se erige como una formulación del principio de la razón suficiente aplicado en relación con la existencia de las cosas, dejando de lado la razón de ser de la cosa misma como objeto del conocimiento, para señalar que todo lo que pasa obedece a una razón, es decir, nada pasa “porque sí” o sin que tenga alguna explicación, de manera que la existencia de un fenómeno debe su razón de ser a la existencia de otro. Lo anteriormente señalado permite afirmar que la relación de causalidad en términos jurídico es el vínculo o ligamen existente entre dos fenómenos diversos (entre el hecho y el daño) en virtud del cual el segundo debe la existencia al primero y en ese sentido el segundo de los fenómenos se ubica como el efecto jurídico del primero, es por ello que la relación de causalidad constituye el nexo etiológico material- en cuanto dice relación a la parte objetiva-, que liga un fenómeno a otro y, que, en relación con el daño, constituye el factor de imputación material o física (imputatio facti) del mismo a un sujeto determinado. Es decir, cuando se hace alusión a la imputación material se remite al contexto de la relación de causalidad para determinar a quién es atribuible materialmente la producción del daño, en tanto la imputación jurídica consiste en determinar el fundamento o la razón de la obligación indemnizatoria acorde con uno de los títulos de imputación que han sido decantados por la jurisprudencia y la doctrina, según se trate de supuestos que se ubican dentro de una noción (subjetiva u objetiva) de la responsabilidad y por consiguiente, se sitúa en ese plano dentro de la estructura lógica del fenómeno de la responsabilidad. El problema fundamental que se suscita frente a la estructuración del nexo causal surge a partir de la existencia de distintas condiciones que preceden a la





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

producción del daño, de manera que se dificulta establecer cuál o cuáles constituyeron la causa del fenómeno o cuáles de las concausas han contribuido realmente a la relación del daño... [.]” (Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 9 de junio de 2001, Radicado 13001233100019950011601 (18078) Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordoñez.)

Como bien se expresa en la anterior línea jurisprudencial, existe la necesidad de un conexión directa entre el nexo causal, el daño alegado y la entidad llamada a juicio para atender la reparación invocada; situación que no se configura respecto de la cartera ministerial MINISTERIO DE TRANSPORTE, debido a que no se logra demostrar de ninguna forma, a través de cual acción u omisión del Ministerio de Transporte influyó directamente en la generación del hecho y mucho menos del daño presuntamente irrogado, lo que derruye la constitución de una “falla del servicio” imputable al MINISTERIO.

En este sentido, tenemos que el Honorable Consejo de Estado ha sido sucinto en establecer que, para que exista la posibilidad de imputar responsabilidad del estado, por los daños sufridos, es indispensable demostrar fehacientemente las deficiencias u omisiones, la falla en el servicio consistente en la omisión por parte de la administración en el cumplimiento de sus funciones; de allí es claro que debe existir correspondencia entre las funciones a cargo de la cartera ministerial y las presuntas obligaciones omitidas, conforme los hechos de la demanda.

No existe entonces un nexo causal entre los hechos, las funciones y competencias del Ministerio de Transporte, de frente al daño que se le reclama en calidad de demandada.

La denominada tesis de **CAUSALIDAD ADECUADA**, sostiene que los fenómenos que concurren a un resultado son de varias categorías, unos de incidencia determinante que son causas y otros de incidencia menos determinantes que son las condiciones. Dentro de las verdaderas causas, es decir, excluyendo las condiciones, debe seleccionarse la más determinante, es decir, la causa adecuada al resultado.

Es prudente indicar que en el expediente número 10327 del Consejo de Estado, C.P. Dr. Carlos Betancourt Jaramillo se expuso sobre el particular lo siguiente: “... [.] Por la actividad peligrosa ejercitada tanto por la administración como por los particulares, debe acudirse a la falla probada del servicio según la cual quien debe sacar adelante sus pretensiones está en la obligación de demostrar que el





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

demandado fue el causante del daño... [.]”

El demandante NO LOGRA DEMOSTRAR que el MINISTERIO DE TRANSPORTE fue el causante del daño que se expone en esta demanda, derivado de alguna presunta obligación, omisión y/o acción funcional, porque la misma o existe y no es imputable a mi representada.

- EXISTE UN INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO PROCESAL “ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORÍ”.

Es de vieja data conocido qué, le compete a la parte demandante probar ante el juez las imputaciones de contenido obligacional que le atribuye al demandado, o a los demandados; en otras palabras, no se trata de probar precisamente las obligaciones, sino los hechos en virtud de los cuales se alega el derecho, en atención de la máxima jurídica “ius ex facto oritur”, el derecho alegado debe nacer de los hechos.

Con esta orientación, el Código Civil en su artículo 1757 recoge lo siguiente:

“... [.]Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta...”, mucho más recientemente encontramos en el C.G.P., en su artículo 167 “carga de la prueba”, lo siguiente: “... Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen... [.]”.

Ahora, frente a la carga de la prueba en casos de posibles fallas en el servicio, actualmente se plantea que ésta no debe entrar a presumirse, en consideración a que la falla presunta del servicio como título de imputación no tiene aplicabilidad alguna actualmente, máxime cuando la carga probatoria normativamente se encuentra delimitada legalmente y a través de la norma especial, en los artículos 167 del C.G.P., sin consideración de presunción legal alguna.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 4 de febrero de 2010, rad. 7000112331000199505072-01 (17720)}; en esta sentencia se aborda el asunto de la carga de la prueba en los siguientes términos:

“... [.] La referida norma legal que desarrolla el tradicional aforismo de





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: “incumbit probatio qui dicit non qui negat”. Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el juez de lo Contencioso Administrativo, en que quién pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al pago que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales se basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquel no cumple con el “onus probando”, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su “causa petendi”, si es éste, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conducirá a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, un fallo adverso de sus intereses.

Los planteamientos expuestos son, entonces, los que han de ilustrar el proceder del juez ante la falta o la insuficiencia de los elementos demostrativos de los hechos que constituyen el “tema probandum” del proceso - es decir, aquellos respecto de los cuales se predica la necesidad de su demostración-, pues la autoridad judicial, en cualquier caso, no puede declinar su responsabilidad de resolver el fondo del asunto, de suerte que las anotadas reglas de la carga de la prueba indicarán si procede despachar favorablemente las pretensiones del actor o, por el contrario, si lo que se impone es acceder a la oposición formulada por la parte demandante... [.]”

- **EXCEPCIÓN GENÉRICA E INNOMINADA.**

Sin perjuicio de las excepciones propuestas y con fundamento en el Código de Procedimiento Administrativo, comedidamente solicito a su despacho se decida en la sentencia a proferir, sobre las excepciones que encuentre probadas. Se realiza pronunciamiento con relación a las pruebas de la siguiente manera:

v. FUNDAMENTOS LEGALES

Solicito comedidamente a su despacho, tener en cuenta como soporte normativo, el sustento legal citado en el cuerpo de la contestación, especialmente en las excepciones, atinente a las funciones del MINISTERIO DE TRANSPORTE, las Leyes





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

64 de 1967, 105 de 1993, Decretos 2171 de 1992, 2053 de 2003, 087 de 2011, 2056 de 2003, normas del orden nacional publicadas en las respectivas páginas web institucionales.

VI. PRUEBAS

Se solicita comedidamente, se tengan como prueba los documentos allegados con la contestación de la demanda, documentos emitidos por la entidad pública.

VII. PETICIONES DE LA PARTE DEMANDADA CON LA CONTESTACIÓN.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, todas las excepciones formuladas, las excepciones que encuentre probadas el despacho, los documentos allegados y los documentos rebatidos con la presente contestación, presento de manera respetuosa a su señoría las siguientes peticiones:

1. Solicito se reconozca personería jurídica para actuar dentro del presente proceso.
2. Solicito se declaren probadas las excepciones propuestas, bien sea con su carácter previo, mixto y/o de fondo.
3. Se tenga en cuenta la excepción previa de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, esgrimida en cuaderno aparte, conforme lo establece la reforma contemplada en la Ley 2080 de 2021 al artículo 175 parágrafo 2 del C.P.C.A.
4. **Sobre las Pretensiones De La Demanda.** Solicito se nieguen todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en contra de mi representada LA NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE.

VIII. ANEXOS.

1. Copia de la Resolución Número 20203040022265 del 17 de noviembre del año 2020 "Por la cual se efectúa un nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción en el Ministerio de Transporte".
2. Copia del Acta de posesión del 18 de noviembre del año 2020.
3. Resolución número 20213040015475 del 13 de abril del 2021 "Por la cual se hacen unas delegaciones en materia de representación judicial y extrajudicial administrativa".





Para contestar cite:
Radicado MT No.: 20233760041411



20-01-2023

IX. NOTIFICACIONES.

El Ministerio de Transporte las recibe en su Despacho, en el Edificio del Ministerio de Transporte ubicado en la Avenida el Dorado — CAN en Bogotá; o por intermedio del director Territorial del Ministerio de Transporte en el Valle del Cauca, Dr. JUAN CARLOS IBARGUEN en su calidad de Director Territorial Ministerio de Transporte del Valle del Cauca, y el suscrito apoderado en la Dirección Territorial del Ministerio Transporte en el Valle del Cauca, ubicado en la carrera 39 A No. 5D- 10 del Barrio Tequendama de la ciudad de Cali (V).

Para los efectos normativos establecidos, los correos electrónicos:

1. Para el MINISTERIO DE TRANSPORTE en los correos electrónicos: notificacionesjudiciales@mintransporte.gov.co y dtvalle@mintransporte.gov.co

Atentamente,

JUAN CARLOS IBARGUEN CORDOBA.

C.C. 14.638.527.

Director Territorial Ministerio de Transporte del Valle del Cauca.

Correo Electrónico de Notificación: dtvalle@mintransporte.gov.co y notificacionesjudiciales@mintransporte.gov.co

Anexos: Resolución Número 20203040022265 del 17 de noviembre del año 2020 “Por la cual se efectúa un nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción en el Ministerio de Transporte”





Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

Bogotá, D.C.

Doctor:

OSCAR EDUARDO GARCÍA GALLEGO

Juez

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Correo Electrónico: of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: MARIA MILEYDI ORTIZ MENDOZA Y OTROS

DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS Y OTROS

RADICACIÓN: 76001-33-33-014-2022-00041-00

GESTIÓN: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ GARCÍA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.032.445.074 de Bogotá D.C., abogado titulado e inscrito, portador de la tarjeta profesional No 243109 expedida por el Honorable. Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), de acuerdo a memorial -poder que anexo, comedidamente presento ante el Respetado Despacho a su digno cargo, en oportunidad legal: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

I. Nombre del demandado, su domicilio y el de su representante o apoderado.

Respetuosamente presentamos un breve recuento normativo, del origen y naturaleza de la Entidad:

Mediante el Decreto 1800 del 26 de junio de 2003, se creó el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con el objeto de planear, estructurar, contratar, ejecutar, y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las Concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.

Posteriormente, mediante Decreto No. 4165 de 2011 se modificó la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones – INCO por la de



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA; Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Sector Descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, adscrita al Ministerio de Transporte, la cual, de conformidad con el Decreto No. 4165 de 2011 cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica.

¹La Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, es una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, según decreto 4165 del 03 noviembre de 2011.

La Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, tiene por objeto planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada - APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo. Dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación. Su domicilio es la ciudad de Bogotá D.C.

Nombre, domicilio y NIT de la entidad: Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. y Nit. 830125996-9.

Nombre, domicilio y documento de identidad del apoderado: CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ GARCÍA, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. y documento de identidad cédula de ciudadanía No. 1032445074 de Bogotá D.C.

¹ Tomado de <https://www.ani.gov.co/informacion-de-la-ani/quienes-somos>, consulta 14/09/22.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

II. Pronunciamiento sobre las pretensiones y los hechos de la demanda.

a). Sobre las pretensiones:

Desde ahora señalo que me opongo a la prosperidad de todas y cada una de las peticiones elevadas por la parte actora, al considerar que las mismas carecen de fundamento jurídico, fáctico y probatorio que permita concluir que en el presente caso mi representada ha causado algún perjuicio de los alegados, como quiera que los perjuicios mencionados por la parte actora no son responsabilidad de mi representada, dado que los mismos no corresponden a actuaciones desarrolladas u omitidas por la misma. Lo anterior, de conformidad con los argumentos y las excepciones que se proponen en las líneas que siguen.

En todo caso, procedo a pronunciarnos expresamente respecto de cada pretensión:

RESPECTO A “

PRIMERA: QUE SE DECLARE administrativamente responsable a La NACION – el MINISTERIO DE TRANSPORTE, el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS “INVIAS”, el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES “INCO” hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y el MUNICIPIO DE CANDELARIA de los perjuicios **MATERIALES** e **INMATERIALES** causados a Los señores **MARIA MILEYDI ORTIZ MENDOZA**, el señor **ALEXANDER HOLGUIN BOTINA** y la señora **DAYANNA HOLGUIN ORTIZ**, actuando en nombre propio, por falla o falta del servicio de la administración en el mantenimiento vial que ocasionó accidente de tránsito en el que la señora MARIA MILEYDI ORTIZ MENDOZA sufrió graves lesiones personales.

“. me opongo a ella. Toda vez que como quedará demostrado en el proceso , no existe la falla en el servicio que se pretende enrostrar a la entidad, por la parte demandante.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

RESPECTO A “

SEGUNDA: Condenar a La NACION - el MINISTERIO DE TRANSPORTE, el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS “INVIAS”, el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES “INCO” hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y el MUNICIPIO DE CANDELARIA, a pagar por perjuicios por concepto de daños MATERIALES (daño emergente y lucro cesante) a la señorita MARIA MILEYDI ORTIZ MOENDOZA la SUMA DE: **ONCE MILLONES TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS MCTE (\$11.033.624.00)**, Detallado así:

(...)”, me opongo a ella. Necesariamente al no existir falla en el servicio, como régimen de responsabilidad subjetivo, tampoco hay lugar al reconocimiento de los perjuicios que bajo esta pretensión enlista la parte demandante.

RESPECTO A “

TERCERO: Condenar La NACION – MINISTERIO DE TRANSPORTE, el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS “INVIAS”, el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES “INCO” hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y el MUNICIPIO DE CANDELARIA, a pagar por perjuicios **POR DAÑO A LA SALUD** a la señora MARIA MILEYDI ORTIZ MENDOZA la suma de **100 SMLMV** a la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

(...)”, me opongo a ella. Necesariamente al no existir falla en el servicio, como régimen de responsabilidad subjetivo, tampoco hay lugar al reconocimiento de los perjuicios que bajo esta pretensión enlista la parte demandante.

RESPECTO A

“

CUARTO: Condenar a La NACION – MINISTERIO DE TRANSPORTE, el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS “INVIAS”, el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES “INCO” hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y el MUNICIPIO DE CANDELARIA, a pagar por perjuicios **MORALES** a cada uno de los demandantes las sumas de dinero que correspondan a las siguientes cantidades de salarios mínimos legales vigentes a la fecha de la ejecutoria de la sentencia:



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

(...)”, me opongo a ella. Necesariamente al no existir falla en el servicio, como régimen de responsabilidad subjetivo, tampoco hay lugar al reconocimiento de los perjuicios que bajo esta pretensión enlista la parte demandante.

RESPECTO A

“

QUINTA: Condenar a La NACION – MINISTERIO DE TRANSPORTE, el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS “INVIAS”, el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES “INCO” hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, el DEPARTAMENTO DEL VALLE

(...)”, me opongo a ella. Necesariamente al no existir falla en el servicio, como régimen de responsabilidad subjetivo, tampoco hay lugar al reconocimiento de los perjuicios que bajo esta pretensión enlista la parte demandante.

RESPECTO A

“

SEXTA: Se condene al **pago de intereses** en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del C.P.A y de lo C.A.

(...)”, me opongo a ella. Necesariamente al no existir falla en el servicio, como régimen de responsabilidad subjetivo, tampoco hay lugar al reconocimiento de los perjuicios y menos aún, al reconocimiento de intereses.

RESPECTO A

“

SEPTIMA: Que se condene a La NACION – MINISTERIO DE TRANSPORTE, el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS “INVIAS”, el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES “INCO” hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y el MUNICIPIO DE CANDELARIA al pago de las costas del juicio, **expensas y agencias en derecho**, en la cantidad que determine esta corporación, siguiendo los lineamientos del artículo 188 del C.P.A. y de lo C.A., en concordancia con el Código de General del Proceso.

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

(...)”, me opongo a ella. Necesariamente al no existir condena, esta pretensión es impróspera.

RESPECTO A

“

OCTAVA: Se ordene a las entidades demandadas dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A. y de lo C.A.

(...)”, me opongo a ella. Necesariamente al no existir condena, esta pretensión es impróspera.

b). Sobre los hechos:

Al “ **HECHOS Y OMISIONES 1.**”; No nos consta, sin embargo, según documentales adjuntas a la demanda, puede ser CIERTO.

Al **HECHOS Y OMISIONES (...) 2.**”; No nos consta, sin embargo, según documentales adjuntas a la demanda, puede ser CIERTO.

Al **HECHOS Y OMISIONES (...) 3.**”; No nos consta, sin embargo, según documentales adjuntas a la demanda, puede ser CIERTO.

Al **HECHOS Y OMISIONES (...) 4.**”; No nos consta, sin embargo, según documentales adjuntas a la demanda, puede ser CIERTO.

Al **HECHOS Y OMISIONES (...) 5.**”; No nos consta, en cuanto no corresponde al ámbito funcional de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI relación directa o indirecta con tales supuestos fácticos.

Al **HECHOS Y OMISIONES (...) 6.**”; No nos consta, sin embargo, según documentales adjuntas a la demanda, puede ser CIERTO.

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

Al **HECHOS Y OMISIONES (...) 7.**; No nos consta, sin embargo, según documentales adjuntas a la demanda, puede ser CIERTO.

Al **HECHOS Y OMISIONES (...) 8.**; es CIERTO de acuerdo a documental arrimada.

Al **HECHOS Y OMISIONES (...) 9.**; No nos costa, en cuanto no corresponde al ámbito funcional de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI relación directa o indirecta con tales supuestos fácticos.

Al **HECHOS Y OMISIONES (...) 10.**; No es un hecho, son interpretaciones y elucubraciones del señor apoderado de la parte demandante.

Al **HECHOS Y OMISIONES (...) 11.**; Es cierto, en cuanto a la intención de ejercer el derecho fundamental de acceso a la justicia, lo que no implica de manera alguna aceptación de procedencia de pretensiones.

III. Las excepciones.

1. Falta de legitimación en la causa por pasiva:

Siguiendo los lineamientos establecidos por la Doctrina, la legitimación en la causa se refiere a la relación sustancial que se pretende que existe entre las partes del proceso y el interés sustancial del litigio o que es el objeto de la decisión reclamada. En los procesos contenciosos, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley material está legitimada para que, por sentencia de fondo o mérito, se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a lo dispuesto por el legislador está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante.

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

En este sentido, debe advertirse que de los hechos de la demanda no puede avizorarse la forma en la cual la Agencia Nacional de Infraestructura–ANI tenga legitimación en la causa por pasiva, comoquiera que:

En relación con la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a ella, como la *"calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso"*².

Bajo el entendimiento de este presupuesto, la doctrina nacional y jurisprudencia han establecido que la legitimación en la causa se estructura bajo dos contenidos: a) la legitimación de hecho, entendida como la imputación básica que el demandante hace de considerarse en derecho al reconocimiento de las pretensiones demandadas y la imputación de obligación al sujeto demandado; y b) la **legitimación material**, que consiste en la demostración fáctica de que el demandante cuenta con interés concreto de solicitar las pretensiones y **que en efecto el sujeto demandado tiene la virtualidad de comprometerse a responder por lo pedido**. En los mismos términos se ha pronunciado el Consejo de Estado al analizar el concepto jurídico de la legitimación en providencia del 22 de noviembre de 2001, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Rad. 13356 señaló:

“La legitimación de hecho en la causa es entendida como la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado. Quien cita a otro y atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Vg.: A demanda a B. Cada uno de estos está legitimado de hecho. La legitimación material en la causa alude, por regla general, a situación distinta cual es la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda,

² Corte Constitucional, sentencia C 965 de 21 de octubre de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

independientemente de que dichas personas hayan demandado o que hayan sido demandadas”.

Así mismo, siguiendo los lineamientos establecidos por la Doctrina, la legitimación en la causa se *“refiere a la relación sustancial que se pretende que existe entre las partes del proceso y el interés sustancial del litigio o que es el objeto de la decisión reclamada. En los procesos contenciosos, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante.”*³

Bajo estos conceptos, la legitimación en la causa por pasiva, como presupuesto para solicitar el amparo de un derecho sustancial, debe ser probada claramente por la parte que solicita la protección y decisión judicial, es decir, que la carga probatoria de quien acciona inicia con la demostración del derecho que le asiste para poder accionar a una contraparte, esto es, de la calidad sustancial de la parte accionada. Por lo anterior, le corresponde al actor determinar de manera clara el sujeto jurídico que virtualmente deberá responder por sus solicitudes indemnizatorias.

Por esto, se hace necesario señalar que la Agencia Nacional de Infraestructura sólo tiene a su cargo o bajo su responsabilidad las vías nacionales concesionadas, esto es, las vías operadas por medio de contratos de concesión.

En este sentido, debe advertirse que de los hechos de la demanda no puede avizorarse la forma en la cual la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI tiene legitimación, en atención a que el lugar donde ocurrieron los hechos según la demanda: **“La VIA CALI-FLORIDA**

³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso.

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

SECTOR SAN JUAN-VEREDA EL CARMELO no hace parte de ninguna vía concesionada por esta entidad.

Entonces, teniendo en cuenta que el lugar en el cual ocurrió el accidente no hace parte de una vía concesionada por esta Entidad a un concesionario en particular, se tiene que la ANI no se encuentra legitimada en la causa por pasiva dentro del presente asunto, además, y en gracia de discusión en caso de que la vía fuese concesionada, desde ya se advierte que dentro de las funciones de la Agencia Nacional de Infraestructura no se encuentran las de administrar, operar, construir, mantener, ni señalizar las vías concesionadas, pues dichas labores se encuentran a cargo de los concesionarios contratados para dichos efectos.

En efecto y conforme a memorando con Radicado ANI No.: 20235000011153 de Fecha: 23-01-2023 de la Vicepresidente Ejecutiva de esta Agencia, el lugar en que ocurrieron los hechos, no hace parte de proyecto de infraestructura alguno, a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. En el mencionado memorando se establece:

“1- La VIA CALI-FLORIDA SECTOR SAN JUAN-VEREDA EL CARMELO, no se encuentra dentro de los corredores viales a cargo de las Concesiones de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

Si bien es cierto, dentro del proceso de estructuración del proyecto “Nueva Malla Vial del Valle del Cauca, Accesos Cali y Palmira”, el 09 de diciembre de 2020, la ANI suscribió con el departamento del Valle del Cauca el Convenio Interadministrativo No. CI-010-2020 que contempla la cesión de la infraestructura vial del corredor vial Cali – Cruce de la Candelaria, identificado con el código 3202A, que pasa cercana al corregimiento “El Carmelo”, el mismo no ha sido entregado por el departamento del Valle del Cauca a la ANI, para adelantar las intervenciones.. (...)

Las anteriores evidencias permiten determinar y soportar que el lugar de la ocurrencia de los hechos, es decir la vía Cali-Florida Sector San Juan-Vereda El Carmelo, se encuentra a cargo del departamento del Valle del Cauca; por lo cual, las obligaciones de mantenimiento, conservación y señalización de esta vía, en la actualidad no se encuentra dentro del alcance de los corredores viales concesionados por la ANI.”

En consecuencia, se solicita declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por cuanto no existe obligación legal, ni contractual, en cabeza de la Agencia Nacional de Infraestructura frente a los supuestos daños demandados por los demandantes.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

Sin perjuicio de lo anterior, y para reforzar la defensa de la Entidad, debo advertir que igualmente existe falta de legitimación de hecho de la ANI, en atención a que la parte demandante no formula hechos o imputaciones específicas y expresas de actuaciones u omisiones de la Agencia.

2. Inexistencia de falla del servicio por parte de la ANI:

La parte actora no comprueba una falta de actuación de esta Entidad, que como se expresó, no cuenta con la obligación de mantenimiento, construcción y/o rehabilitación de vías, pues se reitera, la ANI se encarga es de la administración del contrato de concesión mediante los cuales el concesionario obtiene una remuneración por la materialización de unos proyectos de infraestructura, siendo este último el ejecutor directo de tales proyectos, además quien los mantiene y rehabilita.

En este sentido, no existe prueba alguna que acredite los supuestos de hecho invocados con la demanda de los que se pueda derivar responsabilidad para mi representada, por cuanto no se acreditó que del comportamiento activo o pasivo de la Agencia Nacional de Infraestructura se hubieran causado los perjuicios alegados por la parte demandante.

Es importante reiterar que no se puede endilgar al Estado una responsabilidad por una actuación que no le es imputable, máxime si no existe prueba alguna que acredite que ha actuado por fuera del ordenamiento legal o contractual.

3. La excepción genérica o innominada:

Atentamente solicitamos que en el evento de probarse hechos que constituyan una excepción en el curso del proceso, se reconozca así oficiosamente en la sentencia; y que en el evento de encontrarse probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la solicitud se declare así en la sentencia, de acuerdo con las voces del artículo 282 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

IV. La fundamentación fáctica y jurídica de la defensa.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido consistente en reclamar para la prosperidad de las acciones de reparación directa los siguientes elementos:

1. Daño.
2. Hecho dañino de la Administración- título de imputación.
3. Nexo causal.

Respecto a los elementos de la responsabilidad que le corresponden probar al actor, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado al establecer en Sentencia No. 85001-23-31-000-1993-00074-01(14170) de Sección 3ª, de 24 de Febrero de 2005, M.P. Dr. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, lo siguiente:

“ falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio...por lo cual quien alegaba haber sufrido un daño producido por una actuación u omisión imputable a determinada entidad..., soportaba la carga de probar los tres extremos mencionados.”

I. Inexistencia de falla por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura – inexistencia del nexo causal respecto del presunto daño causado y la conducta de la Agencia Nacional de Infraestructura.

En materia de responsabilidad estatal, es fundamental acreditar el nexo causal entre el daño alegado y la actuación y/u omisión de la entidad estatal llamada a juicio.

El problema en la relación de causalidad, surge a partir de la premisa lógica de que no está llamado a resarcir un daño aquel que no ha contribuido a su realización, de manera que, siempre debe existir un ligamen entre el daño causado y el hecho que se atribuye a quien debe responder, en este caso, a la Agencia Nacional de Infraestructura. **Esa relación necesaria se ha denominado nexo causal y se ubica como un elemento imprescindible**



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

que debe ser acreditado en todos los casos para efectos de estructurar la responsabilidad, bien sea objetiva o subjetiva.

En este sentido, el Consejo de Estado ha reiterado:

La idea de la causalidad surge a partir del concepto de causa que en la noción más elemental se asocia con los competentes de anterioridad y necesidad, los cuales al confluir se traducen en que una cosa ocurre después de otra, de suerte que sin la primera la segunda no podría haber sucedido, o lo que es lo mismo, al remover la primera la segunda desaparecería. Desde el punto de vista filosófico el principio de causalidad se erige como una formulación del principio de la razón suficiente aplicado en relación con la existencia de las cosas, dejando de lado la razón de ser de la cosa misma como objeto del conocimiento, para señalar que todo lo que pasa obedece a una razón, es decir, nada pasa “porque sí” o sin que tenga alguna explicación, de manera que la existencia de un fenómeno debe su razón de ser a la existencia de otro. Lo anteriormente señalado permite afirmar que la relación de causalidad en términos jurídicos es el vínculo o ligamen existente entre dos fenómenos diversos (entre el hecho y el daño) en virtud del cual el segundo debe la existencia al primero y en ese sentido el segundo de los fenómenos se ubica como el efecto jurídico del primero, es por ello que la relación de causalidad constituye el nexo etiológico material – en cuanto dice relación a la parte objetiva-, que liga un fenómeno a otro y, que, en relación con el daño, constituye el factor de imputación material o física (imputatio facti) del mismo a un sujeto determinado. Es decir, cuando se hace alusión a la imputación material se remite al contexto de la relación de causalidad para determinar a quién es atribuible materialmente la producción del daño, en tanto la imputación jurídica que también se trata de una forma de establecer el ligamen entre dos fenómenos, distinta, por supuesto, a la material, constituye el soporte de la obligación de reparar el daño, de manera que la imputación jurídica consiste en determinar el fundamento o la razón de la obligación indemnizatoria acorde con uno de los títulos de imputación que han sido decantados por la jurisprudencia y la doctrina, según se trate de supuestos que se ubican dentro de una noción (subjetiva u objetiva) de la responsabilidad y, por consiguiente, se sitúa en ese plano dentro de la estructura lógica del fenómeno de la responsabilidad. El problema fundamental que se suscita frente a la estructuración del nexo causal surge a partir de la existencia de distintas condiciones que preceden a la producción del daño, de manera que se dificulta establecer cuál o cuáles constituyeron la causa del fenómeno o cuáles de las concausas han contribuido realmente a la realización del daño⁴.

De la anterior cita jurisprudencial se evidencia la necesidad de establecer un nexo causal entre el daño alegado y el llamado a juicio para atender tal reparación, vínculo que no se

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, radicado n.º 13001233100019950011601 (18078), C.P. Gladys Agudelo Ordoñez, actor: María Denaida Cueto de Hurtado y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional y otro.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

configura respecto de la Agencia Nacional de Infraestructura, pues no se logra demostrar la forma en la cual una actuación y/u omisión de la Agencia influyó directamente en la acusación del daño.

Se evidencia que la causa adecuada del accidente no es una actuación y/u omisión de la Agencia, sino que el mismo se produjo presuntamente por un “hueco”.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado⁵ ha sido claro al considerar también que, para que se pueda imputar al Estado responsabilidad por los daños sufridos por las deficiencias u omisiones del Estado, es indispensable demostrar la falla en el servicio consistente en la omisión por parte de la Administración, en el cumplimiento de sus deberes de vigilancia y control respecto de la realización de obras públicas y del tránsito en las vías, con el fin de prevenir los riesgos que con ellos se generen, situación que en el presente caso a todas luces no se ha demostrado por la parte demandante respecto de la Entidad que represento, pues la misma se ha limitado a hacer una serie de afirmaciones sin soporte probatorio ni jurídico.

En efecto, no obra prueba alguna que de manera fehaciente demuestre que la conducta de la Agencia Nacional de Infraestructura hubiese causado la materialización de un daño antijurídico sobre los demandantes.

La parte activa pretende imputar a la Agencia Nacional de Infraestructura la omisión de sus deberes legales, lo que supuestamente concurrió a la causación del daño; pero esas afirmaciones no son idóneas, eficientes y mucho menos eficaces para acreditar que este hubiese sido causado por acción u omisión alguna imputable a esta Entidad, o como se dijo anteriormente, que tal daño siquiera hubiese ocurrido en los términos indicados en la demanda. Se insiste, **el lugar donde ocurrió el accidente se trata de una vía no concesionada**, por lo que esta Agencia no tiene injerencia alguna en la vigilancia y control de las actividades que se desarrollan en ese tramo de la vía por los órganos que la tienen a cargo, tampoco en el mantenimiento o señalización del lugar donde ocurrió el accidente.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2006, expediente No. 15.001.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

No existiendo falla alguna de esta Agencia en el cumplimiento de sus deberes, por no tener esa vía a su cargo, cualquier consideración tendiente a estructurar el nexo causal entre el daño y su conducta, resulta estéril.

Entonces, en este caso no se demostró la existencia del nexo causal, puesto que la certeza del daño en cuanto a sus condiciones de ocurrencia no fue acreditada, además no se probó que la Agencia tuviera dentro de sus competencias y funciones la de construcción, mantenimiento y señalización de la vía en donde ocurrió el accidente; *contrario sensu* brilla por su ausencia cualquier demostración de una acción y/u omisión por parte de esta Agencia que determinara la causación de esos resultados.

En este sentido, como la parte demandante fue incapaz de demostrar el supuesto nexo causal entre el daño y las supuestas actuaciones y/u omisiones de la Agencia Nacional de Infraestructura; se concluye que las pretensiones no tienen vocación de prosperar.

II. Incumplimiento del principio procesal de *onus probandi incumbit actori* -al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción.

La parte demandante debe probar ante el juez las imputaciones de contenido obligatorio que atribuye al demandado y que a su vez constituyen un derecho a favor de aquél, es decir, no se trata de probar precisamente las obligaciones, sino los hechos en virtud de los cuales alega el derecho, en atención de la máxima jurídica *ius ex facto oritur*, el derecho alegado debe nacer de los hechos.

En este sentido, el Código Civil en su artículo 1757, recoge exactamente lo anterior, en los siguientes términos “**Artículo 1757. Persona con la carga de la prueba.** Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

Igualmente, el Código General del Proceso prevé con el mismo propósito: “**Artículo 167. Carga de la prueba.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Frente a la carga de la prueba en casos de posibles fallas en el servicio, actualmente se refiere, específicamente, a la denominada falla probada del servicio; es decir, contrario a como sucedía en antaño, ésta no debe entrar a presumirse, en consideración a que la falla presunta del servicio como título de imputación no tiene aplicabilidad alguna actualmente, máxime cuando la carga de la prueba se encuentra regulada por el citado artículo 167 *idem*, y no existe presunción legal al respecto. En relación con lo dispuesto cuya naturaleza se conserva en el CGP, el Consejo de Estado ha señalado:

La referida norma legal que desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: "incumbit probatio qui dicit non qui negat". Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el juez de lo Contencioso Administrativo, en que quién pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquel no cumple con el onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi, si es éste, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, un fallo adverso a sus intereses.

Los planteamientos expuestos son, entonces, los que han de ilustrar el proceder del Juez ante la falta o la insuficiencia de los elementos demostrativos de los hechos que constituyen el thema probandum del proceso -es decir, aquellos respecto de los cuales se predica la necesidad de su demostración-, pues la autoridad judicial, en cualquier caso, no puede declinar su responsabilidad de resolver el fondo del asunto, de suerte que las anotadas reglas de la carga de la prueba indicarán si procede despachar favorablemente las pretensiones del actor o, por el contrario, si lo que se impone es acceder a la oposición formulada por la parte demandante⁶.

De conformidad con lo anterior y en observancia de lo relatado por extremo activo en su escrito de demanda, así como de la falta de prueba respecto de la supuesta responsabilidad

⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de febrero de 2010, 7000112331000199505072-01(17720), actor: Ulises Manuel Julio Franco y otros, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

de la Agencia Nacional de Infraestructura, resulta seriamente cuestionable que el presunto accidente haya ocurrido por hechos u omisiones de la ANI.

En conclusión, al plenario no se aportaron elementos probatorios pertinentes, conducentes y útiles que permitan inferir que los hechos narrados por la parte demandante sean la consecuencia de una acción u omisión de la Agencia Nacional de Infraestructura.

De igual forma, debe resaltarse que los supuestos de hecho traídos a la litis por la demandante, no encajan de forma alguna en los títulos de imputación de “daño especial” o “riesgo excepcional”.

V. Solicitudes.

De acuerdo con lo anterior, comedidamente solicito al señor Juez que efectúe las siguientes o similares declaraciones:

1. Declarar probadas las excepciones propuestas.
2. Desvincular a la Agencia Nacional de Infraestructura de esta demanda.
3. Denegar las pretensiones de la demanda.
4. Condenar en costas a la parte demandante.

VI. La relación de las pruebas que se acompañen y la petición de aquellas cuya práctica se solicite.

Respetuosamente solicito que sean decretadas, practicadas y tenidas como pruebas las siguientes:

1. Memorando con Radicado ANI No.: 20235000011153 de Fecha: 23-01-2023 de la Vicepresidente Ejecutiva de la ANI.
2. ACTA DE ENTREGA Y RECIBO DE LA INFRAESTRUCTURA, SEGÚN CONVENIO 1 INTERADMINISTRATIVO No. CI-010-2020, ANI-DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

3. CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No. CI-010-2020 ENTRE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI Y EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

VII. Lugar donde el demandado, su representante o apoderado recibirán las notificaciones personales y las comunicaciones procesales.

Agencia Nacional de Infraestructura	Bogotá D.C. Avenida Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4 Piso 2. PBX: 4848860 – www.ani.gov.co Código Postal ANI 110221. buzonjudicial@ani.gov.co
Jimmy Alexander García Urdaneta (Otorgante del poder)	jgarcia@ani.gov.co
Cesar Augusto Sánchez García. Apoderado	casanchez@ani.gov.co

VIII. Anexos.

- 1. Poder con anexos.
- 2. Lo anunciado como prueba.

Proveer de conformidad, será justicia
Del señor Juez, con el debido respecto



CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ GARCÍA
C.C. No. 1.032.445.074 de Bogotá D.C.
TP 243109 del Honorable. Consejo Superior de la Judicatura.
Apoderado Agencia Nacional de Infraestructura -ANI.



Documento firmado digitalmente



Para contestar cite:

Radicado ANI No.: 20237010001009



Fecha: 17-01-2023

SEÑORES

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

CORREO: of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

CIUDAD

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: MARIA MILEYDI ORTIZ MENDOZA Y OTROS

DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS Y OTROS

RADICACIÓN: 76001-33-33-014-2022-00041-00

ASUNTO: PODER ESPECIAL, AMPLIO Y SUFICIENTE

Respetado Juez,

JIMMY ALEXANDER GARCÍA URDANETA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía 80.442.163, obrando en mi calidad de Gerente de Proyecto o Funcional Código G2 Grado 09 de la Planta del Despacho del Presidente de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** Agencia Nacional de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte; por nombramiento que me fuera hecho mediante Resolución 20214030003735 del 5 de marzo de 2021, posesionado en el cargo como consta en Acta de Posesión 008 del 9 de marzo de 2021 y en ejercicio de las funciones contenidas en el Numeral 3º del Artículo 11 de la Resolución 295 del 25 de febrero de 2020¹, que me fueron asignadas mediante memorando 20214030045843 del 9 de marzo de 2021, a través de este escrito a usted manifiesto que confiero poder especial, amplio y suficiente al abogado **CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ GARCÍA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.445.074 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional 243109 del Consejo Superior de la Judicatura, para que asuma la representación de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** dentro del proceso judicial de la referencia y hasta su terminación, realizando todas las actuaciones a que haya lugar.

Por medio de este poder, al abogado, **CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ GARCÍA**, quedan facultados para notificarse, renunciar, postular, conciliar con base en la

¹ Resolución 295 del 25 de febrero de 2020

“Artículo 11. Funciones del Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial.

*“3 Ejercer la representación Legal de la Agencia en los procesos judiciales, policivos y administrativos en los que ésta sea parte activa o pasiva, ser apoderado de la misma, **así como otorgar poderes a los abogados de la Entidad** para llevar la representación judicial de la Agencia, salvo en los procesos de expropiación judicial o administrativa, procesos ejecutivos, administrativos, acciones de tutela, acciones policivas, relacionados con la adquisición de los inmuebles que se requieran para los proyectos de infraestructura de transporte a cargo de la Entidad”*



Documento firmado digitalmente


GTEC



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: 20237010001009

Fecha: 17-01-2023

decisión que sobre el caso adopte el Comité de Conciliación de la Entidad, sustituir y reasumir el presente poder, y las demás derivadas del Artículo 77 del C. G. P.; conducentes para el cabal cumplimiento del mandato conferido, el cual se expide conforme lo establece el artículo 5 de la Ley 2213 de 2022.

Se solicita al Despacho, reconocer la personería al abogado **CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ GARCÍA**, en los términos y para los efectos del presente poder.

Atentamente,

JIMMY ALEXANDER GARCÍA URDANETA
Gerente de Proyecto o Funcional G2-09
Coordinador GIT Defensa Judicial
Agencia Nacional de Infraestructura

En cumplimiento a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 2213 de 2022, se le informa al Despacho las direcciones de correo electrónico para notificaciones:

Agencia Nacional de Infraestructura	buzonjudicial@ani.gov.co
Jimmy Alexander García Urdaneta (Otorgante del poder)	jgarcia@ani.gov.co
Cesar Augusto Sánchez García Apoderado	casanchez@ani.gov.co

Anexos:
Proyectó: Cesar Augusto Sánchez García Abogado G.I.T. defensa judicial
VoBo:
Nro Rad Padre:
Nro Borrador: 20237010002574
GADF-F-012

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 20214030003735

20214030003735

Fecha: 05-03-2021

“ Por medio de la cual se hace un nombramiento ordinario en la Planta de Personal de la ”

EL PRESIDENTE DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En uso de sus facultades legales y en especial las conferidas en el numeral 26 del artículo 11 del Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. Nombrar con carácter ordinario a **JIMMY ALEXANDER GARCIA URDANETA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.442.163 en el cargo de GERENTE DE PROYECTOS O FUNCIONAL Código G2 Grado 09 del Despacho del Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura.

ARTÍCULO SEGUNDO. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Dada en Bogotá D.C. a los

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 05-03-2021

MANUEL FELIPE GUTIÉRREZ TORRES
Presidente

Proyectó: Marcela Candro-Talento Humano
VoBo: ELIZABETH GOMEZ SANCHEZ (VICE), LILIANA PAREDES RAMIREZ



Documento firmado digitalmente
Sistema de gestión documental Orfeo.
Para verificar la validez de este documento entre a la página anl.gov.co y
seleccione servicios al ciudadano o comuníquese al 4848860 ext. 1367



	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GETH-F-083
	PROCESO	GESTIÓN DEL TALENTO HUMANO	Versión: 001
	FORMATO	ACTA DE POSESIÓN VIRTUAL	Fecha: 01/06/2020

ACTA N°008

En Bogotá D.C., a los nueve (09) días del mes de marzo del año 2021, y atendiendo la Emergencia Sanitaria declarada por el Gobierno Nacional y bajo el entendido que en dicho contexto es posible hacer uso de medios electrónicos para las diferentes actuaciones de la administración pública hasta tanto la emergencia permanezca vigente, se presentó de manera virtual, **JIMMY ALEXANDER GARCÍA URDANETA**, identificado con cédula de ciudadanía número **80.442.163** ante la **VICEPRESIDENTE ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA**, quien en uso de las facultades dadas en el numeral 17 del Artículo 2° de la Resolución 319 del 4 de junio de 2012, procede a posesionarlo en el empleo de **GERENTE DE PROYECTOS O FUNCIONAL** Código **G2** Grado **09** de la Planta del Despacho del Presidente de la Agencia, para el cual fue nombrado mediante Resolución número **0373** de 2021, quien previamente manifestó bajo la gravedad del juramento, no estar incurso en causal alguna de inhabilidad general o especial, de incompatibilidad o prohibición alguna establecida en los Decretos 2400 de 1968 y 1083 de 2015, Leyes 4 de 1992, 734 de 2002 y demás disposiciones vigentes para el desempeño de empleos públicos.

Para constancia se firma de forma virtual la presente acta, mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios, por quienes intervinieron en la diligencia, a los nueve (09) días del mes de marzo del año 2021.

JIMMY
ALEXANDER
GARCIA
URDANETA

Firmado digitalmente
por JIMMY ALEXANDER
GARCIA URDANETA
Fecha: 2021.03.09
19:10:46 -05'00'

FIRMA DEL POSESIONADO

FIRMA DE QUIEN POSESIONA





Para contestar cite:

Radicado ANI No.: 20214030045843



Fecha: 09-03-2021

MEMORANDO

Bogotá D.C.

PARA: JIMMY ALEXANDER GARCÍA URDANETA
Gerente de Proyectos o Funcional Código G2 Grado 09

DE: ELIZABETH GÓMEZ SÁNCHEZ
Vicepresidenta Administrativa y Financiera

ASUNTO: Asignación de Funciones Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial

Por medio del presente, le comunico que a partir de la fecha se le han asignado las funciones establecidas en el artículo 11 de la Resolución N°295 de 2020, para el Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial de la Vicepresidencia Jurídica.

Para su conocimiento y demás fines a que haya lugar, se anexa copia de los apartes pertinentes de la Resolución N°295 de 2020.

Cordialmente,

ELIZABETH GÓMEZ SÁNCHEZ
Vicepresidenta Administrativa y Financiera

Proyectó: Marcela Candro-TH



Documento firmado digitalmente
Sistema de gestión documental Orfeo.
Para verificar la validez de este documento entre a la página ani.gov.co y
seleccione servicios al ciudadano o comuníquese al 4848860 ext. 1367



La movilidad
es de todos

Mintransporte



Jacqueline Romero Estrada
Firma de abogados S.A.S

Señores:

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTIAGO DE CALI

E. S. D.

ASUNTO:

CONTESTACIÓN DEMANDA Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

MEDIO DE CONTROL:

REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTES:

MARIA MILEYDI ORTIZ MENDOZA Y OTROS

DEMANDADOS:

INVIAS Y OTROS

LLAMADO EN GARANTÍA:

AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

RADICACIÓN:

76001-33-33-014-2022-00041-00

JACQUELINE ROMERO ESTRADA, mayor de edad, vecina de Palmira V., identificada con la Cédula de Ciudadanía No 31.167.229 de Palmira V., Abogada en ejercicio de la profesión, portadora de la Tarjeta Profesional No 89930 expedida por el Honorable Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de Apoderada Judicial de **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, sociedad legalmente constituida, domiciliada en Bogotá y con sucursal en Cali, sometida al control y vigilancia permanente por la Superintendencia Financiera de Colombia, con dirección de notificación judicial en la ciudad de Cali en la calle 11 Nro.1-16 Piso 4 y 7, Representada Legalmente por la Doctora **PAULA MARCELA MORENO MOYA**, mayor de edad, vecina de Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía 52.051.695 de Bogotá D.C., manifiesto a usted con el debido respeto por medio del presente escrito que me permito descorrer dentro del término procesal el traslado de la demanda y el llamamiento en garantía realizado por **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, con relación a la demanda de **REPARACIÓN DIRECTA**, formulada través de su apoderado por los señores **MARIA MILEYDI ORTIZ MENDOZA, ALEXANDER HOLGUIN BOTINA, DAYANNA HOLGUIN ORTIZ**, en contra del **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS – Y OTROS**, de la siguiente manera:

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FRENTE A LOS HECHOS



Jacqueline Romero Estrada

1. No le consta a **AXA COLPATRIA S.A.** lo aquí señalado, pues esta información es totalmente ajena al conocimiento de mi representada como entidad de seguros llamada en garantía. Por tanto, me atengo a lo que se pruebe por la parte actora conforme la carga probatoria. No le consta a mi poderdante las circunstancias de tiempo, modo y lugar del accidente de tránsito que se señala en este hecho. Por lo tanto, será el Juez quien después de analizar las pruebas obrantes y el desarrollo del debate probatorio, determine si corresponde a la realidad de los hechos.

Además, en los casos como el presente, le corresponde a la parte actora la carga de la prueba y demostrar los supuestos de hecho que afirma en la demanda, tal como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión al artículo 211 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

En consecuencia, me atengo a lo que resulte probado.

2. No le consta a **AXA COLPATRIA S.A.** lo aquí señalado, pues esta información es totalmente ajena al conocimiento de mi representada como entidad de seguros llamada en garantía. Por tanto, me atengo a lo que se pruebe por la parte actora conforme la carga probatoria. No le consta a mi poderdante las circunstancias de tiempo, modo y lugar del accidente de tránsito que se señala en este hecho. Por lo tanto, será el Juez quien después de analizar las pruebas obrantes y el desarrollo del debate probatorio, determine si corresponde a la realidad de los hechos.

Además, en los casos como el presente, le corresponde a la parte actora la carga de la prueba y demostrar los supuestos de hecho que afirma en la demanda, tal como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión al artículo 211 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

En consecuencia, me atengo a lo que resulte probado.

3. No le consta a **AXA COLPATRIA S.A.** lo aquí señalado, pues esta información es totalmente ajena al conocimiento de mi representada como entidad de seguros llamada en garantía. Por tanto, me atengo a lo que se pruebe por la parte actora conforme la carga probatoria. No le consta a mi poderdante las circunstancias que se señala en este hecho. Por lo tanto, será el Juez quien después de analizar las pruebas obrantes y el desarrollo del debate probatorio, determine si corresponde a la realidad de los hechos.

Además, en los casos como el presente, le corresponde a la parte actora la carga de la prueba y demostrar los supuestos de hecho que afirma en la demanda, tal como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por



Jacqueline Romero Estrada

remisión al artículo 211 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

En consecuencia, me atengo a lo que resulte probado.

4. No le consta a **AXA COLPATRIA S.A.** lo aquí señalado, pues esta información es totalmente ajena al conocimiento de mi representada como entidad de seguros llamada en garantía. Por tanto, me atengo a lo que se pruebe por la parte actora conforme la carga probatoria. No le constan a mi poderdante las circunstancias que se señala en este hecho. Por lo tanto, será el Juez quien después de analizar las pruebas obrantes y el desarrollo del debate probatorio, determine si corresponde a la realidad de los hechos.

Además, en los casos como el presente, le corresponde a la parte actora la carga de la prueba y demostrar los supuestos de hecho que afirma en la demanda, tal como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión al artículo 211 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

En consecuencia, me atengo a lo que resulte probado.

5. No es un hecho, son manifestaciones subjetivas carentes de cualquier sustento fáctico y jurídico que deben ser plenamente demostradas por la parte que las afirma, además que dentro del plenario no reposa documento alguno que indique o pruebe lo manifestado por la parte actora respecto a la responsabilidad que se le pretende endilgar a la parte demandada.

6. No le consta a **AXA COLPATRIA S.A.** lo aquí señalado, pues esta información es totalmente ajena al conocimiento de mi representada como entidad de seguros llamada en garantía. Por tanto, me atengo a lo que se pruebe por la parte actora conforme la carga probatoria. No le constan a mi poderdante las circunstancias que se señala en este hecho. Por lo tanto, será el Juez quien después de analizar las pruebas obrantes y el desarrollo del debate probatorio, determine si corresponde a la realidad de los hechos.

Además, en los casos como el presente, le corresponde a la parte actora la carga de la prueba y demostrar los supuestos de hecho que afirma en la demanda, tal como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión al artículo 211 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

En consecuencia, me atengo a lo que resulte probado.



Jacqueline Romero Estrada

7. No le consta a **AXA COLPATRIA S.A.** lo aquí señalado, pues esta información es totalmente ajena al conocimiento de mi representada como entidad de seguros llamada en garantía. Por tanto, me atengo a lo que se pruebe por la parte actora conforme la carga probatoria. No le constan a mi poderdante las circunstancias que se señala en este hecho. Por lo tanto, será el Juez quien después de analizar las pruebas obrantes y el desarrollo del debate probatorio, determine si corresponde a la realidad de los hechos.

Además, en los casos como el presente, le corresponde a la parte actora la carga de la prueba y demostrar los supuestos de hecho que afirma en la demanda, tal como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión al artículo 211 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

En consecuencia, me atengo a lo que resulte probado.

8. No le consta a **AXA COLPATRIA S.A.** lo aquí señalado, pues esta información es totalmente ajena al conocimiento de mi representada como entidad de seguros llamada en garantía. Por tanto, me atengo a lo que se pruebe por la parte actora conforme la carga probatoria. No le constan a mi poderdante las circunstancias que se señala en este hecho. Por lo tanto, será el Juez quien después de analizar las pruebas obrantes y el desarrollo del debate probatorio, determine si corresponde a la realidad de los hechos.

Además, en los casos como el presente, le corresponde a la parte actora la carga de la prueba y demostrar los supuestos de hecho que afirma en la demanda, tal como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión al artículo 211 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

En consecuencia, me atengo a lo que resulte probado.

9. No le consta a **AXA COLPATRIA S.A.** lo aquí señalado, pues esta información es totalmente ajena al conocimiento de mi representada como entidad de seguros llamada en garantía. Por tanto, me atengo a lo que se pruebe por la parte actora conforme la carga probatoria. No le constan a mi poderdante las circunstancias que se señala en este hecho. Por lo tanto, será el Juez quien después de analizar las pruebas obrantes y el desarrollo del debate probatorio, determine si corresponde a la realidad de los hechos.

Además, en los casos como el presente, le corresponde a la parte actora la carga de la prueba y demostrar los supuestos de hecho que afirma en la demanda, tal como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por



Jacqueline Romero Estrada

remisión al artículo 211 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

En consecuencia, me atengo a lo que resulte probado.

10. Lo narrado en este acápite se escapa del conocimiento directo de mi poderdante como entidad de seguros llamada en garantía. **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** desconoce totalmente lo enunciado por la parte demandante, por lo tanto, lo aquí afirmado debe ser fruto de demostración en la etapa probatoria pertinente y en el mismo sentido, el criterio obligacional de los demandados y en consecuencia de la aseguradora que represento, por lo que se dirá que no le consta a mi prohilada lo señalado en este acápite y me atengo a lo que se pruebe a través de los medios idóneos en la correspondiente etapa procesal

11. El presente hecho hace referencia al presupuesto procesal consagrado en el art. 77 del C.G.P, el cual obra dentro de los documentales aportados.

Además, en los casos como el presente, le corresponde a la parte actora la carga de la prueba y demostrar los supuestos de hecho que afirma en la demanda, tal como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión al artículo 211 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

En consecuencia, me atengo a lo que resulte probado.

EN CUANTO A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

Objeto y me opongo de manera general a todas las declaraciones, condenas y pretensiones que se reclaman en esta acción, por carecer de fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios, lo anterior debido a que la parte demandante no logró establecer de manera real configuración alguna de responsabilidad por parte del demandado **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** de los hechos ocurridos con ocasión del accidente sufrido el 15 de febrero de 2020 por las demandantes.

En cuanto a las pretensiones perseguidas en este proceso, aduciendo como base la supuesta obligación que le atribuye la parte accionante a la parte pasiva, sin que una responsabilidad u obligación de esa índole hubiere nacido conforme se explica, reitero en las excepciones de fondo que más adelante propondré, ME OPONGO en su nombre a todas y cada una de ellas, de acuerdo a lo que manifesté al referirme a los hechos de la misma y a lo que legal y oportunamente se demostrará dentro del proceso. Lo anterior, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 167 del Código General del Proceso con relación a la eficacia y conducencia de las pruebas.



Jacqueline Romero Estrada

Igualmente solicito al Despacho de conocimiento que no se declare, no se ordene, ni se condene a la parte demandada civilmente responsable al pago de los perjuicios exigidos por los accionantes a través de su apoderado, cuando ni siquiera se ha establecido el nexo causal entre el hecho y el resultado.

En ese orden de ideas, es imperativo mandato legal que quien demande el reconocimiento y pago de una determinada indemnización ha de comprobar, de manera cierta y fehaciente, el daño padecido, el hecho intencional o culposo de los demandados, y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éstos y los perjuicios sufridos. En el presente evento, si bien puede hablarse de la existencia de un daño, no se ha establecido el hecho intencional o culposo por parte del demandado **DEPARTAMENTO VALLE DEL CAUCA** en la producción del mismo.

Y es que, tanto la jurisprudencia como la doctrina vienen señalando, con fundamento en el artículo 2341 del Código Civil, que la culpa, el daño y la relación de causalidad entre este y aquella, son los elementos que configuran la responsabilidad civil extracontractual, requisitos que a su vez definen el esquema de la carga probatoria, toda vez que quien pretenda el reconocimiento integral de un daño atribuible a delito o culpa cometido por otra persona, debe demostrar todos y cada uno de esos elementos so pena de que se declaren fallidas sus pretensiones, como en el caso que ahora ocupa nuestra atención.

Consecuentemente se está ante una insuficiencia de la prueba, de parte del que está encargado de producirla, arrojando como consecuencia la denegación de su pretensión, *actore non probandi, reus absolvitur*. Así, la prueba incumbe a la parte demandante, quien debe aportarla en su debida oportunidad para poder ser controvertida y evitar así que el demandado se le viole el derecho al debido proceso y de defensa. Por lo anterior, se puede concluir que el demandante que no ha probado suficientemente su derecho, está infundado en su pretensión. Ante esto, el Honorable Consejo de Estado ha hecho varios pronunciamientos al respecto:

Solo son indemnizables los daños ciertos. Al respecto es oportuno recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, un daño cierto es aquel que consiste en un detrimento del patrimonio de quién lo sufre. Ahora bien, dicho detrimento puede ser pasado, presente o futuro, pero, en este último evento, es indispensable que no existan dudas sobre su ocurrencia. De ninguna manera son indemnizables los daños meramente eventuales, hipotéticos o posible.

Por lo tanto, en este caso no se reúnen los requisitos para que prosperen las pretensiones de la demanda, pues la culpa endilgada a la parte demandada es inexistente, y, además, entre la actividad y la conducta desplegada por aquel y el



Jacqueline Romero Estrada

hecho de que la parte actora afirma que se generó el perjuicio por el cual se pretende una indemnización, no existe relación de causalidad.

1. Me opongo a que se declare al demandado **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** como patrimonial, extracontractual y administrativa o civil, individual o solidaria responsable por la supuesta falla del servicio hacia **MARIA MILEYDI ORTIZ MENDOZA**, dado que no se encuentra soporte probatorio que permita inferir tal imputación y por consiguiente que se desprenda algún tipo de pago indemnizatorio.

Y en consonancia con lo anterior nos oponemos a la condena de pago de los conceptos exigidos en las pretensiones subsiguientes.

2. A LOS PERJUICIOS MATERIALES. **AXA COLPATRIA SEGUROS S.E.** se opone a la declaratoria y condena por concepto de daño material a título de DAÑO EMERGENTE y LUCRO CESANTE PASADO y FUTURO, en primer lugar, porque no se cumplen los requisitos para que surja o se estructure una responsabilidad como la pretendida, en segundo lugar, porque no obra prueba en el expediente que demuestre que efectivamente la parte actora dejase de percibir como consecuencia de los hechos, las sumas a las que hace alusión, por cuanto no se certifica que algún valor o cantidad haya dejado de robustecer su patrimonio.

Ahora bien, con miras a la obtención de un pago, no basta alegar el supuesto detrimento, por cuanto el mismo no es susceptible de presunción, sino que es menester acreditar debidamente su producción, esto comprende su identificación y cuantificación, obviamente la responsabilidad imputable a quien se petitiona el resarcimiento, toda vez que al funcionario juzgador le está vedado presumir la existencia de responsabilidad y de un perjuicio estando obligado a ceñirse a lo ciertamente acreditado en el expediente, de manera que lo que no aparezca allí simplemente no existe y por ende no puede ser considerado por el Juez.

En ese orden de ideas, por tratarse de reclamación de perjuicios materiales, los mismos deberán ser demostrados dentro del proceso, ya que como lo han reiterado las altas Cortes, no basta con mencionar un perjuicio para que inmediatamente se pueda pretender indemnización por este, toda vez que no es posible salvo algunos casos presumir el monto de dicho perjuicio.

Entonces, además de acreditar fehacientemente la existencia de los perjuicios materiales que alega la parte actora, deberá también probar mediante los medios idóneos la cuantía de éstos y el nexo causal entre los mismos y alguna acción u omisión de los demandados.

3. POR DAÑO A LA SALUD. Me opongo a que se ordene y condene al pago a título de daños extrapatrimoniales en su acepción de daño a la salud, a la entidad



Jacqueline Romero Estrada

demandada y a mi representada, a favor de la parte actora, pues pese a que la lesión que pueda tener un ser querido es un hecho por sí solo lamentable en condición de demandantes, no significa que de manera directa exista una obligación de tipo indemnizatorio por sí sola, pues esta debe hallarse dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan configurar la responsabilidad patrimonial que para este caso no se dan.

Cabe agregar que no basta con mencionar un perjuicio para que inmediatamente se pueda pretender indemnización por éste. En este sentido, no alcanza con simplemente con nombrar unas supuestas angustias o diversas circunstancias para pretender indemnización por este concepto, sino que es necesario probar mediante los medios idóneos dicha afirmación, así como la magnitud de la alteración del estado emocional o anímico; resaltándose que, en este caso, brillan por su ausencia tales elementos de convicción, y, por tanto, al Juez no le queda otro camino más que desestimar las infundadas pretensiones de los actores.

Por ello, se debe concluir que en ningún momento se reúnen los requisitos axiológicos de la responsabilidad, toda vez que a todas luces no se configura el elemento culpa, luego entonces, al no reunirse los presupuestos fácticos y jurídicos exigidos para la declaración de responsabilidad en cabeza de la demandada, ni tampoco nació ninguna obligación indemnizatoria a ella imputable.

En cuanto a la especificidad del daño a la vida de relación, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

“(...) cuando se invoca el daño a la vida de relación, resulta necesario acreditar que el hecho lesivo produjo en el ser humano afectación en su ámbito interior, emocional, espiritual o afectivo que tiene repercusión en su forma de relacionarse con la sociedad, si en cuenta se tiene que esta forma de daño inmaterial alude a una modificación sustancial en las relaciones sociales y desenvolvimiento de la víctima en comunidad, comprometiendo su desarrollo personal, profesional o familiar”¹
(Subrayado fuera del texto original)

En ese sentido, el daño a la vida de relación es un tipo de daño extrapatrimonial, de desarrollo jurisprudencial, que consiste en la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales, aunque éstas no produzcan rendimientos patrimoniales. Este perjuicio no se refiere a la lesión en sí misma, sino a los efectos que ella produce a la vida de quien la sufre.

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SP17091-2015 del 10 de diciembre de 2015, Rad. 46672



Jacqueline Romero Estrada

En relación con los aspectos hasta ahora mencionados, ha de notar la Corte² que:

*"Se trata de una institución estructurada y desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina foráneas, en especial la italiana, en torno de la cual, de tiempo atrás, se expresaba: "Todavía más fuerte y viva se muestra dicha exigencia en el intento realizado por la doctrina reciente, de configurar un caso típico de daño personal, el inferido a la integridad física, traspasando el límite hasta ahora respetado, de las consecuencias de carácter típicamente patrimonial. **La cuestión es que tales lesiones, aún en el caso más interesante que es cuando no se presentan esas consecuencias patrimoniales (como en el ejemplo del sujeto que no tiene ingresos), constituyen siempre un daño y más precisamente, implican un perjuicio a la vida asociada, o como se suele decir, a la vida de relación. En efecto, el lesionado viene a perder en todo o en parte, por un período más o menos largo, o inclusive por toda la vida, la posibilidad de dedicarse a esa vida de relación (vida social, deportiva, etc), con todo el cúmulo de satisfacciones y placeres que ella comporta, y sufre así un daño que también merece ser tenido en cuenta"** (Subrayado fuera del texto original)*

En la actualidad, algunos autores también lo definen como *"... el daño que sufre un sujeto a consecuencia de una lesión a su integridad psicofísica o a la salud, consistente en la disminución de las posibilidades de desarrollar normalmente su personalidad en el ambiente social ..."*³

Así las cosas, el daño a la salud constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó "actividad social no patrimonial". Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad.

En este orden de ideas, la Corte, a manera de compendio, puntualiza que el daño a la salud se distingue por las siguientes características o particularidades:

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo Radicación n.º 11001-31-03-008-2000-00196-01

³ Bianca C. Massimo, Diritto Civile, V, La Responsabilità, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 184



Jacqueline Romero Estrada

- a) Tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado.
- b) Adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho.
- c) En las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico.
- d) No sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos.
- e) Según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquélla y éstos
- f) Su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan.
- g) Es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño - patrimonial o extrapatrimonial.

Una vez sentadas estas bases, es claro que, como lo ha establecido la jurisprudencia, a la luz de las normas constitucionales y legales que directa o indirectamente gobiernan la responsabilidad civil, el daño a la vida de relación debe encontrarse debida y cabalmente acreditado. Sin embargo, en el caso concreto, tenemos que la parte actora solicita el reconocimiento de unos perjuicios por afectación de vida, no obstante, remitiéndonos a los elementos probatorios de la demanda, se carece de prueba alguna que acredite dicho perjuicio.



Jacqueline Romero Estrada

Como consecuencia de la carencia de prueba que acredite el daño a la salud que alega la parte demandante, ha de decir que aparece inequívocamente configurado el yerro fáctico que la solicita se declare, toda vez que el contenido material de las pruebas allegadas con la demanda resultan insuficientes para demostrar la existencia de la lesión padecida propios de su vida de relación.

Por lo anterior, se solicita al despacho negar esta y la totalidad de las pretensiones, por cuanto resultan lesivas del ordenamiento legal sobre la materia, e indefectiblemente, generarían un enriquecimiento totalmente injustificado para la accionante.

4. MORALES. Mi representada se opone de manera directa al perjuicio moral toda vez que **METROCALI S.A.** no incurrió en falla del servicio de la cual se derivase el hecho dañoso, ni de su actividad administrativa ligada a tal persona jurídica, y en esa medida no se cumplen los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, estos son: el hecho, la culpa o dolo, el daño o perjuicio (así como de su cuantía) y la imprescindible relación de causalidad entre el primero y éste último.

No obstante, lo anterior, en el hipotético caso de considerarse responsabilidad alguna por parte de la demandada, una vez se acredite el nivel de afectación, el pedimento de resarcimiento por concepto de los perjuicios morales debe corresponder con los límites fijados por el Consejo de Estado en Acta del 28 de agosto de 2014, a través de la cual unificó jurisprudencia en torno a los montos del resarcimiento cuando se reclaman perjuicios inmateriales así:

“(…)

1. **TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO INMATERIAL**

De conformidad con la evolución de la jurisprudencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado ***reconoce tres tipos de perjuicios inmateriales.***

- i) ***Perjuicio moral;***
- ii) ***(…)***

2. PERJUICIO MORAL

El concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.



2.2 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES PERSONALES

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas. Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro. La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la



Jacqueline Romero Estrada

gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los



Jacqueline Romero Estrada

eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%.

5. POR DAÑO VIDA DE RELACIÓN. Me opongo a que se ordene y condene al pago a título de daños extrapatrimoniales en su acepción de daño en la vida de relación, a la entidad demandada y a mi representada, a favor de la parte actora, pues pese a que la lesión que pueda tener un ser querido es un hecho por sí solo lamentable en condición de demandantes, no significa que de manera directa exista una obligación de tipo indemnizatorio por sí sola, pues esta debe hallarse dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan configurar la responsabilidad medica que para este caso no se dan.

6. Se opone **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, manifestando que corresponde a una pretensión que resulta a todas luces improcedente, toda vez que esta condena se encuentra supeditada a la declaratoria de las pretensiones del libelo que nos ocupa a favor de la parte actora y dicha situación todavía no ha acaecido.

7. Me opongo a que se condene a las demandadas a pagar costas, gastos y agencias en derecho, porque conforme lo demuestran las pruebas aportadas, el aquí demandante no es responsable administrativa ni patrimonialmente de **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, y en consecuencia tampoco existe criterio obligacional para mi representada, la llamada en garantía **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**

8. Se opone **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, manifestando que corresponde a una pretensión que resulta a todas luces improcedente, toda vez que esta condena se encuentra supeditada a la declaratoria de las pretensiones del libelo que nos ocupa a favor de la parte actora y dicha situación todavía no ha acaecido.



Jacqueline Romero Estrada
EXCEPCIONES DE MÉRITO

Sin perjuicio de que el señor juez declare de oficio aquellas excepciones que aparezcan probadas durante el proceso, me permito coadyuvar las excepciones presentadas por el llamante en garantía **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, en cuanto no perjudiquen a mi procurada y en ese mismo sentido y las que propongo a continuación:

- **INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL**

Para hablar de la responsabilidad patrimonial del Estado debe tenerse como base la responsabilidad civil, entendida como la obligación de indemnizar un daño injustificadamente padecido. Cuando se declara la responsabilidad civil se está generando una obligación en contra del responsable y a favor de la víctima. Para que se declare la responsabilidad civil se requiere:

1. El daño
2. La imputabilidad del daño a una persona diferente a la víctima.
3. Que la persona a la que se le imputo el daño se le atribuya el deber de reparar es decir que esa persona deba reparar el daño.

La responsabilidad reproduce el esquema de las fuentes de las obligaciones, ya que el daño es una fuente de las obligaciones y cuando se declara la responsabilidad civil, lo que se genera es una obligación en donde:

Deudor: Responsable
Acreedor: Víctima del daño
Prestación debida: la reparación

Ahora bien, para hablar de la responsabilidad del Estado es necesario tomar como punto de partida la norma de normas. Nuestra Constitución Política exige que se presenten tres requisitos para poder hablar de una responsabilidad patrimonial del Estado. El tratadista Libardo Rodríguez (Rodríguez), explica estos requisitos de la siguiente manera:

“La presencia de un daño antijurídico, es aquel que el administrado no está en la obligación de soportar pues no existe o no se presenta ninguna causal que justifique la producción del daño por parte de la administración, así mismo siguiendo a Juan Carlos Henao (Henao, 1998: 85) el daño debe ser cierto o real, especial anormal, debe existir la existencia de un nexo causal el cual lleva una estrecha relación con el derecho civil si miramos lo que plantea Javier Tamayo Jaramillo (Tamayo, 2007:224 y ss) –imputatio facti- esto es, que el daño sea efecto inmediato de la acción o de la omisión de la autoridad pública y la atribución jurídica del daño al Estado –imputatio iuris-



Jacqueline Romero Estrada

en virtud de un nexo con el servicio. La actuación de la administración (Acto Administrativo, Hecho Administrativo, Omisión Administrativa, Operación Administrativa)".⁴

De igual manera se debe indicar el título o factor de atribución del daño (falla servicio probado o presunto; daño especial, riesgo excepcional, etc), será asunto que determinará el juzgador, en vista de lo allegado y probado, en virtud del principio según el cual a las partes incumbe demostrar los hechos y al juez dispensar el derecho.

Dentro del caso analizado se tiene entonces que los elementos o supuestos de hecho que deben intervenir para que logre configurarse una responsabilidad patrimonial al demandado, **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, no se configuran, pues el primero de ellos que es el relativo al daño, no tiene ningún tipo de soporte probatorio. Si nos atenemos a los requisitos jurisprudenciales que estructuran la responsabilidad por el daño, tenemos desde el punto de vista de la teoría de la culpa probada, en el caso a estudio, la relación de causalidad entre el hecho por el cual se pretende una indemnización a cargo de esta entidad debe ser probada.

Ahora bien, al estudiar el último requisito jurisprudencial en el proceso, el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** está plenamente liberada de cualquier nexo causal que lo lleve a tener que responder por daños imputados única y exclusivamente a un tercero, como habrá de probarse en el curso del proceso.

Por tal razón, esta excepción debe prosperar.

- **INEXISTENCIA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO O PERJUICIO ALEGADO**

La excepción se plantea desde el punto de vista de la evaluación de las teorías de la imputación objetiva que debe ser analizada para establecer si una conducta se enmarca dentro de los parámetros de la responsabilidad por falla del servicio.

Así se teorizan, la posición de garante y el deber de cuidado, teoría esta última que parte del punto de vista de la creación de un riesgo no permitido o el incremento de uno permitido, es decir la "creación de un riesgo jurídicamente desaprobado" para el bien jurídico protegido y la concreción del peligro en el hecho concreto causante del resultado. Esta excepción se funda a más de lo expuesto, en el hecho de que se carece de la prueba alguna que acredite relación de causalidad entre la conducta y el resultado, (causa del daño civil), por ende, la falencia de ese

⁴ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo Colombiano.1992



Jacqueline Romero Estrada

requisito indispensable destruye cualquier posibilidad de erigir válidamente un cargo de responsabilidad administrativa o civil en contra del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**.

Como es sabido el daño constituye el primer elemento de la responsabilidad, cuya inexistencia hace inocuo el estudio de los demás, esto es de la relación de causalidad entre aquel y la actuación estatal, así como la naturaleza de la falta de servicio en que pudo haber incurrido ésta última, en los casos en que debe darse aplicación a un régimen subjetivo. De la misma manera, no basta acreditar el daño para tener por demostrada la relación de causalidad.

Es bien sabido que la responsabilidad administrativa por falta o falla del servicio y de conformidad con los parámetros sobre los cuales fue inicialmente estructurada esa teoría se dan tres elementos constituidos esenciales, a saber:

1. Una falta o falla del servicio que debe ser plenamente acreditada
2. Un daño
3. Una relación de causalidad entre la falta y el daño.

La esencialidad de esos tres elementos llega al extremo de que faltando uno de ellos no se configura la responsabilidad administrativa. En nuestro sistema corresponde al interesado de la indemnización, probar la falla del servicio, la existencia del daño con todas las características que lo hacen indemnizable y la relación de causalidad.

No se puede imputar responsabilidad por falla en el servicio, por no estructurarse los elementos axiológicos que estructuran la falla, pues el nexo causal no se encuentra demostrado, el daño generado a la accionante no es atribuible al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**.

Al respeto del Señor Magistrado Allier Hernández B, en su cátedra ha sostenido:

“4) El otro aspecto que reviste tanta o mayor dificultad, e igual importancia, que el esclarecimiento de la falla del servicio, es el relacionado con la prueba del **nexo causal**, elemento indispensable para la imputación del daño.

Establecer el **nexo causal** en los asuntos atañedores a la responsabilidad de las entidades oficiales de salud significa lograr la certeza de que la actuación de la entidad oficial **fue la causa eficiente del daño que reclama la víctima**.



Jacqueline Romero Estrada

Tal conclusión, sin embargo, tropieza – para el demandante –, con dificultades similares a las que enfrenta para demostrar la falla del servicio, pues dicha tarea tiene involucrados elementos de carácter científico de difícil comprensión y comprobación para la víctima.

En este campo, si bien se puede observar también un proceso de aligeramiento de la carga de probar que soporta el actor, es claro – pese a algunas imprecisiones circunstanciales –, que el Consejo de Estado se ha negado siempre a invertir la carga probatoria, dejando, por consiguiente, en manos del actor – en todos los casos – la prueba del nexo causal.” (en negrillas y subrayado es propio)”

“...PARA QUE RESULTE COMPROMETIDA LA RESPONSABILIDAD DE UNA PERSONA NATURAL O JURIDICA, A TITULO EXTRACONTRACTUAL, SE PRECISA DE LA OCURRENCIA DE TRES ELEMENTOS QUE LA DOCTRINA MAS TRADICIONAL IDENTIFICA COMO “CULPA, DAÑO Y RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE AQUELLA Y ESTE” ...” Así se expresa nuestra Corte Suprema de Justicia en su sala de decisión civil, a través de la decisión de octubre 25 de 1999, con ponencia del Doctor JOSE FERNANDO RIVERA GOMEZ.

Es necesario que exista una relación de causa efecto, en otras palabras, de antecedente – consecuencia entre la conducta culposa y el daño causado, pues de lo contrario no hay lugar a responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación de indemnizar, lo cual significa que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica a fin de que se configure un supuesto de responsabilidad civil/administrativa tanto de carácter contractual como extracontractual.

En virtud de lo expuesto, respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

- **ILEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.**

Al abordar el sentido que se le da a la presente excepción es importante tener en cuenta la orientación jurisprudencial acerca de lo que es la legitimidad en la causa tanto por activa como por pasiva y su doble connotación desde el punto de vista material y, de hecho.

“Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de



Jacqueline Romero Estrada

extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado”.

Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala;

“La excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado • modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante• que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.

La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado”.

Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante -legitimado en la causa de hecho por activa- y demandado -legitimado en la causa de hecho por pasiva- y nacida con la



Jacqueline Romero Estrada

presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores.

En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra. De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sala:

“La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:

A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si

A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda”.



Jacqueline Romero Estrada

Entonces debe señalarse que el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** no ha hecho parte de manera activa, ni omisiva, ni de ninguna manera en la configuración del hecho dañoso del que se deriva el reclamo de la demandante.

En consecuencia, esta excepción está llamada a prosperar.

- **RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE EN DESARROLLO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS – CARENCIA DE PRESUNCION DE RESPONSABILIDAD.**

Como es de común conocimiento, cuando se presenta un daño a un tercero en el ejercicio de la conducción de vehículos automotores, la responsabilidad se configura a la luz de las actividades peligrosas.

En efecto, ha dicho la jurisprudencia en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil y Agraria, MP. William Namén Vargas, del 4 de agosto de 2009 “explicó la sala, *el juzgador valorará la conducta de las partes en su materialidad objetiva y, en caso de encontrar probada también una culpa o dolo del sujeto, establecerá su relevancia no en razón al factor culposo o doloso, sino al comportamiento objetivamente considerado en todo cuanto respecta a su incidencia causal*”. Es decir que el Juez debe analizar la conducta de todas las intervinientes víctimas o no para así verificar si su comportamiento tiene incidencia en la ocurrencia del mismo.

Así mismo la Corte sostuvo:

"No es que las actividades peligrosas encarnen de suyo la "culpa". El ejercicio de una actividad de esta naturaleza podrá desplegarse, aún con todo el cuidado o diligencia exigible y también sin ésta.

Empero, no escapa a la Corte la posibilidad de una conducta culposa o dolosa del autor, de la víctima o de uno y otro en el ejercicio de una actividad peligrosa; así en los daños generados con la colisión de vehículos, uno de los conductores podrá infringir las normas de tránsito, omitir las revisiones obligatorias, desplazarse a alta velocidad, en zona prohibida, atropellar deliberadamente un peatón o al otro automotor, etc., y, el otro, incurrir en similares comportamientos.

En tales hipótesis, esas conductas apreciadas en su exacto sentido, encarnan la exposición o elevación de los riesgos o peligros del ejercicio de la actividad peligrosa, los deberes de precaución o los inherentes a la posición de garante, según la perspectiva que se acoja, más no desplazan la



Jacqueline Romero Estrada

responsabilidad al régimen general de la culpa, desde que ésta ninguna relevancia ostenta para estructurarla ni excluirla.

La conducta, sea o no culposa o dolosa, se apreciará objetivamente en el contexto del ejercicio de la actividad peligrosa y la secuencia causal del daño según el marco fáctico de circunstancias y los elementos probatorios, para determinar si es causa única o concurrente y, por ende, excluir o atenuar el deber indemnizatorio.

No es que se valore la culpa o el dolo en cuanto tales, ni en consideración al factor subjetivo, sino la conducta en sí misma dentro del contexto del ejercicio de una actividad peligrosa según el marco de circunstancias fácticas y los elementos probatorios.

En conclusión, el régimen aplicable en tratándose de actividades peligrosas, no enmarca siempre una acción maliciosa y voluntaria, por el contrario pueden ocurrir fruto de coincidencias o algún tipo de contingencia que suelen pasar con frecuencia, por tanto no es menester imputar responsabilidad por el simple hecho de ejercer una actividad peligrosa debe hacerse un análisis exhaustivo de los elementos que pueden tener algún tipo de inferencia en la ocurrencia, así mismo sostiene la Honorable Corte Suprema de Justicia que “*La presunción de culpa carece de fundamento lógico y normativo*: La supuesta presunción de culpa por el mero ejercicio de una actividad peligrosa, carece de todo fundamento lógico y normativo. **Legal**, porque ninguna parte del artículo 2356 del Código Civil, siquiera menciona presunción alguna. **Lógico**, porque cualquier actividad humana, y en especial, la peligrosa, puede desplegarse con absoluta diligencia o cuidado, o sea, sin culpa y también incurriéndose en ésta. De suyo, **tal presunción contradice elementales pautas de experiencia y sentido común, al no ajustarse a la razón presumir una culpa con el simple ejercicio de una actividad que de ordinario como impone la razón se desarrolla con diligencia, prudencia y cuidado**”.

Así mismo La presunción de culpa no es útil ni normativa ni probatoriamente: La presunción de culpa, ninguna utilidad normativa o probatoria comporta al damnificado, tampoco es regla de equidad y menos de justicia, pues su único efecto jurídico es eximir de la probanza de un supuesto fáctico por completo ajeno al precepto, no menester para estructurar la responsabilidad, ni cuya probanza contraria es admisible, cuando toda presunción, salvo la iuris et de iuris que exige texto legal expreso, es susceptible de infirmar con la demostración de la diligencia y cuidado. Por tanto **el juzgador con sujeción a la libre convicción y la sana crítica valorará los elementos probatorios para determinar cuál de las actividades peligrosas concurrentes es la causa del daño y la incidencia de la conducta de la víctima en la secuencia causal, asignando, en todo o en parte, a uno o a ambos sujetos la responsabilidad según su**



Jacqueline Romero Estrada

participación, a cuyo efecto, imputado a la actividad de una sola parte, ésta es responsable por completo de su reparación y si lo fuere a ambas, cada una lo será en la medida de su contribución.

En otros términos, cuando la actividad peligrosa del agente es causa exclusiva del daño, éste será responsable en su integridad; contrario sensu, siéndolo la ejercida por la víctima, ninguna responsabilidad tendrá; y, si aconteciere por ambas actividades, la del agente y la de la víctima, como concausa, según su participación o contribución en la secuencia causal del daño, se establecerá el grado de responsabilidad que le asiste y habrá lugar a la dosificación o reducción del quantum indemnizatorio”.

En consecuencia y de acuerdo a lo anterior, es claro que los hechos deben analizarse detenidamente y conforme al comportamiento del conductor involucrado en la ocurrencia de los hechos.

• FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

Es menester resaltar que cuando se causa un daño también nace la obligación de repararlo, so pena de que se esté exento de responder por algunas causas que se denominan en derecho eximentes de responsabilidad. Entre ellos, se encuentran la fuerza mayor o el caso fortuito, concepto antiguo que se encuentra definido en el artículo primero de la ley 95 de 1890, de Colombia:

«Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto á que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.»

Por su parte, el Código Civil en su artículo 64 define la fuerza mayor y el caso fortuito así:

«Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.»

Por su parte, la sala civil de casación civil de la Corte suprema de justicia en sentencia SC16932-2015 con ponencia del magistrado Álvaro Fernando García, reiteró:

«En general, por fuerza mayor o caso fortuito debe entenderse 'el imprevisto que no es posible resistir, como el naufragio, el terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercido por un funcionario público, etc.' (Art. 1º Ley 95 de 1890); es claro que estos hechos o actos, u otros semejantes, que enuncia el legislador, requiere que



Jacqueline Romero Estrada

sean imprevisibles o irresistibles, significando lo primero, un acontecer intempestivo, excepcional o sorpresivo; y lo segundo, imposible, fatal, inevitable de superar en sus consecuencias (CSJ SC, 2 dic. 1987, G.J. t. CLXXXVIII, pág. 332).

Es decir, ha de tratarse de fenómenos externos al sujeto cuyo comportamiento se analiza, que reúnan las características que de antaño estereotipan la figura, esto es, la imprevisibilidad (hechos súbitos, sorpresivos, insospechados, etc.) y la irresistibleidad (que los efectos del hecho no puedan ser exitosamente enfrentados o detenidos por una persona común) (CSJ SC, 31 ago. 2011, rad. 2006-02041-00).»

De lo anterior se concluye se extraen dos conceptos que son esenciales y necesarios que se deben cumplir para que una situación se constituya en fuerza mayor o caso fortuito:

- Imprevisible: aquel que razonablemente no se puede prever que ocurrirá, lo que se debe evaluar en el contexto de la actividad que se desarrolla. El hecho imprevisible debe ser ajeno a la naturaleza de la actividad; debe ser un hecho extraño que normalmente no ocurriría.
- Irresistible o insuperable: que el hecho sea irresistible quiere decir que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.

En este caso, frente a la responsabilidad que pretende la parte demandante atribuirle al demandado **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, no es procedente toda vez que en este caso se presente un eximente de responsabilidad como lo es la fuerza mayor, por eso solicito comedidamente prospere esta excepción.

• INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LOS DEMANDANTES

Al definir lo que se entiende por prueba, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ⁵ ha expresado que con ella se designan realidades muy distintas. Así, en algunos casos, ella se refiere a la actividad encaminada a probar ciertos hechos; en otros, contempla los instrumentos que llegan a producir la convicción del juez acerca del hecho que se prueba; y en otras, es el resultado de las operaciones por las cuales se obtiene la convicción del juez con el empleo de aquellos instrumentos. La actividad probatoria

⁵ GONZALEZ PEREZ ,Jesús. "Tratado e la Prueba" Editorial Dupré. Santa fe de Bogota.1994



Jacqueline Romero Estrada

tiende a convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a la decisión del proceso.⁶

En la obra *La Prueba*, homenaje al maestro Hernando Devis Echandía, Jardí Abella citando a Lessona señala que: “La prueba de las leyes está dada por su simple alegación, porque la ley es conocida y el juez tiene precisamente la misión de ver si se refiere y cómo se refiere al hecho probado”. (Jardí Abella, 2002). Esto para indicar que las pruebas tienen como finalidad llevar al administrador de justicia a una decisión acertada, fundada en los aportes de quienes intervienen en un proceso. Lo que nos lleva al principio de derecho Probatorio del onus probandi (carga de la prueba) expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales.

Gustavo Rodríguez⁷ en su obra *Curso de Derecho Probatorio*, cita a Schaff quien respecto de la verdad, explica que:

“La verdad no es un objeto, un estado o un acontecimiento, sino que se trata de un concepto abstracto, una cualidad del juicio, el cual se expresa por medio de una proposición”. Agrega que se habla de la verdad de un juicio “solamente si ese juicio concuerda con la realidad; en el caso contrario, se habla de la falsedad del juicio”. Y concluye: “La realidad objetiva no es ni verdadera ni falsa, sino que es simplemente, existe; los objetos del mundo externo –hombres, animales, casas, mesas– existen, y carece de sentido aplicarles los adjetivos de verdadero y falso”.

El Consejo de Estado, en cuanto al señalado principio:

“Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como” onus probandi, incumbit actori’ y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C. Correlativo a la carga del demandante, está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo „reus, in excipiendo, fit actor”. A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales, de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C.”⁸

⁶ Duque Corredor, Román, Ob. Cit., Pág. 330

⁷ RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. *Derecho Probatorio Colombiano*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1986, p. 8.

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Radicación No. 19836. 30 de junio de 2011. CP.

Dr. Danilo Rojas Betancourth



En otra oportunidad indicó:

“En materia probatoria, las cargas impuestas a las partes enfrentadas en un litigio obedecen a principios como la eficacia de la prueba, su neutralidad o la posibilidad de contradicción. La doctrina del onus probandi ha tenido un extenso desarrollo desde su postulación inicial en el derecho romano arcaico. Pero también razones de orden práctico llevan a imponer requisitos procesales a las partes con el fin de facilitar el trámite y resolución de los conflictos.

Las cargas procesales imponen a la parte asumir ciertas conductas o abstenciones cuyo incumplimiento puede generar riesgos de una decisión desfavorable y, por ende, el no reconocimiento de sus derechos subjetivos; La carga de la prueba no implica una sanción para la persona que la soporta.

Dentro de las cargas procesales fijadas por ley a las partes se encuentra la institución de la carga de la prueba. Esta incumbe a quien tiene interés en los efectos jurídicos de las normas que regulan los supuestos de hecho afirmados o negados art. 177 CPC. La finalidad última de la actividad probatoria es lograr que el juez se forme una convicción sobre los hechos, por lo que el deber de aportar regular y oportunamente las pruebas al proceso, está en cabeza de la parte interesada en obtener una decisión favorable.

Las reglas del "onus probandi" o carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales:

- "onus probandi incumbit actori", al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción;
- "reus, in excipiendo, fit actor", el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y,
- "actore non probante, reus absolvitur", según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción."

Ya para la época actual y aplicando ese dinamismo que es propio del derecho como ciencia humana, tenemos que se expide una nueva ley y ésta nos muestra en cuanto al régimen probatorio que: El Consejo de Estado en las memorias del Nuevo Código Contencioso Administrativo, indica que con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en materia probatoria se introducen las siguientes novedades:



Jacqueline Romero Estrada

1. El Fortalecimiento del Régimen probatorio especial en el Contencioso Administrativo y en lo no previsto, remisión al régimen probatorio del Código de Procedimiento Civil. Circunscribe la remisión al Código de Procedimiento Civil única y exclusivamente cuando la materia no sea regulada por el Código Contencioso Administrativo y no para cuando resulten compatibles con las normas del código, expresión que utilizaba la norma anterior.
2. La carga probatoria bajo el principio dispositivo. La reforma se inclinó por el principio dispositivo para la impulsión del proceso contencioso administrativo y el debate probatorio, o sea, que la parte que alega el hecho y reclama el derecho o se opone a él, está obligada a suministrar la prueba, aunque conservando –como es la tendencia del derecho procesal moderno– elementos del sistema inquisitivo, tales como el poder para decretar pruebas de oficio en primera y segunda instancia. En tal virtud, la tarea investigativa se deja, en principio, a las partes, sin perjuicio de que, excepcionalmente, el juez cuando sea estrictamente necesario decreta de oficio las pruebas que demanden la efectividad de los derechos de las partes, la justicia y la defensa del orden jurídico.
3. La oportunidad para hacer valer los medios probatorios. En virtud del artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, para que sean apreciadas por el juez las pruebas, deberá solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en el código, así: En la primera instancia se hará en la demanda y su contestación, la reforma y su respuesta, la demanda de reconvención y su contestación, las excepciones y la oposición a las mismas, los incidentes y su respuesta. En la segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia las partes podrán pedir pruebas en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso.
4. Los poderes del juez: Son varios los poderes en materia probatoria que dispone el juez en el nuevo código. Algunos de ellos son: la potestad de decretar pruebas de oficio y el decreto y practica de pruebas en las audiencias.
5. La exclusión de la prueba por violación al debido proceso. La norma recoge los pronunciamientos de la Corte Constitucional en el sentido de que la prueba ilícita debe ser excluida del proceso, pero que sin que ello implique que las que no dependen necesariamente de ella o no sean producto de la misma resulten afectadas.
6. El valor probatorio de las copias. Su fundamento estriba en la aplicación de los principios de buena fe en la aportación de las pruebas y de prevalencia



Jacqueline Romero Estrada

del derecho sustancial, en el entendido de que el fin de las normas procesales consiste en la realización de los derechos reconocidos en la ley.

7. La utilización de medios electrónicos con incidencia en las pruebas (Consejo de Estado, 2011)⁹.

Todo este somero repaso del régimen probatorio como tal, solo sirve con el fin de dejar entre ver que aplicadas las normas y aquellos criterios básicos de nuestro sistema, para el caso concreto de la demanda que ahora se contesta, no existe ningún tipo de cumplimiento a la estricta carga de la prueba por parte del demandante que permita inferir por si sola que se configuró el medio de control de reparación directa para los demandados, en especial para el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, y mucho menos para **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**

Al mismo tiempo que no se halla prueba que determine evidentemente incursión en daño alguno por parte de esta demandada que por consecuencia lógica permite inferir que se carece de la obligación de reparar o indemnizar pues, no son las llamadas a responder por las pretensiones de la demanda.

Por lo anterior esta excepción está llamada a prosperar.

- **ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA**

El fundamento de la indemnización de perjuicios que surge como consecuencia de los hechos reclamados por los demandante, tiene como finalidad única la de restablecer las cosas al estado en que se encontraban antes de que el hecho dañoso o no querido viniera a transformar las circunstancias de la aquí involucrada, sin que de ninguna manera ese derecho o potestad supere los límites y se traduzca en un beneficio adicional sino que el mismo debe corresponder exclusivamente a la pérdida económica o moral ocasionada a los afectados.

El cobro de los perjuicios efectuados en la demanda que dio origen a la presente acción, supera los límites de la indemnización a la que tendría derecho la demandante en caso de que sus pretensiones sean resueltas a su favor, máxime que dentro del proceso que hoy nos ocupa no están plenamente demostradas las pretensiones y los perjuicios que pretende la parte actora hacer valer, toda vez que como lo reitero, los perjuicios deben ser claramente probados y soportados dentro del proceso, lo anterior de acuerdo a lo establecido en los artículos 165 y 167 del Código General del Proceso.

⁹ BARRERO MENDOZA, Marla Milena. "EL RÉGIMEN PROBATORIO EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO" UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA FACULTAD DE DERECHO ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO BOGOTÁ 2013.



De conformidad con lo expuesto, respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

- **LAS MERAS EXPECTATIVAS NO SON INDEMNIZABLES**

Resulta claro que las meras expectativas no son indemnizables, como bien lo ha expresado reconocida doctrina, según la cual, “al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se había encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera omitido el acto que se reprocha”.

Igualmente, dice la Corte en jurisprudencia: “Es verdad averiguada que para el reconocimiento de un perjuicio se requiere, además de ser cierto y, en línea de principio, directo, que esté plenamente acreditado, en concordancia con la Ley, existiendo para ello libertad de medios probatorios”

Por lo anterior esta excepción está llamada a prosperar.

- **COBRO DE LO NO DEBIDO**

Mi representada no está obligada a realizar indemnización alguna bajo ningún fundamento jurídico, porque no han causado daño alguno y mucho menos contribuyo a su agravación. En consecuencia, la parte demandada debe demostrar:

1. Un acto positivo u omisivo de la parte demandada, que le sea imputable.
2. Un daño o perjuicio cierto, especial, anormal, que el afectado no está en el deber jurídico de soportar.
3. Y un nexo causal entre el acto de los demandados y el daño causado, esto es, que el daño sea efecto de la misma actuación.

Por su parte, el demandado **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** se libera de responsabilidad cuando el daño es producido por fuerza mayor, caso fortuito, intervención de un tercero o culpa de la propia víctima. Entonces, a la parte demandante le corresponde probar que el daño y los perjuicios sufridos, fue el comportamiento ilícito del agente, es decir, que éste último, por sí mismo o por interpuesta persona, cosa o actividad, bajo su responsabilidad, causo el perjuicio.

Por lo anterior esta excepción esta llamada a prosperar.

- **LA GENÉRICA O INNOMINADA**

Esta excepción consiste en todo hecho o acto que resulte probado dentro del proceso, en virtud del cual se establezca que el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** no tiene la obligación legal o contractual de pagar cualquier suma de dinero por los hechos que se le demandan.

Fundamento la anterior excepción en el hecho de que conforme a la ley el juez que conoce un litigio, si encuentra probada alguna excepción no siendo de la prescripción, compensación y nulidad relativa que debe alegarse en la contestación de la demanda, LA DECLARE DE OFICIO, aunque no se haya propuesto por el excepcionante de manera expresa.

A LAS PRUEBAS

Sírvase señor Juez darles el justo valor probatorio que les asigna la ley y me opondré a ellas en el momento procesal oportuno, además me reservo el derecho de interrogar y contrainterrogar a los testigos que sean decretados y citados por el Despacho.

SOLICITUD DE PRUEBAS

En mi condición de llamado en garantía y con el fin de agotar el derecho a la defensa que por vía constitucional me asiste, ruego a su señoría decretar a mi favor las siguientes pruebas:

INTERROGATORIO DE PARTE

Sírvase señor Juez, citar y hacer comparecer a su Despacho, previa fijación de día, hora y fecha a la parte demandante, quienes podrán ser ubicados en la dirección que reposa dentro del proceso en el acápite de notificaciones, para que absuelvan bajo juramento el interrogatorio de parte que en audiencia le formularé sobre los hechos de la demanda y contestación de la misma, de manera oral, en pliego abierto o cerrado conforme lo prevé el artículo 202 del Código General del Proceso.

Así mismo, respetuosamente solicito al señor Juez se me permita intervenir en las audiencias en que se recepcionen los testimonios solicitados por las partes, en cumplimiento de los principios constitucionales de defensa, debido proceso y contradicción.

Señores

JUZGADO CATORCE (14) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI (V)

of02admcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

adm14cali@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA
PROCESO: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 76001-3333-014-2022-00041-00
DEMANDANTES: MARIA MILEYDI ORTIZ MENDOZA Y OTROS
DEMANDADOS: INSTITUO NACIONAL DE VIAS -INVIAS- Y OTROS
LLAMADO EN GTÍA: MAPFRE SEGUROS S.A. Y OTROS.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERLES DE COLOMBIA S.A.**, identificada con el NIT 891.700.037-9, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. y sucursal en Santiago de Cali conforme se acredita con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio. Encontrándome dentro del término legal comedidamente procedo, en primer lugar, a contestar la demanda propuesta por la señora **MARIA MILEYDI ORTIZ MENDOZA** y otros, en contra del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, INSTITUTO NACIONAL DE VIAS -INVIAS-** y otros y en segundo lugar, a contestar el llamamiento en garantía formulado por estas últimas a mi prohijada, para que en el momento en que se vaya a definir el litigio se tenga en cuenta los hechos y precisiones que se hace a continuación, según las pruebas que se practiquen, anticipando que me opongo a todas y cada una de las pretensiones sometidas a consideración de su despacho tanto en la demanda como en el llamamiento en garantía, en los siguientes términos:

CAPÍTULO I. OPORTUNIDAD

Teniendo en consideración que el Auto Interlocutorio del 432 del 01 de agosto de 2023 por medio del cual se admitió el llamamiento en garantía realizado por el Instituto Nacional De Vías -INVIAS- y por el Departamento del Valle del Cauca a mi representada Mapfre Seguros Colombia S.A., fue notificado el 19 de octubre de 2023, el término para dar contestación a la demanda comprende los días 24, 25, 26, 27, 30, 31 de octubre y 1, 2, 3, 7, 8, 9, 10, 14 y 15 de noviembre de 2023, razón por la cual este escrito de contestación es presentado dentro del término previsto para el efecto.

CAPÍTULO II CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I. Frente a los hechos de la demanda

Frente al hecho primero: No es cierto. No le asiste razón al demandante al indicar que el accidente de la señora María Mileydi Ortiz se debió a la presencia de un hueco en la vía, en tanto es posible observar de los elementos de prueba aportados al plenario que la demandante conducía su vehículo por un tramo de vía que se encuentra restringido y destinado únicamente para el tránsito peatonal,

de semovientes, ocasionalmente el estacionamiento de vehículos y la circulación de vehículos de emergencia , porque con base en lo que deja intuir el IPAT, la señora Ortiz conducía por la “berma”, misma en la que se encontraban dispuestos los “estoperoles”, de tal suerte que fue ella quien se expuso a la creación de su propia riesgo al desconocer una norma de tránsito. Lo anterior se refuerza si se revisa el mismo material fotográfico que el togado actor aporta, pues la calzada, esto es, la porción de vía destinada para que los automotores circulen no deja hueco, bulto, ni desperfecto.

Frente al hecho segundo: Es cierto, así se observa de la historia clínica aportada al expediente.

Frente al hecho tercero: Es cierto, así se observa de la historia clínica aportada al expediente.

Frente al hecho cuarto: No es cierto. De la historia clínica obrante en el expediente se observa que la señora Ortiz presentaba un antecedente patológico consistente en “PAT ESCOLIOSIS, DISLIPIDEMIA” de tal suerte que no es cierto que el lumbago fuera producto del accidente, en tanto de la historia clínica del 15 de febrero de 2020 con hora de registro 18:41, se observa la mención de dicho antecedente:

EVOLUCIONES	
FECHA	EVOLUCIONES
2020-02-15	18:41 Clínica - ELMER ANDRÉS CARDONA CAMAYO ESPECIALIDAD: MEDICINA GENERAL PACIENTE ES TRAIDA POR PERSONAL DE APH REFIRIENDO ACCIDENTE DE TRANSITO EL CUAL LE OCASIONA TRAUMA EN MANO DER, MUÑECA DER, RODILLA IZQ CON HERIDA COMPLEJA EN PARTE SUPERIOR, NIEGA OTROS TRAUMAS, OTROS SINTOMAS. ANTECEDENTES PERSONALES: PAT ESCOLIOSIS, DISLIPIDEMIA, FARMACOS: ATORVASTATINA, NIEGA ALERGIAS. SE INGRESA PARA INICIAR MANEJO MEDICO, SE INDICA CANALIZAR + ANALGESIA + TOXOIDE, SE SOLICITAN RADIOGRAFIAS, CON RESULTADOS SE DEFINE CONDUCTA A SEGUIR. EXPLICO A LA PACIENTE Y A LA FAMILIAR, DICEN ENTENDER Y ACEPTAR.

Así mismo se observa en la evolución del 28 de febrero de 2020, la existencia de dicho antecedente:

MOTIVOS DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL	
FECHA	MOTIVOS DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL
2020-02-28	09:32 Jhoperpe - JHON JAIRO PEREZ MOTIVO DE CONSULTA : "POR EL ACCIDENTE" ENFERMEDAD ACTUAL : PACIENTE QUIEN PRESENTO TRAUMA POR ACCIDENTE DE TRANSITO EN RODILLA IZQUIERDA CON FRACTURA EXPUESTA DE ROTULA POLO INFERIOR, REQUIRIO MANEJO QUIRURGICO L+D+C EL 16/02/2020, MANIFIESTA QUE PRESENTA DOLOR LEVE A MODERADO EN ARTICULACION DESCRITA, NIEGA OTROS SINTOMAS. A LA VALORACION FISICA PRESENTA HERIDA QUIRURGICA SANA CON PUNTOS DE SUTURA, NO SIGNOS LOCALES, LIMITACION PARA LA FLEJO-EXTENSION DE LA RODILLA POR DOLOR, NO OTRAS ALTERACIONES. PLAN: REQUIERE CURACIONES POR TEO, INICIO DE TERAPIAS FISICAS EN 15 DIAS PARA ARCOS DE MOVILIDAD. CONTROL EN 4 SEMANAS, PRORROGA DE INCAPACIDAD, RECOMENDACIONES.

En igual sentido, la demandante en la narración de los hechos que realiza con la interposición de la querrella Nro. FPJ-29 ante la fiscalía, relaciona de forma clara las lesiones padecidas, sin que en ello haga mención de algún lumbago:

Como a la media hora llegaron agentes de tránsito atendieron el caso, minutos después llegó una ambulancia porque me trasladaron a la clínica Cristo Rey de la ciudad de Cali donde al llegar fui atendida y valorada por un médico de turno mandaron radiografías para descartar fracturas, con resultados negativos solo presentaba golpe, laceraciones y herida profunda y delicada en la rodilla izquierda, me dieron una incapacidad inicial de 120 días esperando cómo evoluciona la lesión causada por el accidente de tránsito y los resultados médicos eso es todo.

Por lo anterior, no le asiste razón a la parte demandante al indicar que como consecuencia del accidente se generó un lumbago no especificado, en tanto la señora Ortiz ya presentaba dicho antecedente, así mismo, no existe prueba con la que pueda ser atribuido al accidente, la obesidad que en este hecho se señala.

Finalmente debe indicarse que de acuerdo al informe final de la terapia física que realizó la señora Ortiz en el Centro Integral de Rehabilitación CIR S.A.S., el motivo de dicha terapia obedeció al diagnóstico “*Fractura de rodilla*”, siendo esta la lesión que sufrió la demandante el día del accidente que ella misma produjo:



EVALUACION FINAL TERAPIA FÍSICA

Nombres y apellidos: MARIA MILEIDY ORTIZ
CC: 66967109 EDAD: 40 AÑOS
Entidad: SOAT No. sesiones: 20
Diagnóstico: FRACTURA ROTULA
Fecha: 06/07/2020

INFORME:

Paciente quien es remitida por médico especialista por presentar accidente de tránsito el día 15/02/2020, finaliza sesiones programadas de terapia física, presentando evolución hacia la mejoría sin dolor, rangos de movilidad articular rodilla 120°, fuerza muscular 4/5. Se trabajó fortalecimiento muscular mediante isotónico, activo resistido, propiocepción, reeducación de marcha, equilibrio, coordinación, bicicleta estática y estiramiento muscular. Se retira del servicio en buenas condiciones generales.

Con todo lo anterior, es posible indicar que las lesiones producto del accidente obedecieron a “*trauma en mano, muñeca y rodilla izquierda, herida compleja profunda en rodilla izquierda*”.

Frente al hecho quinto: No me consta. A mi representada no le consta de manera directa a cargo de quien estuvo el cuidado de la señora Ortiz, en tanto no se aporta prueba si quiera sumaria de dicha afirmación, estando dicha carga procesal en cabeza de la parte demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del CGP.

Frente al hecho sexto: Es cierto de acuerdo a lo que se observa en dicho documento, sin embargo, del análisis allí contenido no es posible atribuir responsabilidad alguna a las demandadas, en tanto dichas lesiones fueron producto de una conducta imprudente de la señora Ortiz al conducir su vehículo sin atender las normas de tránsito.

Frente al hecho séptimo. No es cierto. El derecho de petición al que se hace mención no acredita la responsabilidad de las demandadas, en tanto la cusa del accidente no se debió a una acción u omisión en las que están pudieran incurrir. Contrario a ello es posible indicar que la causa del

accidente se debió a la conducción imprudente de la demandante al inobservar las normas de tránsito.

Frente al hecho octavo. No es cierto. De la investigación adelantada por la Fiscalía solo es posible observar las mismas conclusiones consignadas en el IPAT, sin que con ello se pruebe la responsabilidad en cabeza de las entidades demandadas, en tanto dicho accidente tuvo como causa la conducción imprudente de la señora Ortiz por inobservar las normas de tránsito.

Frente al hecho noveno: No es cierto. No se acredita con ningún medio de prueba las afirmaciones que en este hecho se realizan y que den cuenta de las actividades a las que presuntamente se dedicaba la señora Ortiz; no se acredita las cotizaciones al sistema de seguridad social a las cuales se encontraría obligada la demandante, contrario a ello se observa que se encuentra afiliada al régimen contributivo, como BENEFICIARIA y no como cotizante, de tal suerte que no hay lugar a presumir si quiera que devengaba el salario mínimo.

Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNAS	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACION	CC
NUMERO DE IDENTIFICACION	66967109
NOMBRES	MARIA MILEYDI
APELLIDOS	ORTIZ MENDOZA
FECHA DE NACIMIENTO	***j***
DEPARTAMENTO	VALLE
MUNICIPIO	CANDELARIA

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACION EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACION DE AFILIACION	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	EMSSANAR S.A.S -CM	CONTRIBUTIVO	01/01/2016	31/12/2999	BENEFICIARIO

Frente al hecho décimo: No es un hecho, se trata de afirmaciones subjetivas e infundadas por parte del demandante que además se ven reflejadas en las pretensiones de la demanda.

Frente al hecho décimo primero: No es un hecho. Se trata del cumplimiento de requisitos formales necesario para adelantar la presente acción.

II. Frente a las declaraciones y condenas de la demanda

Me opongo a las pretensiones y/o condenas de la demanda por carecer de fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que hagan viable su prosperidad. Estas denotan un deseo desproporcionado del extremo actor por lucrarse, debido a que no logra, siquiera de forma sumaria, demostrar los elementos esenciales para que se configure la eventual responsabilidad en cabeza de la parte pasiva, pues no acredita el demandante a través de medios de prueba conducentes, pertinentes y útiles, la relación entre el presunto daño sufrido y la comisión u omisión por parte de la demandada que permita determinar la falla en el servicio.

Frente a la pretensión primera: Respetuosamente manifiesto al Despacho que, aunque las pretensiones de la demanda NO están dirigidas en contra de mi representada, me opongo a que se acceda a la solicitud de declaratoria de responsabilidad en contra de las entidades demandadas, en especial del Instituto Nacional de Vías -INVIAS- y del Departamento del Valle del Cauca., por los supuestos perjuicios ocasionados a los demandantes en el accidente del 15 de febrero de 2020. Lo anterior, toda vez que la señora María Mileydi Ortiz no cayó de su moto por la presencia de huecos en la vía, en tanto dicha vía no se aprecia con imperfecciones o en mal estado, además, el lugar

por el que esta transitaba corresponde a una porción de espacio denominado “berma”, exclusivo para el tránsito de peatones y semovientes, estacionamiento ocasional de vehículos y tránsito de vehículos de emergencia del vehículo y no para su tránsito continuo por los demás vehículos, lo que configura una conducta imprudente de la de la demandante y en consecuencia, es inexistente la falla en el servicio que se pretenda sea declarada.

Frente a la pretensión segunda Me opongo a la prosperidad de cualquier condena, pues al ser notoria la ausencia de pruebas sobre la responsabilidad de mi asegurado, no habría lugar a que la parte pasiva se viera obligada a proceder con el pago de la indemnización perseguida por los aquí demandantes.

-Frente al daño emergente. Me opongo a la prosperidad de esta pretensión, toda vez que los hechos con los cuales se ocasionaron los presuntos daños alegados, no le son imputables a las entidades aquí demandadas, en especial al Instituto Nacional de Vías -INVIAS- y el Departamento del Valle del Cauca, en tanto no incurrieron en ninguna acción u omisión de la cual pudiera predicarse su responsabilidad en los hechos aquí ocurridos. Como se ha indicado anteriormente, en la vía no se observan huecos que pudieran desestabilizar el vehículo de la señora Ortiz y en ese sentido, la causa del accidente se debió de manera exclusiva a la falta de cuidado y a la inobservancia de las normas de tránsito en las que incurrió la señora Ortiz, mientras conducía su vehículo.

Sin perjuicio de lo anterior y sin que haya lugar a reconocimiento de responsabilidad alguna, debe indicarse además que los perjuicios aquí reclamados no fueron acreditados con medios de prueba idóneos, pertinentes y conducentes, en tanto no dan cuenta de la erogación en la que incurrió el demandante con ocasión del daño que se alega.

-Frente al lucro cesante: Me opongo a la prosperidad de esta pretensión toda vez que es evidente que las entidades demandadas, en especial el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- y el Departamento del Valle del Cauca, no tienen obligación indemnizatoria alguna frente al demandante, en tanto no les es imputable la responsabilidad del daño que aquí se alega, pues no fue por su acción u omisión que se ocasionó.

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que el mencionado perjuicio carece de una cuantificación soportada en pruebas, como quiera que la parte demandante no acredita si quiera de forma sumaria, los ingresos que presuntamente devengaba la señora Ortiz, ni la actividad de la cual provenían los mismos. Adicionalmente, tal como se indicó en la contestación de los hechos, del sistema de información ADRES pudo verificarse que la señora Ortiz no era cotizante de seguridad social, por lo que no hay lugar a presumir que devengaba si quiera un salario mínimo.

Frente a la pretensión tercera: Me opongo rotundamente al reconocimiento de este perjuicio, dado que el mismo, desde las sentencias del 14 de septiembre de 2011, proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se estableció que el “Perjuicio Daño a la Salud” es procedente únicamente en favor de la víctima directa y en tratándose de lesiones, de acuerdo a la gravedad de la misma:

En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección

Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la sección tercera. La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada.

Así las cosas, no hay lugar a predicar la existencia del referido daño, como quiera que de acuerdo al informe final de la terapia física que realizó la señora Ortiz en el Centro Integral de Rehabilitación CIR S.A.S., esta concluyó dichas terapias y se retiró del servicio en buenas condiciones, no se observa en el expediente prueba alguna que de cuenta de alguna dificultad en la marcha o cualquier otra consecuencia que pudiera presentar la señor Ortiz con ocasión de su diagnóstico *“fractura de rótula”*, en este sentido es improcedente el reconocimiento del perjuicio aquí perseguido. Aunado a lo anterior, me opongo a su reconocimiento como quiera que la cuantificación que de este perjuicio se hace desconoce los parámetros establecidos por el órgano de cierre, en tanto no se acredita la gravedad de los presuntos daños.

Frente a la pretensión cuarta: Me opongo al reconocimiento de los valores aquí pedidos, como quiera que no existió acción u omisión de las entidades demandadas, en especial del Instituto Nacional de Vías -INVIAS- y del Departamento del Valle del Cauca, por el cual estuvieran llamados a responder por los perjuicios alegados, en tanto no es cierto que la señora Ortiz perdiera el control de su vehículo por la presencia de huecos en la vía, pues del material probatorio obrante en el expediente no se observan huecos y contrario a ello, se puede concluir que la causa del accidente se debió de manera exclusiva a la falta de cuidado y a la desatención de las normas de tránsito en las que incurrió la señora Ortiz, mientras conducía su vehículo por un tramo de vía que se encuentra reservado para el estacionamiento transitorio y de emergencia de los vehículos.

Frente a la pretensión quinta: Me opongo al reconocimiento de este perjuicio, en atención a la indebida valoración que realiza la parte demandante de este daño. El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre esta tipología de perjuicio inmaterial autónomo, en los siguientes términos:

“... un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud”

En tal sentido, se trataría de dos pretensiones bajo el mismo criterio, sin que como se dijo en el pronunciamiento anterior, haya lugar a su reconocimiento en tanto no se acredita la afectación de la demandante ni la alteración grave en las condiciones de existencia, por lo que su reconocimiento resulta improcedente.

Frente a la pretensión sexta: Me opongo a la prosperidad de esta pretensión en la medida que no existe responsabilidad alguna del Instituto Nacional de Vías -INVIAS- ni del Departamento del Valle del Cauca. Así las cosas, es improcedente lo perseguido al no contar con evidencia suficiente que permita una eventual condena adversa a los intereses de esta pasiva.

Frente a la pretensión séptima: Me opongo a su prosperidad de esta pretensión debido a la nula vocación de éxito de este medio de control. Por el contrario, solicito se condene en costas y agencias en derecho a la parte activa.

Frente a la pretensión octava: Me opongo a la prosperidad de esta pretensión en la medida que no existe responsabilidad alguna del Instituto Nacional de Vías -INVIAS- ni del Departamento del Valle del Cauca. Así las cosas, es improcedente lo perseguido al no contar con evidencia suficiente que permita una eventual condena adversa a los intereses de esta pasiva.

III. Excepciones de mérito frente a la demanda

A. Inexistencia de falla en el servicio y nexo de causalidad entre la conducta del Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, del Departamento del Valle del Cauca y el daño reclamado.

Es necesario indicar que conforme a las circunstancias en que se presentaron los hechos y las pruebas aportadas al proceso, no se evidencia nexo causal entre las lesiones de la señora Ortiz y el actuar del Instituto Nacional de Vías -INVIAS- ni del Departamento del Valle del Cauca, de tal suerte que no está probada su responsabilidad. Lo anterior, como quiera que el hecho generador se enmarca por el hecho exclusiva de la víctima, como más adelante pasará a explicarse. En tal sentido, al no desplegarse una conducta que sea imputable a las entidades demandadas, se carece de un requisito de la esencial para el resarcimiento de daños por parte de un sujeto.

Al interponer la acción de reparación directa frente al Estado, nace para la parte activa la obligación de demostrar el nexo de causalidad, de conformidad a lo establecido en el artículo 167 del C.G.P. Se precisa recordar que el nexo de causalidad se ha definido como la determinación de que una conducta antijurídica es la causa adecuada de un daño. Así lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado:

(...)

*El nexo causal es la determinación de que un hecho es la causa de un daño. En esa medida, en aras de establecer la existencia del nexo causal es necesario **determinar si la conducta imputada a la Administración fue la causa eficiente y determinante del daño que dicen haber sufrido quienes deciden acudir ante el juez con miras a que les sean restablecidos los derechos conculcados.*** (Énfasis añadido).

En este sentido, debe indicarse que la falla en el servicio corresponde al demandante amén de probar el daño antijurídico ocasionado, demostrar la relación de causalidad entre éste y la conducta dañosa imputada, debiendo ser la segunda su causa adecuada. Es decir, le corresponde a la parte demandante acreditar el nexo causal. Sobre el particular, ha indicado el Honorable Consejo de Estado:

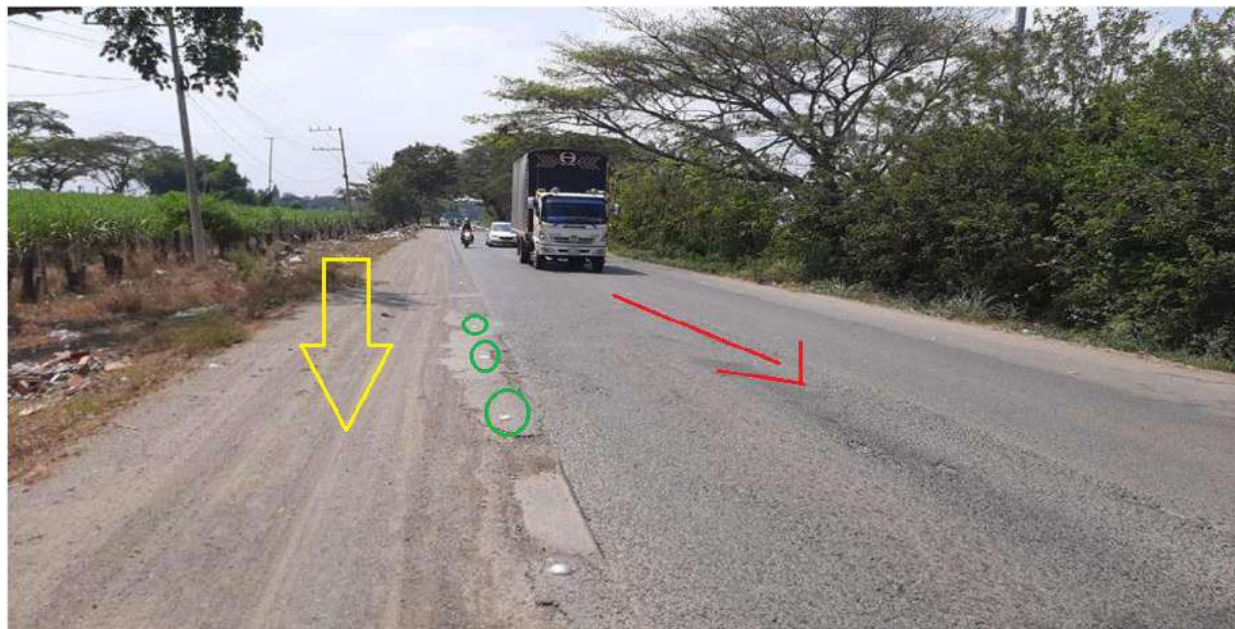
(...)

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que en todos los casos, se debe acreditar la relación de causalidad entre la actuación de la entidad demandada y el daño antijurídico por el que se reclama indemnización de perjuicios, sin que sea suficiente para ello con probar la sola relación o contacto que hubo entre aquella y el paciente, ya que la responsabilidad sólo surge en la medida en que se acredite que una actuación u omisión de la Administración,

fue la causa eficiente del hecho dañoso; y como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, el nexo causal no se presume, debe aparecer debidamente probado. (Énfasis añadido)

Así las cosas, de conformidad con el precedente jurisprudencial citado y las consideraciones expuestas sobre los demás elementos de la responsabilidad que se endilga, es dable concluir que al tener por inexistente una conducta antijurídica imputable a las demandadas, resulta inverosímil pretender establecer un nexo de causalidad entre lo actuado por estas y el daño alegado. De dicha manera, se puede afirmar que la actuación imprudente de la propia víctima fue decisiva y determinante para librar de la obligación de responder a la pasiva de esta litis. Es evidente que no se ha demostrado que la causa del accidente obedeciera a la presencia de huecos en la vía, en primer lugar, por cuanto la clasificación de dicha hipótesis por parte del agente de tránsito, de acuerdo a lo señalado en el Capítulo V de la Resolución 11268 de 2012, por medio del cual se adopta el nuevo formato de Informe Policial de Accidente de Tránsito (IPAT) y su manual de diligenciamiento, en todo caso, **no implica responsabilidad para los conductores**. En consecuencia, a pesar de la descripción contenido en las observaciones del IPAT, esta no puede tomarse como prueba suficiente para imputar al INVIAS ni al Departamento del Valle del Cauca, la ocurrencia del accidente de tránsito, en tanto tal hipótesis contiene solo una posibilidad, completamente susceptible de ser controvertida.

En segundo lugar y al margen de la eficacia probatoria de las fotografías que se aportan, es posible evidenciar que i) en la vía no se observan huecos que pudieran ocasionar la caída de la señora Ortiz. Contrario a ello se observa una vía en buenas condiciones, ii) puede observarse que la señora Ortiz conducía su vehículo por el tramo de vía denominado “berma” y que en ningún caso tiene como destinación el tránsito permanente de vehículos, en tanto dicho espacio tiene como propósito **el tránsito peatonal y de semovientes, el estacionamiento ocasional de vehículos y el tránsito de vehículos de emergencia**, en este sentido, es posible concluir que la señora Ortiz desatendió una norma de tránsito, aunado a la falta de atención en la conducción de su vehículo, como quiera que en la berma se encontraban dispuestos estoperoles con los que pudo colisionar la demandante y perder el control de su vehículo, pero que eran perfectamente visibles en atención a la hora del accidente y a las condiciones climáticas que se encontraban dentro de los parámetros de normalidad:



Al margen de la ineficacia probatoria de esta fotografía por no contar con huella de autoría, ni estar fechada, de la misma se observan diferentes circunstancias que permiten concluir la ausencia de falla en el servicio que por este medio pretende el demandante y que desvirtúan todas las afirmaciones que este realiza:

1. Señalado en color rojo es posible observar la vía **destina para la circulación permanente de los vehículos**, en buenas condiciones de uso y mantenimiento, sin la presencia de huecos que puedan derivar en el volcamiento del vehículo o causa de accidente.
2. Señalado en color amarillo se hace referencia a la berma por el que circulaba la señora Ortiz, pese a que dicha porción de la vía se encuentra destinado para el tránsito de peatones y semovientes, estacionamiento ocasional de vehículos y tránsito de vehículos de emergencia, conforme a lo señalado en el artículo 02 del código nacional de tránsito. No obstante, en dicho tramo tampoco se observan huecos que pudiera ocasionar el accidente de la demandante.
3. En color verde se encuentran señalados los estoperoles ubicados sobre la berma y que delimitan la separación entre la vía y la precitada berma y que sirve como reductor de velocidad, elementos con significación normativa viales que también fueron desatendidos por la señora Ortiz

Por lo anterior es posible indicar que no existió una falla en el servicio, en tanto la vía se encontraba en buenas condiciones de conservación y mantenimiento, sin la presencia de huecos en las mismas y señalizada respecto a la berma para la reducción de velocidad de quien pretenda estacionarse en dicho tramo de vía. En consecuencia, no le asiste razón a la parte demandante al indicar que la causa del accidente se debió al choque de la señora Ortiz con un hueco, por cuanto no existe dicha irregularidad en la vía, de tal suerte que no hay lugar a imputar responsabilidad alguna a las entidades demandadas, en tanto la falla alegada es inexistente.

En consideración a todo lo expuesto, es posible concluir que no existió una conducta por acción u omisión del Instituto Nacional de Vías -INVIAS- ni del Departamento del Valle del Cauca, que sea la causa adecuada de las lesiones de la señora Ortiz y en ese sentido, dichas lesiones no se

produjeron por la negligencia o falla de las entidades demandadas, lo que deslegitima cualquier responsabilidad en cabeza de la parte pasiva, en tanto el nexo de responsabilidad se rompe ante la culpa exclusiva de la víctima. En consecuencia, solicito se declare probada esta excepción.

B. Configuración del eximente de responsabilidad - culpa exclusiva de la víctima.

Sin perjuicio de los argumentos antes expuestos, debe indicarse que existen elementos de hecho que influyeron en el resultado y que fueron consecuencia del actuar imprudente de la señora Ortiz. Es claro que la víctima desplegó una actividad peligrosa consistente en la conducción de un vehículo tipo motocicleta, lo que hace presumir su culpa en el accidente. Adicionalmente, se observa de las pruebas aportadas al proceso que desatendió el deber de cuidado, pues de manera imprudente salió de su calzada e invadió un tramo de vía denominado berma, destinado para tránsito de peatones, semovientes y el estacionamiento transitorio u ocasional de los vehículos y no para su circulación continua:

ARTÍCULO 2. DEFINICIONES. *Para la aplicación e interpretación de este código, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

(...)

Berma: Parte de la estructura de la vía, destinada al soporte lateral de la calzada para el tránsito de peatones, semovientes y ocasionalmente al estacionamiento de vehículos y tránsito de vehículos de emergencia.

En este sentido y de acuerdo a las fotografías obrantes en el expediente, es la señora Ortiz quien una conducta imprudente invade dicha estructura y se expone a la creación de su propio riesgo, en primer lugar, al conducir su vehículo por un tramo de la vía que no se encuentra permitido y, en segundo lugar, por no estar atenta a la vía, pese a que tenía perfectas condiciones de visibilidad en atención a la hora en que ocurrió el accidente (13:20)

Frente al hecho exclusivo de la víctima, el Consejo de Estado ha manifestado:

(...)

en materia Contencioso Administrativa, para la determinación de la responsabilidad de la parte demandada, reviste especial importancia el análisis de facto y jurídico del comportamiento de la víctima en la producción de los hechos, con miras a establecer -de conformidad con el grado, importancia, eficacia, previsibilidad, irresistibilidad, entre otros aspectos de esa conducta - si hay lugar a la exoneración del ente acusado –hecho exclusivo de la víctima - o a la disminución del quantum de la indemnización en el evento en que se presente la concurrencia de culpas.¹

De este modo, el comportamiento de hecho y de derecho de la víctima es determinante y autónomo en la producción de los hechos demandados. Esto, porque como lo hemos mencionado, la señora Ortiz desatendió sus deberes como conductora al maniobrar de manera prohibida, desconociendo las condiciones de la vía, saliendo de su calzada y conduciendo su vehículo por la berma. También realizó la conducción de su vehículo sin encontrarse atenta al camino, en tanto no redujo la

¹ C. E. Sec. Tercera, Sent. Exp. 23.710, may. 14/2012, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

velocidad ante la presencia de los estoperoles dispuestos en la berma, entendiendo que había perfectas condiciones de visibilidad.



Al margen de la eficacia probatoria de esta fotografía, en ella puede observarse i) que la señora Ortiz conducía por la berma, circunstancia que como ya dijo, implica una desatención a las normas de tránsito, en tanto dicho tramo o parte de la vía esta reservado para el tránsito de peatones, semovientes y de forma transitoria para el estacionamiento de vehículos ii) tal como se observa del recuadro amarillo, se encuentran en este espacio de vía estacionados dos vehículos, circunstancia que una vez más da cuenta de la transitoriedad con que allí se pueden detener los vehículos, ante una emergencia, iii) señalado en el cuadrado azul, es claro que los demás vehículos transitan de forma adecuada por la vía y no por la berma, respetando las normas de tránsito dispuesta en tal sentido y finalmente iv) puede observarse el buen estado de la vía, sin la existencia de huecos, en ese sentido, son improcedentes las peticiones de la demandante, en tanto fue esta quien se expuso a la creación de su propio riesgo.

Por lo expuesto, resulta notorio que la señora Ortiz se encontraba desplegando una actividad peligrosa que reviste sobre ella misma una responsabilidad. Por tanto, se destaca que este conducía un vehículo que como se sabe, hace presumir la culpa del accidente sobre él. Así las cosas, el demandante deberá demostrar una causa extraña para lograr la condena de la entidad demandada, sin embargo, como la parte activa no aportó prueba que desvirtúe la culpa que se presume sobre la señora Ortiz, al estar incurso en una actividad peligrosa, deberán negarse las pretensiones de la demanda ii) fue la señora Ortiz quien se expuso a su propio daño en tanto no respetó las normas de tránsito al conducir su vehículo por un tramo de vía que no está permitido, sin realizar una reducción de velocidad pese a los estoperoles allí dispuestos, circunstancia que la llevó al volcamiento de su vehículo.

Conforme a tales circunstancias, resulta evidente que no existe responsabilidad en cabeza de las entidades demandadas, en tanto la víctima se expuso a la ocurrencia de su propio daño, sin que pueda pretender la indemnización a cargo de un tercero que no tuvo participación alguna en el resultado fatal. En ese contexto, solicito respetuosamente al despacho se sirva declarar probada esta excepción.

C. Subsidiaria - Reducción de la eventual indemnización como consecuencia de la incidencia de la conducta del señor Jorge Armando Iguá en la producción del daño.

En gracia de discusión y de manera subsidiaria, debe tenerse en cuenta que en el evento en que se reconocieran una o algunas de las pretensiones esgrimidas por los demandantes, debe aplicarse la respectiva reducción de la indemnización. Lo anterior, en proporción a la contribución que tuvo el la señora Ortiz en la ocurrencia del hecho. La conducta de la víctima fue determinante en la producción del evento materia de esta controversia pues se expuso a su acaecimiento.

Las pruebas aportadas al expediente, en especial la conducción de la víctima desatendiendo las normas de tránsito, demuestran que la señora Ortiz obro desconociendo el deber de cuidado provocando su propio daño. En ese sentido, sin perjuicio de lo indicado anteriormente, es decir, que no hay prueba del nexo de causalidad entre el actuar de la parte demandada y el daño acaecido por la señora Ortiz, debe el despacho establecer un análisis causal de las conductas implicadas en el evento dañoso, a fin de determinar la incidencia de la víctima, en la ocurrencia del daño. Lo anterior, a efectos de disminuir la indemnización si es que a ella hubiere lugar, en proporción a su contribución al supuesto daño que sufrieron los aquí demandantes. Así es como lo ha indicado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones:

*“De ahí que, la autoridad judicial demandada se encontraba habilitada para estudiar si se configuraba alguno de los eximentes de responsabilidad, entre los que se encuentra, el hecho de la víctima, como efectivamente lo hizo. **Por ello, al encontrar que la actuación de la víctima directa concurrió en la producción del daño, decidió reducir el valor de la indemnización.** De modo que, contrario a lo alegado por el actor, el juez de segunda instancia no desbordó el marco de su competencia y tampoco incurrió en el defecto sustantivo alegado.”² (Énfasis añadido)*

En distinto pronunciamiento, la misma Corporación manifestó que en el caso en que la negligencia de la víctima incida para que se exponga imprudentemente al daño, deberá necesariamente realizarse una reducción de la indemnización. Lo anterior fue manifestado en un caso en el que se evidenció la culpa de la víctima en la ocurrencia del daño, estimada en una proporción del 50% de los perjuicios:

*“Todo ello, en pos de la responsabilidad que por el riesgo creado debe afrontar la entidad demandada —Fiscalía General de la Nación— **implica que, en merecimiento de la culpa evidenciada de la víctima, se debe efectuar una reducción en la condena, la cual se estima, por el nivel de incidencia de la negligencia de los demandantes —propietarios de edificio donde funcionaba el centro comercial—, equivalente al 50% de los perjuicios que lleguen a probarse y concederse en favor de estas personas, ya que del mismo tenor del riesgo que reclaman, fue la imprudencia de los demandantes en la no evitación del daño.**”³ (Énfasis añadido)*

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. C.P. Milton Chaves García. Radicación 2018-03357

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 24 de enero de 2019. Radicación No. 43112.

Como se lee, el fallador encontró probada la incidencia de la víctima en la causa generadora del daño en proporción a un 50% y en ese sentido redujo los perjuicios que se probaron en el proceso en el mismo porcentaje. Como quiera que la responsabilidad del demandado resultó menguada por la participación determinante de la víctima en la ocurrencia del suceso. De tal suerte que queda completamente claro que el fallador debe considerar el marco de circunstancia en que se produce el daño, así como sus condiciones de modo, tiempo y lugar, a fin de determinar la incidencia causal de la conducta de la víctima que conducía la motocicleta, en la ocurrencia del daño por el cual solicita indemnización.

En ese orden de ideas, tal como lo ha determinado la jurisprudencia, al encontrarse acreditado por medio de las pruebas que obran en el expediente que la conducta de la señora Ortiz fue determinante en la producción del evento materia de esta controversia pues se expuso de manera irresponsable a su acaecimiento, deberá declararse que el porcentaje de la causación del daño a lo sumo es del 50%, toda vez que, condujo el vehículo sin licencia de conducción, de tal suerte que se presume su falta de idoneidad para ello y bajo el efecto de sustancias psicoactivas que afectaron su capacidad de reacción y decisión. Por las razones expuestas, solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

D. Excepciones planteadas por quien formuló el llamamiento en garantía a mi representada.

Coadyuvo las excepciones propuestas por el Municipio De Santiago De Cali, sólo en cuanto las mismas no perjudiquen los intereses de mi representada.

E. Improcedente reconocimiento de perjuicios morales.

Sobre este perjuicio es pertinente aclarar que lejos de la mera cuantificación, la imposibilidad de su reconocimiento se decanta en la carencia de prueba de la responsabilidad administrativa, patrimonial y extracontractual de las hoy demandadas frente a los hechos que derivaron las lesiones de la señora Ortiz en el citado accidente del 15 de febrero de 2020. Lo mencionado, pues al aparecer configuradas causales de exoneración de responsabilidad que rompen el nexo causal, resulta improcedente la declaración y reconocimiento del aludido perjuicio cuando no hay un daño antijurídico. Seguidamente, este perjuicio se ha definido de forma reiterada por la jurisprudencia como “el dolor, la aflicción” y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo. Esta afectación, conocida también como duelo, se ha calificado científicamente por la doctrina médica de la siguiente manera:

(...)

afecta prácticamente todos los aspectos de la vida de un sobreviviente. A menudo, el duelo acarrea un cambio de estatus y de papel (por ejemplo, de esposa a viuda o de hijo o hija a huérfano). También tiene consecuencias económicas y sociales (la pérdida de amigos y en ocasiones de ingreso). En primer lugar, se presenta la aflicción, que es la respuesta emocional experimentada en las primeras fases del duelo (...) la aflicción, al igual que la muerte es una experiencia personal. La investigación actual ha cuestionado las nociones previas de un solo patrón “normal” de aflicción y un programa “normal” de recuperación. El hecho de que una

viuda hablara con su difunto marido era considerado como una señal de perturbación emocional, que ahora se reconoce como una conducta común y útil⁴

En el presente asunto, los accionantes pretenden el reconocimiento de este perjuicio únicamente valiéndose de los enunciados sentimientos y lasos de consanguinidad, sin embargo, esto no es suficiente, pues resulta ser requisito sine qua non la demostración de responsabilidad de la pasiva. Esto, en aras de que la indemnización no se constituya en una fuente de enriquecimiento injustificado para las presuntas víctimas, responsabilidad que aquí no se ha acreditado. Igualmente, debe resaltarse que NO OBRA en el plenario prueba que acredite el supuesto daño inmaterial de ninguno de los demandantes, especialmente en lo que atañe con la solicitud de daño moral. En efecto, no se prueban los hechos que evidencian que las lesiones de la señora Ortiz han afectado en las esferas ocupacional, laboral, educativo, lúdico e incluso sexual de cada uno de los demandantes. A la postre, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en sentencia de 25 de mayo de 2010 indicó:

(...)

Al Juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinado a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocar.

En conclusión, al no encontrarse acreditada la afectación alegada, no hay lugar al reconocimiento de dichos perjuicios, pues ante la incertidumbre de su ocurrencia, no hay otro camino que declarar la prosperidad de esta excepción. Lo anterior, como quedó ampliamente demostrado en el pronunciamiento frente a los demás medios de exceptivos de la acción, argumentos a los que me remito y que solicito sean tenidos en cuenta como fundamento este caso, pues reconocer y ordenar en estas condiciones el perjuicio contraviene el principio indemnizatorio y por tanto se califica lo pretendido como arbitrario, lo que permite afirmar que no puede ser reconocido valor alguno por este concepto.

F. Improcedente reconocimiento de lucro cesante

Tal como se indicó anteriormente, la imposibilidad de su reconocimiento se decanta en la carencia de prueba de la responsabilidad administrativa, patrimonial y extracontractual de las hoy demandadas frente a los hechos que derivaron en las lesiones de la señora Ortiz. Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que los mencionados perjuicios carecen de una cuantificación soportada en pruebas, en tanto la parte activa no aporta prueba si quiera sumaria que de cuenta de la actividad que desarrollaba la señora Ortiz ni el monto de los ingresos percibidos. Contrario a ello se evidencia del del sistema de información ADRES que la señora Ortiz no era cotizante del sistema de seguridad social, pese a la obligatoriedad de ello para todos aquellos que devenguen un salario de manera

⁴ Papalia, Diane E. Wendkos Olds Rally y Duskin Feldman Ruth en “Desarrollo Humano”, Editorial Mc Graw Hill. Novena edición. México D.F. 2004. OP CIT, pág. 766 y s.s.

independiente, de tal suerte que no hay lugar a presumir que la señora María Mileydi tenía ingresos por el salario mínimo.

El Consejo de Estado ha manifestado en cuanto a este tipo de perjuicios, la exigencia de allegar pruebas al proceso para determinar su procedencia:

(...)

El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso”.⁵

(...)

De conformidad con la jurisprudencia reiterada y unificada de esta Sección, el perjuicio material a indemnizar, en la modalidad de lucro cesante, debe ser cierto y, por ende, edificarse en situaciones reales, existentes al momento de ocurrencia del evento dañino, toda vez que el perjuicio eventual o hipotético, por no corresponder a la prolongación real y directa del estado de cosas producido por el daño, no es susceptible de reparación.⁶

Así las cosas, el lucro cesante debe ser probado debidamente en el proceso, no puede ser objeto de suposiciones y por lo tanto al no existir prueba alguna en el proceso encaminada a demostrar la actividad económica de la víctima ni el monto de los ingresos mensuales percibidos, no es posible objetivamente determinar dichos perjuicios y por lo tanto deben ser negados en tanto no acredita la parte demandante la frustración económica, desconociendo los parámetros del Consejo de Estado y el principio indemnizatorio, demostrando un afán de lucro de la demandante.

G. Improcedente reconocimiento del daño a la salud

En los casos de reparación del daño a la salud, la indemnización, en los en los términos del fallo deberá estar sujeta a lo probado en el proceso. El juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para llevar a cabo lo anterior, el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. En el caso en concreto, es claro que la En el caso en concreto, es claro que la señora María Mileydi Ortiz no acreditó si quiera una afectación corporal o psicofísica, por lo que no habrá lugar al reconocimiento de este perjuicio, además, la tasación que la parte demandante realiza por este concepto desconoce los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado:

En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 2009-00133-01(44572). 18 de julio de 2019.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, M.P. Hernán Andrade Rincón (E), radicación: 36.149.

*acuerdo con la evolución jurisprudencial de la sección tercera. La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso única y exclusivamente para la víctima directa, en **cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada.***

La parte demandante no acreditó la persistencia en el tiempo del daño que aquí se alega, ni la afectación que este represento en el desarrollo de su vida laboral, familiar y social, en sentido contrario, se observa del material probatorio aportado por la parte demandante, el informe final expedido por el Centro Integral de Rehabilitación CIR S.A.S., que la señora Ortiz concluyo dichas terapias y se retiró del servicio en **buenas condiciones:**



EVALUACION FINAL TERAPIA FÍSICA

Nombres y apellidos: MARIA MILEIDY ORTIZ

CC: 66967109

EDAD: 40 AÑOS

Entidad: SOAT

No. sesiones: 20

Diagnóstico: FRACTURA ROTULA

Fecha: 06/07/2020

INFORME:

Paciente quien es remitida por médico especialista por presentar accidente de tránsito el día 15/02/2020, finaliza sesiones programadas de terapia física, presentando evolución hacia la mejoría sin dolor, rangos de movilidad articular rodilla 120°, fuerza muscular 4/5. Se trabajó fortalecimiento muscular mediante isotónico, activo resistido, propiocepción, reeducación de marcha, equilibrio, coordinación, bicicleta estática y estiramiento muscular. Se retira del servicio en **buenas condiciones generales.**

Por lo anterior, resulta improcedente el reconocimiento por este perjuicio, como quiera que la recuperación de la señora Ortiz respecto al diagnóstico producto del accidente, esto es, fractura de rótula, tuvo una recuperación positiva en tanto no se acredita una circunstancia diferente, no se aporta prueba de la pérdida de la capacidad laboral, ni afectaciones que perduraran en el tiempo producto del accidente.

Es importante mencionar, tal como se indicó en la contestación a lo hechos, que cualquier perturbación en el tiempo que provenga del lumbago que la señor Ortiz padece o de la cirugía bariátrica que se encuentra pendiente por realizar, no tienen relación alguna con las lesiones sufridas en el accidente del 15 de febrero de 2020, como quiera que la señora Mileydi Ortiz presentaba dicho antecedente médico, de conformidad a lo indicado por ella misma y que fue

consignado en el historia clínica el mismo día que fue atendida por el accidente. En consecuencia, no hay lugar a la prosperidad de lo pedido por dicho concepto.

H. Improcedente reconocimiento del daño a la vida en relación

En el escrito de la demanda se solicita el reconocimiento por “daño a la vida de relación y daño estético”, sin embargo, el mismo resulta antitécnico e improcedente, toda vez que actualmente en la jurisdicción contenciosa administrativa no se encuentra reconocido como una tipología independiente de perjuicio inmaterial. Por esta sencilla razón, no se puede reconocer valor alguno.

Ahora bien, con el fin de explicar la tesis anteriormente señala, es importante iniciar señalando que la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷ solo reconoce tres (3) tipos de perjuicios inmateriales, los cuales son:

(...)

1. TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO INMATERIAL

De conformidad con la evolución de la jurisprudencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoce tres tipos de perjuicios inmateriales:

i) Perjuicio moral;

ii) Daños a bienes constitucionales y convencionales.

iii) Daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.

(...) (subrayado y en negrilla fuera del texto original)

Por lo anterior, es claro que el perjuicio denominado “daño a la vida en relación y daño estético” no es una tipología de perjuicio reconocida por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo tanto, no hay lugar a reconocer a la demandante ningún tipo de indemnización por esta mal llamada tipología de perjuicios.

No obstante, en el evento en que el despacho decidiera adecuar la pretensión, al daño a la salud, a lo cual se reitera que el mismo tampoco es procedente máxime cuando no se allegaron pruebas para su determinación, además, la cuantificación que de este perjuicio se hace desconoce los parámetros establecidos por el órgano de cierre, en tanto no se acredita la gravedad de los presuntos daños, ni la perturbación en el tiempo con ocasión de las lesiones sufridas.

I. Genérica o innominada

Solicito al señor Juez decretar cualquier otra excepción de fondo que resulte probada en el curso del proceso y que pueda corroborar que no existe obligación alguna a cargo del Distrito Especial de Santiago De Cali, y por deducción jurídica de mí prohijada, que pueda configurar otra causal que las exima de toda obligación indemnizatoria.

Lo anterior, en concordancia de lo señalado en el artículo 282 del Código general del Proceso:

⁷ Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto del 2014. rad. no. 66001-23-31-000-2001-00731-01 /26251.

“ARTÍCULO 282. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.”

En ese sentido, cualquier hecho que dentro del proceso constituya una excepción se Debra de manera oficiosa reconocerla en sentencia. Por todo lo anterior solicito respetuosamente declarar probada esta excepción.

CAPÍTULO IV.

CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR EL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS -INVIAS- A MAPFRE SEGUROS S.A.

Siguiendo el orden propuesto, en este acápite se desarrollará lo concerniente al llamamiento en garantía formulado por el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, a la sociedad que represento. Así pues, se procederá:

I. Frente a los hechos del llamamiento en garantía

Frente al hecho primero: Es cierto que actualmente cursa proceso de reparación directa en contra del Instituto Nacional de Vías -INVIAS- bajo radicado No. 76001-3333-014-2022-00041-00 propuesto por la señora María Mileydi Ortiz y otros. En todo caso, es preciso advertir que lo aquí manifestado no corresponde a un hecho del llamamiento en garantía pues no da cuenta de la existencia de una relación sustancial entre el ente y mi representada.

Frente al hecho segundo: Es cierto que conforme a lo que se observa en el expediente, sin embargo, las excepciones allí propuestas no corresponden a un hecho del llamamiento en garantía pues no da cuenta de la existencia de una relación sustancial entre el ente y mi representada.

II. Frente a la pretensión del llamamiento en garantía.

Manifiesto que me opongo a la prosperidad del llamamiento en garantía efectuado por el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- a mi representada Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., teniendo en cuenta que el hecho de concertar un contrato de seguro no quiere decir que opere automáticamente alguna cobertura, por cuanto el mismo se rige esencialmente por las cláusulas particulares y generales pactadas entre las partes y por supuesto por el Código de Comercio Colombiano.

Así mismo, respetuosamente solicito al despacho que en el improbable evento que se profiera fallo en contra del asegurado, Instituto Nacional de Vías, se apliquen las condiciones particulares pactadas entre las partes.

Señores:

JUZGADO 011 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI

E. S. D.

Radicación:	760013333014202200276
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	VICTOR HUGO MIRANDA PEREZ
Demandados:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, SECRETARIA DE EDUCACIÓN.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

MARIA EUGENIA SALAZAR PUENTES, mayor de edad, identificada con cedula de ciudadanía No.52.959.137 de Bogotá, titular de la tarjeta profesional No. 256.081 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada sustituta de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, de conformidad con la sustitución otorgada por la **Dra. MILENA LYLYAN RODRIGUEZ CHARRIS**, abogada titulada, mayor de edad, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 32.859.423 de Malambo (Atlántico) y portadora de la Tarjeta Profesional No. 103.577 del CSJ., en su la calidad de **APODERADA GENERAL** de la mencionada entidad, en los términos señalados por la Escritura Publica No. 1796 de 13 de septiembre de 2023, otorgada por la Notaría (10a) del círculo de Bogotá del Círculo de Bogotá D.C , por medio del documento me permito presentar contestación de demanda dentro del presente asunto, conforme a las siguientes consideraciones:

1. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones por cuanto tanto las declarativas como las de restablecimiento del derecho no están llamadas a prosperar en contra de mi representada, por las razones que se expondrán a lo largo del escrito de contestación, a saber:

DECLARATIVAS:

PRIMERA: ME OPONGO DECLARE la nulidad del acto administrativo, porque fáctica y jurídicamente **es imposible que se configure la sanción moratoria establecida en la LEY 50 DEL 1990**, puesto que los docentes Afiliados al FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial

de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de qué trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, razón suficiente para no abrir paso a la pretensión, porque fáctica y jurídicamente es imposible que se configure la indemnización por consignación extemporánea de la prestación docente, dado que con corte al 15 de febrero de la anualidad siguiente a la causación de la prestación, estas ya se hallan pre-consignadas en el Fondo Común del FOMAG, derivado del descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la Nación a las Entidades Territoriales. Así mismo, por el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada Entidad territorial, al FOMAG.

Adicionalmente, porque el FOMAG es un Patrimonio Autónomo destinado al pago de las prestaciones sociales docentes, motivo lógico por el cual no ostenta, ni le es equiparable la calidad de "Empleador" de que trata el Art. 99 Núm. 3º de la Ley 50 de 1990, respecto del Ente Territorial o Nominador.

El Consejo de Estado en **Sentencia de unificación Jurisprudencial - SUJ-032-CE-S2-2023** de fecha (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023) – fijó **regla de unificación jurisprudencial** en los siguientes términos:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

Para el presente proceso se encuentra probado que el demandante es docente afiliado al Fomag, y por lo tanto el régimen de cesantías aplicable es el previsto en la Ley 91 de 1989, el cual es un régimen especial y NO la Ley 50 de 1990.

Por lo anterior se solicita de manera respetuosa **la aplicación de la regla jurisprudencial fijada por nuestro órgano de cierre** el cual se debe aplicar a todos los casos **pendientes de solución tanto** en vía administrativa como judicial, en los términos del artículo 102 del CPACA.

SEGUNDA: Me opongo a que se **DECLARE** que el accionante tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**, le reconozca y pague la **INDEMNIZACIÓN POR MORA** por concepto de no pago a tiempo de intereses sobre cesantías a corte del 31 de cada anualidad **DE MANERA SOLIDARIA**,

equivalente al doble de intereses, conforme a la ley 52 de 1975 y Decreto 116 de 1976, por cuanto los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de qué trata la Ley 50 de 1990. Aunado a lo anterior, los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimidad por pasiva.

Ahora bien, en materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a FOMAG son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera. De tal suerte que lo pretendido por extremo actor es la trasgresión del “principio de inescindibilidad o conglobamento”, es decir, pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia.

DE LAS CONDENAS

PRIMERA: ME OPONGO A QUE SE CONDENE a la - **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG** a que se le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, puesto que la realidad fáctica exteriorizada en los medios probatorios, conllevan a la certera convicción que, la actividad operativa de: “consignar las cesantías de la anualidad inmediatamente anterior, antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija”, NO es una acción que realiza **FIDUPREVISORA S.A** como Administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO – FOMAG**, así como tampoco es realizada por el **ENTE TERRITORIAL** Empleador o Nominador del Docente.

La no realización del mentado acto, por parte de las Entidades mencionadas, tiene una razón de ser, y es que, además de ser un régimen especial amparado en la Ley 91 de 1989, los recursos para su financiación, y, concretamente los destinados a las cesantías e interés sobre cesantías del cuerpo docentes, son descontados en forma mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la Nación, a los Ente Territoriales; e igualmente, se garantizan con el giro anual que efectúa el Ministerio de hacienda y Crédito Público están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada Entidad Territorial, al FOMAG. Todo ello al amparo del artículo 8 de la citada ley 91 de 1989, los artículo 12 y 13 del Decreto 196 de 1995, el artículo 18 de

la Ley 715 de 2011, el artículo 5 del Decreto 3752 de 2002, y el Acuerdo N° 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.

La actividad de consignación de las cesantías antes del 15 de febrero, menos aún, por el Empleador del docente, y aún menos en una cuenta al individual del docente. Tal como se ampliará en las excepciones que opondré, antes del 01 febrero de la anualidad siguientes a la causación de las cesantías docentes, los montos destinados a cubrir esta prestación ya se hallan consignados en el FOMAG, es decir, **se hallan pre-pagados**, pero en un fondo común, porque no existe cuanta individual de cada docente; actividad llevada a cabo por **LA NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**. Facticiamente, es IMPOSIBLE que con corte al 15 febrero no se hallen consignadas las cesantías en el Fondo.

Onus probando, incumbit actori. Al demandante le asiste la obligación procesal de probar que, con corte al 15 de febrero que menciona, sus cesantías no se hallan consignadas a su nombre en el Fondo respectivo. **No lo ha probado, y simplemente, es imposible de probar, porque con corte al 15 de febrero de cada anualidad, el fondo común todos los recursos pertenecientes a las cesantías del cuerpo docente ya se encuentran girados al FOMAG.**

La pretensión claudica por sí misma, por incoherencia fáctico-normativa.

SEGUNDA:ME OPONGO - A la accionante no le asiste el derecho reclamado, puesto que, al no abrirse paso la pretensión anterior, esta, al ser consecuencia directa de la primera, sucumbe per sé, amparo en el principio general: “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”. Es manifiesta, trascendente, y salta de bulto la vista la incompatibilidad entre la exigencia normativa, y la situación fáctica acreditada por la accionante. Aunado a lo anterior, en materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a FOMAG son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

TERCERA: Me opongo a que se **CONDENE** a **la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que se le

¹ 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.

² Por el cual se reglamentan los artículos [81](#) parcial de la Ley 812 de 2003, [18](#) parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley [91](#) de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y se dictan otras disposiciones.

reconozca y pague la **SANCION O INDEMNIZACION MORATORIA** a la parte actora por el no pago de cesantías e intereses sobre cesantías, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, toda vez que Los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

CUARTA: ME OPONGO debido a que la misma corresponde a una consecuencia derivada de la prosperidad de las pretensiones declarativas, de tal suerte que, al desecharse por improcedentes, las pretensiones condenatorias deberán correr la misma suerte.

QUINTA: ME OPONGO, por cuanto al demandante no le asiste derecho a lo pretendido y en cualquier caso según lo dispuesto en la en el artículo 192 de la ley 1437 de 2011, en caso de proferirse sentencia en contra, la entidad pública cuenta con 10 meses para dar cumplimiento al fallo.

OCTAVO: ME OPONGO debido a que NO existe fundamento fáctico ni jurídico alguno que habilite al Despacho a emitir condena en costas en contra de mi representada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 de Código General del Proceso ni el criterio valorativo adoptado por el Consejo de Estado frente al particular.

2. EN CUANTO A LOS HECHOS

PRIMERO: Me atengo a lo probado y resuelto dentro del curso del proceso, por tal motivo solicito se aplique lo establecido en el artículo 167 de C.G.P.

SEGUNDO: NO ES CIERTO, ya que lo referido por el accionante es la trasgresión del “principio de inescindibilidad de la ley”, es decir, pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia.

TERCERO: La referencia **NO ES UN HECHO EN SÍ MISMO**, sino que constituye una apreciación personal del apoderado judicial de la parte demandante, con respecto a la norma en cita, que valga la pena advertir, carece de todo fundamento jurídico y/o jurisprudencial que soporte tal indicación, puesto que el acto administrativo se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre viciado de nulidad, máxime que ya existe **Sentencia de Unificación del Consejo de Estado** donde se establece que al sector docente oficial no les aplicable la Ley 50 de 1990.

CUARTO: Me atengo a lo probado y resuelto dentro del curso del proceso, por tal motivo solicito se aplique lo establecido en el artículo 167 de C.G.P.

QUINTO: Me atengo a lo probado y resuelto dentro del curso del proceso, por tal motivo solicito se aplique lo establecido en el artículo 167 de C.G.P.

SEXTO: Me atengo a lo probado y resuelto dentro del curso del proceso, por tal motivo solicito se aplique lo establecido en el artículo 167 de C.G.P.

3. CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES PRELIMINARES

Teniendo en cuenta los hechos planteados, podemos señalar que el problema jurídico se circunscribe en determinar si les asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 en su artículo 99, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas. Así las cosas, es menester memorar que de conformidad con el **artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 son destinatarios del régimen de liquidación y pago de las cesantías contemplado en la Ley 344 de 1996, los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías**, circunstancia que valga decir, **no es aplicable a los docentes vinculados al régimen especial docente como pasa a verse:**

El inciso tercero del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» en el inciso, reza:

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

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

Colofón de lo expuesto es claro que los docentes son considerados no solo por ministerio de la Ley sino por el **precedente jurisprudencial del Máximo Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo como empleados públicos del orden nacional**, razón por la que se desvirtúa la calidad de servidores públicos del orden territorial previsto en el Decreto 1582 de 1998 que reglamentó la Ley 344 de 1996.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que la norma bajo estudio implica que los destinatarios estén afiliados a fondos privados de cesantías, es menester memorar que el Legislador a través de la Ley 91 de 1989 creo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la finalidad de crear un patrimonio autónomo en aras de conciliar los intereses de los educadores definiendo las responsabilidades en materia prestacional y los mecanismos con los que se financiaran y administraran las mismas. En este sentido y en lo atinente a las cesantías el artículo 15, numeral 3, de la Ley 91 de 1989 fijó:

“3. Cesantías: Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En este orden de ideas y respecto a los recursos por los que se encuentra financiado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que valga decir provienen por disposición legal de la Nación, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, se estableció:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos: 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.

2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.

3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.

4 El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.

7. Los bonos pensionales, y 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto"

Por otra parte, la ley 50 de 1990 de la cual valga memorar son destinatarios los servidores públicos del orden territorial que se afilien al fondo privado de cesantías en su artículo 99 previó:

"«Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo." (Subrayas fuera de texto).

De lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones:

1. Los docentes son destinatarios del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 como empleados públicos del orden nacional.
2. Se encuentran afiliados de forma obligatoria al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no a una cuenta individual elegida por el docente.
3. Tanto la liquidación de las cesantías como el trámite de la consignación son distintos para uno y otro régimen, circunstancia que abre paso a la necesidad de verificar si es dable la aplicación del principio de favorabilidad como consecuencia de la inexistencia de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías en el régimen especial docente.

Principio de favorabilidad para el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al personal docente del sector oficial afiliado al FOMAG.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así:

"En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad."

La jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha entendido como:

"Este mandato constitucional establece una serie de derechos y garantías mínimas fundamentales en favor de los trabajadores, que no pueden ser desconocidos. Entre estos, se encuentra el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas jurídicas laborales o en la interpretación de éstas, lo cual supone que el funcionario público deberá optar por dar aplicación a la situación más favorable para el trabajador cuando exista un conflicto de normas jurídicas o dudas en la interpretación de una determinada norma jurídica."

Descendiendo al tema que nos ocupa es claro que la figura jurídica de la sanción moratoria encuentra dos fuentes normativas distintas (Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006), se origina en causas disímiles. En este sentido, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B" mediante sentencia radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01 de 24 de enero de 2019 con ponencia de la Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dejó las siguientes enseñanzas:

"Cabe anotar que la figura jurídica de la sanción moratoria, que se encuentra en dos fuentes normativas distintas (Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006), se origina en causas disímiles. Por ejemplo, una de ellas es que la sanción que contempla la Ley 50 de 1990 se origina ante la no consignación del empleador en los términos previstos por el Legislador, mientras que la sanción prevista en la Ley 244 de 1995 se da en razón a la solicitud del interesado y la consignación tardía luego de que se emite el respectivo acto administrativo que reconoce la liquidación del auxilio de cesantías, de forma parcial o total, a favor del trabajador. Además, la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, está sujeta al fenómeno de la prescripción."

Más adelante continúa diciendo:

"...Sobre el particular, es preciso que la Sala de decisión deje sentada su posición, para señalar que el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, ha sido definido por la doctrina como la «facultad que tiene el juez de trabajo para resolver

los casos de conflicto entre dos o más disposiciones legales o contractuales, mediante la aplicación de aquella que más favorezca y proteja el interés del trabajador, independientemente de su origen, naturaleza o rango jerárquico». Al respecto, esta Corporación, ha señalado que la potestad del juez para optar por la regla más favorable para resolver un caso, implica necesariamente la concurrencia de dos elementos: «(i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y (ii) la noción de interpretaciones concurrentes, pues además de generar duda, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas.»

48. Tal como se expuso en la sentencia revisada por la Corte Constitucional y que fuere dejada sin efectos, en el caso del demandante no se configuraba la conflictividad de disposiciones aplicables o una dualidad de interpretaciones de una misma disposición normativa, entre las cuales, el juez debía determinar el precepto que conllevara mayor favorabilidad al empleado.

49. Lo anterior, por cuanto la finalidad del legislador y de manera conjunta con el Gobierno Nacional al crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, era precisamente unificar el sistema prestacional de los maestros del sector público, que con ocasión de la diversidad de regímenes que obedecían a las vinculaciones con las diferentes entidades territoriales, generó un grave desorden y desigualdad que pretendió eliminarse con la expedición de la Ley 91 de 1989....” (Subrayas fuera de texto).

... 51. De lo expuesto hasta este punto, se establece que tanto el Gobierno al presentar el proyecto de ley, como el Congreso al debatirlo, coincidieron en la finalidad de crear un patrimonio autónomo administrado por una entidad fiduciaria estatal que en términos del legislador permitiera «mantener el equilibrio del Fondo y delimitar las responsabilidades de cotización entre la Nación y los maestros», en aras de «conciliar los intereses nacionales con los de los educadores», a través de la implementación de una norma que definiera en forma clara, las responsabilidades en materia prestacional y replanteara los mecanismos financieros y administrativos que en aquella época existían para el pago de las obligaciones ya existentes, así como las futuras relacionadas con los docentes del sector oficial.”

Ahora bien, en lo que respecta a las cesantías señaló:

“53. Lo anterior, en modo alguno permitiría inferir que uno y otro régimen prestacional son similares, dado que las sociedades administradoras de fondos de cesantías, cuyas características, por facultad de la ley, se establecieron por el Gobierno a través de decreto

pueden equipararse a la naturaleza de la cuenta especial de la Nación creada para el manejo de las prestaciones sociales y los servicios de salud de los afiliados al FOMAG; así como tampoco puede concluirse que la intención del legislador fuese equiparar a los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, respecto del sistema previsto en la Ley 50 de 1990 y que se extendió únicamente a trabajadores particulares y aquellos servidores públicos afiliados a fondos de carácter privada.” (Subrayas fuera de texto).

Colofón de lo expuesto es claro que se trata no solo de dos regímenes completamente disimiles tanto en la liquidación como en la forma de pago, sino que además cada una de ellas tiene destinatarios distintos, pues se itera, la ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliados a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación, mientras que los trabajadores particulares tienen derecho a escoger libremente el fondo de cesantías que mayor rentabilidad pueda generar a la administración de las mismas.

Sobre este tópico se refirió la jurisprudencia objeto de desarrollo:

“57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ...”

Aunado a lo anterior y en lo atinente a la forma de liquidación y administración y/o manejo de las cesantías en uno y otro régimen, el Órgano de Cierre hace la siguiente distinción:

“... en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del

mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten. (Subrayas fuera de texto).

Por sí lo anterior no fuese poco, en el régimen especial docente no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, descartando inmediatamente la sanción mora por consignación extemporánea, de conformidad con las siguientes normas:

“La Ley 715 de 2001 por medio de la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, que establece en su artículo 18:

“Administración de los recursos. Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

Parágrafo 1°. Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.

Parágrafo 2°. Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.

Parágrafo 3°. El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.

Parágrafo 4°. El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación. El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

La misma Ley 715 en su artículo 36 fijó sobre la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para Educación, lo siguiente:

“La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1° del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1° de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1° de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.” (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, el antecedente de lo expuesto se evidencia en la Ley 91 de 1989 que en su artículo 8 indicó sobre los recursos que harían parte de las reservas del FOMAG para el pago prestaciones a su cargo incluidas las cesantías, regulo el tema así:

“Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.**
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4a. de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.
7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.
8. Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.
9. Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que conceda.
10. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4. de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2.” (Negrilla fuera de texto)

Posteriormente, el Decreto 196 de 1995 por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en su artículo 12 y 13 estableció:

“Artículo 12º.- Recursos. **El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial.** Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.

2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.

3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.

4 El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.

7. Los bonos pensionales, y

8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

“Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Las normas citadas deben estudiarse en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

En consecuencia, la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia **no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”,** teniendo en

cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente.

Esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia, puntualmente para el año 2021 se emitió el Comunicado 008 de fecha 11 de diciembre de 2020 en el que se fijó:

“Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. (...) Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías.
2. **La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 DE FEBRERO DE 2021. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.**
3. **La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador (...)** (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así mismo, para la liquidación de las cesantías en la vigencia 2020, se emitió por parte la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG la programación de la liquidación de cesantías en diciembre de 2019, mediante el Comunicado 16 del 17 de diciembre de 2019 en el que se dieron los lineamientos operativos y la fecha para presentar el reporte de cesantías para pago de intereses en

la primera nómina del año 2020, en dicho comunicado se deja la siguiente fecha de entrega de la liquidación:

"2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 DE FEBRERO DE 2020. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes"
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Ahora bien, aunado a lo anterior, no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la "consignación" entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Por otro lado, y en lo que concierne a los intereses a las cesantías de uno y otro régimen, el Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo en la jurisprudencia reseñada en este escrito, indicó:

"En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

... 63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro

que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, **situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.**» (Negrillas fuera de texto.)

... 65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018, en la que unificó su jurisprudencia para señalar «que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.»

En consonancia con lo previamente expuesto, se aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

La base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Para el pago de intereses a las cesantías la gestión a cargo de las Entidades Territoriales frente al reporte anual de cesantías es el siguiente:

- Identificar los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con régimen de anualidad.
- Liquidar anualmente las cesantías de los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con régimen de anualidad.
- Notificar a los educadores de los valores liquidados anualmente como cesantías, para conocimiento y para que puedan interponer los recursos en caso de no estar de acuerdo con el valor liquidado.
- Reportar anualmente, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los valores de las cesantías causados por cada educador.
- Reportar las cuentas bancarias de los educadores afiliados al Fondo con régimen de anualidad, para el pago de intereses.
- Remitir aclaraciones a las inconsistencias informadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora, respecto a la indemnización **por el pago tardío de los intereses a las cesantías** que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, mediante la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, cita:

"A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados. (...) (Subrayado fuera de texto)

De la norma transcrita se concluye lo siguiente:

1. Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
2. Las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG.
3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.
4. Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.
5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.
6. **De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías”** debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.
7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como “que el mismo elija”, es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.
8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

- **LA INDEMNIZACIÓN POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORANEA DE LAS CESANTIAS EN EL RÉGIMEN DOCENTE ANTES DEL 15 FEBRERO, EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL**

Variado, pero incompleto ha sido el debate jurisprudencial en torno a extender la indemnización por consignación extemporánea de las cesantías antes del 15 febrero (Núm. 3 Art. 99 Ley 50 de 1990), al Régimen Especial del FOMAG.

Desde pronunciamientos donde se condenó al Ente Territorial por la falta de consignación de las cesantías, derivado de la no afiliación del docente al FOMAG; pasando por sentencias que absuelven al FOMAG, debido al Régimen Especial que rige al Fondo, e impide la aplicación de normativa propia del Régimen General; hasta providencias que condenan a FOMAG, amparadas en la extensión de la indemnización del citado Núm. 3 Art. 99 Ley 50 de 1990, por vía de los presuntos principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución; todas estas decisiones judiciales poseen un común denominador: **No realizaron un estudio detallado de las normas que rigen en el Régimen Especial FOMAG, en lo referente a: las fuentes de financiación de las prestaciones sociales docentes, su forma y tiempos de giro al Fondo, la Entidad que realiza dicha actividad, el inexistente acto operativo de “consignación por parte del empleador, de las cesantías en un Fondo antes del 15 de febrero”, y el procedimiento interno de reporte y pago de los intereses de las cesantías.** Veamos:

Las Sentencias de Unificación SU-098 de 2018 y SU-573 de 2019 – Corte Constitucional

La providencia **SU-098 DE 2019** fue proferida dentro de expediente de tutela contra providencias judiciales, por cuanto los Jueces de instancia, negaron el reconocimiento y pago de la indemnización por consignación extemporánea de las cesantías docentes antes del 15 febrero (Núm. 3 Art. 99 Ley 50 de 1990). Los extremos en litigio y las decisiones se resumen así:

Demandate:	Docente en <u>provisionalidad, y vínculo laboral terminado</u>
Demandado:	<u>Ente Territorial</u> - Municipio de Cali - Secretaria de Educación
Motivos de la demanda	Falta de consignación de las cesantías al Fondo, antes del 15 de febrero
Argumentos del demandado:	Manifestó que <u>el docente no fue afiliado al FOMAG ni a otro fondo por un error interno</u> , esto es, porque se presentó una inconsistencia en el aplicativo de afiliación al Fondo con respecto a algunos docentes técnicos provisionales.
Primera Instancia: Tribunal Administrativo Valle	<u>NIEGA PRETENSIONES:</u> Las normas que cobijan al actor como docente en el sector oficial no se extienden a la aplicación de lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 en materia de administración, liquidación y reconocimiento de cesantías. Al contrario, consideró que no había duda de que, en su calidad de docente provisional vinculado al servicio educativo estatal, lo ampara el régimen prestacional que contempla la Ley 91 de 1989 y, por esta razón, no era posible reconocer la sanción moratoria solicitada.

Segunda instancia: Consejo de Estado

NIEGA PRETENSIONES: En ningún caso implicaba la aplicación de la sanción pecuniaria prevista en la Ley 50 de 1990, pues se trata de un sistema especial del que no son destinatarios los docentes del sector oficial, el cual se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989.

De entrada, se advierten tres situaciones **VERTEBRALES**, y que **influyeron directamente en la resolución del caso**. La primera es que, la calidad de vinculación del docente, era la provisionalidad, y, con vínculo laboral terminado. La segunda, que **el extremo demandado fue el Ente Territorial, no el FOMAG**. La tercera, que **el Municipio no afilió al demandante al FOMAG ni a otro Fondo**.

En sede de instancias de tutela, en lo pertinente, **el A-quo concedió el amparo**, pero argumentado que, *"al realizar análisis con fundamento en el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política es altamente probable que se concluya que los docentes oficiales tienen derecho a la sanción moratoria"*. Sin embargo, dicho **fallo fue revocado por el Ad-quem**, al considerar que en primera instancia se concedió a la pretensión invocada con sustento en la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995, sin tener en cuenta que el actor invocaba la indemnización por consignación extemporánea de cesantías de la Ley 50 de 1990.

Como **problema jurídico**, la Corte Constitucional de planteó dilucidar sobre el **desconocimiento del precedente, defecto sustantivo y violación directa de la Constitución por no aplicar el principio de favorabilidad**, al omitir para el tutelaste, en su calidad de docente, la indemnización del numeral 3º del art. 99 Ley 50 de 1990.

En desarrollo del problema, la Corte comienza por citar diversos apartes jurisprudenciales referentes al alcance de la prestación social del auxilio de cesantías, reafirmado la importancia de esta prestación, no solo para el trabajador sino para su núcleo, que lo ampara ante el riesgo de quedar cesante, y además que, en caso de requerirlo, acceda a vivienda y educación. **Este análisis lo realiza la Corte, para fundar el fallo condenatorio, en el sentido de poner de presente el riesgo que implica la consignación extemporánea de las cesantías en el Fondo del Trabajador**; puesto que en el evento de solicitud parcial o definitiva, el Fondo no va a contar con los recursos para su pronta disposición, afectando íntegramente al titular.

Luego de un estudio corto del régimen legal de cesantías docentes, donde se limita a reproducir los contenidos pertinentes del canon 6º de la Ley 6 de 1945 y la Ley 65 de 1946, así como de los artículo 1º, 2º y 9º y 15º de la Ley 91 de 1989, respecto a la consagración de las cesantías en el Sistema Especial – FOMAG; y **concluye que respecto de la sanción moratoria, la Ley 91 de 1989 no dijo nada acerca del derecho de los docentes al reconocimiento de esta indemnización por consignación extemporánea de sus cesantías**. Sin embargo, la Corte arriba a esta errónea

conclusión, debido a que desconoce la normatividad que en materia de cesantías regulan la prestación al interior del Régimen Especial.

Posteriormente aborda el estudio del régimen legal de la indemnización por consignación extemporánea de las cesantías luego del 15 de febrero, del núm. 3 del art 99 Ley 99 de 1990, manifestando que en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, se extendió la liquidación anual de cesantías (Ley 50 de 1990) a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989, y que el Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4 de 1992, para reglamentar los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5° de la Ley 432 de 1998.

Habiendo descendido a verificar la presunta aplicación del principio de favorabilidad y la interpretación conforme a la Constitución, sostuvo:

*A pesar de que los jueces adoptaron una postura razonable y se encuentra justificada desde el punto de vista legal, **este entendimiento excluyó otra posible interpretación de la normativa general que consagra la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.***

*Esto, por cuanto el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a **todos los empleados públicos**. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000³ en su art. 1^o*

*Así las cosas, aunque los jueces contencioso administrativos expusieron que la anterior normativa no era aplicable a los docentes del sector oficial porque se encuentran cobijados por un régimen especial, y que la norma remite a las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, de lo cual concluyeron que estaban excluidos, **omitieron realizar una lectura de la norma en todo su contexto y a la luz de la interpretación que estuviera conforme a la Constitución.***

³ “Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la Fuerza Pública”.

⁴ “**Artículo 1°. Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías. Parágrafo. Los fondos o entidades públicas, incluida la Caja Promotora de Vivienda Militar que administran y pagan las cesantías de los servidores a que se refiere este artículo, seguirán haciéndolo**”. (Subraya fuera de texto)

De esta manera, la Sala no comparte el anterior razonamiento, puesto que precisamente las normas que se encuentran en la disposición, en particular, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, extendió la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996. **Al respecto, las autoridades judiciales interpretaron el aparte “sin perjuicio de (...) lo estipulado en la Ley 91 de 1989” bajo un entendimiento restrictivo, en el sentido de que los docentes estaban excluidos de este contenido de manera categórica.**

No obstante, como quedó visto en la parte considerativa de esta providencia, **existe otra interpretación sobre el alcance de esta norma.** Así, en varios pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en virtud de lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 se establece que aunque en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998 se extiende el régimen de liquidación y pago de las cesantías a los servidores públicos del nivel territorial, también lo es que, en materia prestacional los docentes que se vincularon con posterioridad al 1° de enero de 1990 -que sería el caso del actor, pues su vinculación se efectuó el 31 de marzo de 2003- se encuentran sometidos a las normas de los empleados públicos del orden nacional, según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Bajo esta perspectiva, dichos fallos del Consejo de Estado concluyen que no es que los docentes estén excluidos de lo dispuesto en la norma, sino que no son destinatarios de la sanción moratoria que se extendió a los servidores públicos del orden territorial porque no cumplen los requisitos de: (i) reunir la condición territorial ni (ii) estar afiliados a un fondo privado administrador de cesantías de aquéllos creados por la Ley 50 de 1990, pues para eso se creó el FOMAG.

Una vez realizada la anterior aclaración, **encuentra la Corte que existe una interpretación favorable al actor que no se tuvo en cuenta por el despacho ni la Corporación Judicial, y que se encuentra en el mismo contenido de la disposición en comento, pues allí se establece, en lo pertinente, que los empleados públicos que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del Decreto 1252 de 2000 –el actor se vinculó el 31 de marzo de 2003- tienen derecho al pago de las cesantías en los términos establecidos en la Ley 50 de 1990 y que lo allí dispuesto se aplica aún en el evento en que el servidor público se rija por un régimen especial que regule las cesantías.**

Además, el parágrafo del artículo 1° del Decreto 1252 de 2000 consagra que **los fondos que administran y pagan las cesantías a los servidores referidos seguirán haciéndolo, dentro de los cuales está incluido el fondo del FOMAG. Por tanto, la interpretación que permita concluir que dicha sanción moratoria no es aplicable al actor bajo el argumento de que no cumple la condición de pertenecer a la categoría de servidor público territorial ni la**

de encontrarse afiliado a un fondo privado, también puede entenderse de manera distinta a la luz de lo dispuesto en el párrafo precitado.

Como síntesis de su razonamiento, expuso,

De conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG

Lo afirmado por la Corte da a entender, que al interior del Régimen Especial del FOMAG, opera la **"consignación de las cesantías antes del 15 de febrero"** lo cual es un craso error considerarlo así, a primera vista.

Entonces, no es que al interior del Sistema FOMAG (Ley 91/89) subsista la obligación de **"consignar las cesantías antes del 15 de febrero"**, lo pasa es que, el caso concreto resuelto en la sentencia, comporta tres presupuesto de hecho muy particulares, que son: **i).** La no afiliación del Docente al FOMAG, por parte del Ente Territorial, y **ii).** La afiliación al FOMAG en forma tardía el 19 de octubre de 2007, y, **iii).** La consecuente consignación de sus cesantías al FOMAG "en forma extemporánea por el Ente Territorial"

Con todo, debe quedar claro que en este caso particular estamos hablando de la **"consignación de las cesantías al FOMAG por parte del Ente Territorial"** como un caso extremo y excepcional a la regla general, pues ello se derivó de la **"no afiliación oportuna al FOMAG"**, seguido de la **"la afiliación tardía al FOMAG"**, y, finalmente, **"la consignación al FOMAG, de las cesantías no había reconocido en las anualidades alegadas."**

Estos son presupuestos de hecho y derecho que deben quedar muy claros, porque, en un **"estado normal de cosas"**, esto es, en el evento en que el Ente Territorial hubiera afiliado al docente en forma oportuna al **FOMAG**, no podía configurarse, ni haberse hecho exigible la actividad operativa de **"consignación de las cesantías al Fondo, antes del 15 de febrero"**, porque, tal como se ha reiterado ampliamente sobre la temática, los recursos destinados a cubrir estas prestaciones docentes, hubieran sido descontados por parte del Ministerio de Hacienda, del presupuesto que ingresa de la Nación al Ente Territorial, y **pre-girados al FOMAG, antes del mes de febrero de la anualidad siguiente a la causación** de cada periodo de cesantías.

Entonces, **el pago de la indemnización a que fue condenado el Ente Territorial, no podía derivarse de la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en los precisos términos en que lo señaló la Corte**, porque **esa situación ha**

generado una interpretación sesgada, la cual no se compadece, y no consulta las reales situaciones de hecho y derecho que ocurren al interior del Sistema Especial FOMAG, en lo que refiere concretamente a las cesantías docentes. Veamos:

- **La aplicación del principio de favorabilidad**, y, por virtud de este, la extensión del beneficio de la indemnización prevista en la Núm. 3. Art. 99 ley 50 del 1990, a favor del cuerpo docente regido por la Ley 91 de 1989, da a entender –en todos los casos–, que al NO existir norma expresa dentro de la citada Ley 91/89, que penalice la consignación extemporánea de las cesantías antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente a la causación de la prestación; debe recurrirse (vía favorabilidad) al Sistema General (Art. 99.3 Ley 50/90), en aras de salvaguardar los principios de igual de trato jurídico, y no discriminación de los destinatarios.

En línea de principio, esta es la interpretación que emana de la sentencia de la Corte, pero, tener por cierta dicha consideración, redunda en errónea, porque nos conllevaría a caer en absurdas conclusiones, como que, al interior del **Sistema Especial FOMAG**, existe la obligación y concurre la actividad operativa de *“consignar las cesantías al Fondo antes del 15 de febrero”*, de suerte tal, que su inobservancia abre paso a la *“indemnización pro consignación extemporánea”*. Dicho asunto, como se ha reiterado, no acontece dentro del Sistema FOMAG.

- Lo que ocurre es que la Corte no fue afortunada, al argumentar y explicar las razones por la cuales, en el caso concreto del docente tutelante, prosperaba la aludida indemnización de la Ley 50/90, a su favor. Ello, por cuanto es manifiesto y trascendente que la Corte desconoce la dinámica de las cesantías en el Sistema FOMAG, desde la fuentes de financiación, su forma y tiempos de giro al Fondo, y la Entidad que realiza dicha actividad.

Me atrevo a decir que no fue afortunada, porque la Corte, al haber señalado en forma generalizada, que la indemnización del Régimen General - Ley 50/90, también le era extensiva al Régimen Especial FOMAG de la Ley 91 de 1989, ante la inexistencia en el mismo; no supo discernir y discriminar entre dos situaciones de hecho y derechos abismalmente diferentes:

1. Por un lado, respecto de la situación fáctica que estaba resolviendo, donde el Ente Territorial no afilió al docente al FOMAG ni a otro Fondo; no le efectuó consignación de cesantías en los años 2004, 2005, y 2006; lo afilió extemporáneamente al FOMAG el 27 de octubre de 2007; y, posterior a esta fecha le consignó las cesantías de las anualidades mencionadas, en el FOMAG.

2. Por el otro, respecto de la situación fáctica **cuando el sujeto pasivo de la relación procesal fuera el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en aquellos **casos en que los docentes le imputan la consignación extemporánea de sus cesantías**.

En el primer evento, pese a que nos oponemos a la forma en que fue aplicado el principio de favorabilidad (pues se hizo en forma generalizada sin distinguir las particularidades que ahora estamos debatiendo), lo cierto es que el Ente Territorial al haber incumplido sus obligaciones, debía asumir la responsabilidad y concomitantes penalidades, tal como lo impone el Par. 1º, Art. 1º, Decreto 3752 de 2003.

El segundo evento, al no haber sido abordado por la Corte, generó dos consecuencias:

i). La primera es que, esa situación de hecho y derecho continuará sin la precisión constitucional requerida, hasta tanto se aborde desde la óptica de las **fuentes de financiación de las cesantías docentes, su forma y tiempos de giro al Fondo, y la Entidad que realiza dicha actividad**. Solo de esa manera, la jurisprudencia constitucional podrá evolucionar en la materia, y superar el actual debate; pues evidenciará que la **"consignación de las cesantías antes del 15 de febrero"** no opera al interior del Sistema Especial FOMAG, y, como consecuencia lógica, la extensión de la indemnización del Art. 99.3 Ley 50/90, jamás podrá abrirse camino.

ii). La segunda, es una consecuencia nociva y catastrófica para el Sistema Jurídico, pues, es un asunto librado a la autonomía (Art. 230 C.P.) de los Administradores de Justicia, en las respectivas instancias; los cuales, hasta el momento, parecen encaminarse por la sesgada interpretación emanada de la Sentencia SU-098 de 2018, y errónea consideración de: **Aplicar el principio de favorabilidad, y, por virtud de este, la extensión del beneficio de la indemnización prevista en la Núm. 3. Art. 99 ley 50 del 1990, a favor del cuerpo docente regido por la Ley 91 de 1989, que al NO existir norma expresa dentro de la citada Ley 91/89, que penalice la consignación extemporánea de las cesantías antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente a la causación de la prestación; en aras de salvaguardar los principios de igual de trato jurídico, y no discriminación de los destinatarios; en aquellos eventos en que el extremo demandado es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Ahora, en manera alguna puede considerarse que la Sentencia SU-098 de 2018 constituya precedente jurisprudencial aplicable, respecto a que, **"al interior del Régimen Especial FOMAG – Ley 91 de 1989- los docentes tienen derecho a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas"**.

Esta precisión es necesario hacerla, porque así fue entendido erróneamente por el Consejo de Estado⁵ en sentencia del 12 de noviembre de 2020. Sin embargo, tal como fue decantado en la Sentencia de Unificación SU-573 de 2019⁶ : **“los accionantes allegaron ante el juez de primera instancia la Sentencia SU-098 de 2018... []... esta sentencia tampoco constituye un precedente aplicable al asunto sub examine... []... por cuanto ... []... la ausencia de identidad fáctica también impide aplicar el precedente al caso concreto.”** En dicho caso, se peticionaba dejar sin efectos las sentencia que en instancias de tutela habían negado la configuración de defecto sustantivo y desconocimiento del precedente, y violación directa a la constitución, respecto a la providencia del Consejo de Estado que en segunda instancia ordinaria revocó el fallo del A-quo, y negó la pretensión⁷ de reconocimiento y pago de la indemnización por la no consignación de las cesantías de los años 2001, 2002 y 2003, prevista por el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998.

Valga pena acotar, en la mentada Sentencia de Unificación, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró improcedentes las acciones de tutela interpuestas en contra de las sentencias dictadas por el Consejo de Estado, en el marco de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por los tutelante, **... []... “tras advertir que la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías en el régimen docente, dispuesta por la Ley 50 de 1990 y Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, carecía de evidente relevancia constitucional, en la medida en que la discusión planteada: ... []... (iii) pretendía reabrir la controversia legal resuelta por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.**

Los motivos por los cuales la Corte Consideró que no era posible dar a aplicación a la Sentencia SU-098 de 2018, al caso concreto, fueron esquematizados en la misma sentencia SU-573 de 2019, y, debido a su pertinencia, en su literalidad se plasman:

⁵ Sección Segunda, Subsección A, Rad; 08001-23-33-000-2014-00132-01, Exp. 1689-2018, Proceso de MARGARITA ROSA REYES CABALLERO vs NACIÓN MEN FOMAG y otros., C.P. William Hernández Gómez.

⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, 27 de noviembre de 2019, M.P. Carlos Bernal Pulido.

⁷ El argumento central y fundante de la decisión de negar las pretensiones, señala: **“A los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a «los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante legal de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990”.** (Subrayas y negrillas propias).

CRITERIOS	SENTENCIA SU-098 DE 2018	CASO SUB EXAMINE (SU-573 de 2019)
Vinculación	Docente en <u>provisionalidad</u> .	Docentes inscritos en el escalafón docente de carrera con nombramiento <u>en propiedad</u> .
Vigencia del vínculo laboral	<u>El vínculo del docente terminó</u> , dado que se acogió a lo dispuesto en el Decreto 1278 de 2002. Por tal razón, la Secretaría de Educación de este municipio expidió la Resolución N° 4143.3.21.5447 del 22 de octubre de 2007, por la cual reconoció el pago de las prestaciones sociales definitivas e informó que el pago se realizaría en el respectivo Fondo de Cesantías.	Actualmente, <u>los docentes se encuentran vinculados</u> con el Departamento del Atlántico y su vínculo laboral se ha mantenido vigente sin solución de continuidad
Afiliación al FOMAG	El docente <u>nunca fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)</u> ni a otro fondo, por un error interno.	Los docentes <u>sí fueron afiliados al FOMAG</u> .
Reclamación efectiva de pago de las cesantías	Una vez culminó su relación laboral con el Municipio de Santiago de Cali, <u>al docente le reconocieron el pago de las prestaciones sociales, entre estas, las cesantías</u> .	Los docentes <u>no reclamaron el pago efectivo de las cesantías de los años 2001, 2002 y 2003</u> . No obstante, sí solicitaron el pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías por dicho periodo.
Tipo de sanción moratoria reclamada	El docente solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la <u>sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, los intereses a las cesantías ni los rendimientos</u>	Los docentes solicitaron el reconocimiento y pago de la <u>sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías</u> .

Los anteriores motivos esbozados, tienen una potísima razón de ser, y es que, la sentencia SU-098 de 2018 hizo extensiva –aunque no se comparte la forma en que se procedió–, la indemnización de que trata el Núm. 3 Art. 99 ley 50 de 1990, pero respecto del Ente Territorial (No del FOMAG, por cuanto no fue extremo demandado), y lo que allí se penaliza es la no afiliación del docente a FOMAG, la no consignación oportuna de las cesantías, la consecuente afiliación tardía, y la consignación extemporánea de las cesantías, por parte del Municipio, al FOMAG. Todo ello, en aplicación del Par. 1° Art. 1° del Decreto 3752 de 2003, que le endilga toda la responsabilidad al Ente

Territorial por la no afiliación de los docentes al FOMAG, y el consecuente pago de la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan.

Detállese que **la sentencia SU-573 de 2019, fue proferida con posterioridad a la SU-098 de 2018. Ello significa que, la sentencia de segunda instancia del Consejo de Estado que negó las pretensiones** del pago indemnizatorio previsto por el Núm. 3º Art. 99 Ley 50 de 1990 y la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, por la no consignación de las cesantías al interior del Sistema FOMAG, **se MANTUVO EN FIRME** por los motivos que ya fueron señalados.

Sea del caso entonces resumir que, la pluricitada Sentencia SU-098 de 2018 desarrolló y sentenció unos presupuestos de hecho y derecho, cuyos efectos son INAPLICABLES aquellos casos de docentes pertenecientes al Sistema Especial del FOMAG, con REGIMEN ANUALIZADO DE CESANTÍAS, NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD, y VINCULACIÓN LABORAL VIGENTE

- **Sentencia Rad: 76001233100020090086701 – Exp. 4854-2014 – Consejo de Estado**

Mediante esta providencia del 24 de enero de 2019, se procedió a **dar cumplimiento a la Sentencia de Unificación SU-098 de 2018** de la Corte Constitucional, en el "*sentido proferir un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las consideraciones referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990.*"

Esta sentencia se halla revestida de cuatro características muy relevantes:

1. **El Consejo de Estado debía proferir fallo favorable a los intereses del tutelante, teniendo por brújula, lo erróneamente generalizado por la Corte Constitucional, esto es: "el derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990"**
2. **Pese a proferir la respectiva sentencia reconociendo el derecho, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, manifiesta y desarrolla razonadamente los motivos por los cuales, en su sentir,**
3. **Pese a disentir del contenido y la orden emitida en la sentencia SU-098, no logra identificar la generalización errónea en que incurrió la Corte, al señalar que la indemnización del Régimen General - Ley 50/90, también le era extensiva al Régimen Especial FOMAG de la Ley 91 de 1989, ante la inexistencia en el mismo; sin discernir entre los hechos objeto de estudio (Ente Territorial responsable de la no afiliación y consignación de las cesantías docentes) y en aquellos casos en los cuales el demandado al pago de la indemnización, sea el FOMAG.**

4. Pese a disentir del contenido y la orden emitida en la sentencia SU-098, no fundamente su postura en la dinámica que sigue las cesantías al interior del Sistema Especial – FOMAG, esto es, las fuentes de financiación su forma y tiempos de giro al Fondo, y la Entidad que realiza dicha actividad
- **Sentencia Rad: 08001233300020140013201. – Exp. 1689-2018. – Consejo de Estado**

Mediante esta providencia, fechada 12 de noviembre de 2020, se resolvió recurso de apelación contra sentencia del Tribunal. Los datos relevantes dentro del presente caso, son los siguientes:

Demandate:	Docente en <u>propiedad – Régimen anualizado</u>
Demandado:	<u>Entes Territoriales</u> – Municipio. Sabanalarga – Depto. Atlántico - FOMAG
Fecha Afiliación FOMAG	<u>18 de agosto de 2005</u>
Motivos de la demanda	Falta de consignación de las cesantías al Fondo, años 2000 a 2003
Primera Instancia: Tribunal Administrativo Atlántico	<u>CONCEDE PARCIALMENTE: Condenó a la Nación – MEN - FOMAG y al Municipio de Sabanalarga</u> al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, <u>por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a los años 2001 y 2002.</u> Respecto de la <u>sanción por mora de las cesantías del año 2003, señaló que toda vez que las mismas fueron canceladas el 05 de octubre de 2006,</u> y la acusación de la sanción por mora por esta anualidad finalizó en dicha fecha, <u>la misma se encuentra prescrita.</u>

Esta sentencia se halla revestida de tres características, que se estudian en su orden:

1. Pese a que revoca parcialmente la sentencia primera de primera instancia, y halla prescrita también las cesantías del año 2003, se adhiere a la errónea generalización de la Corte Constitucional – SU-098 de 2018, esto es: “el derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”
2. No discierne entre los hechos objeto de estudio (Ente Territorial responsable de la no consignación de cesantías docentes), y en aquellos casos en los cuales la consignación extemporánea a de las cesantías se le imputa al FOMAG
3. No se realiza estudio alguno sobre la dinámica que sigue las cesantías al interior del Sistema Especial – FOMAG, esto es, las fuentes de financiación su forma y tiempos de giro al Fondo, y la Entidad que realiza dicha actividad.

• **SÍNTESIS Y CONCLUSIONES POR LOS CUALES LAS PRETENSIONES DE INDEMNIZACIÓN POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE CESANTÍAS E INTERESES, NO ESTÁN LLAMADAS A PROSPERAR**

Corolario de lo expuesto, las pretensiones ahora invocadas, no se abren paso, por cuanto:

1. La sentencia de Unificación SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, por virtud del principio de favorabilidad aplicó la indemnización del art. 99.3 de la Ley 50/90, al caso concreto de un docente, donde el Ente Territorial al que se hallaba adscrito, no lo afilió al FOMAG, no le consignó las cesantías de varias anualidades, posteriormente lo afilia en forma extemporánea a FOMAG, y, finalmente le consigna las cesantías al FOMAG en forma tardía. El extremo demandado fue el Ente Territorial, no el FOMAG.
2. La sentencia de Unificación SU-098 de 2018, no extendió la indemnización del art. 99.3 de la Ley 50/90, al Régimen Especial FOMAG, en el sentido extenso de los términos, como erróneamente podría interpretarse, puesto que, los presupuestos de hecho excepcionales que allí se debatieron, no hallan identidad fáctica con aquellos casos donde se demandada al FOMAG por consignación extemporánea de cesantías. Así lo deja claro la Corte en Sentencia de Unificación SU-573 de 2019.
3. La Corte Constitucional en su jurisprudencia, solo ha abordado el supuesto de hecho, derivado de la (falta de afiliación, no consignación de cesantías, afiliación tardía, y consignación extemporánea de cesantías a FOMAG), generada por el Ente Territorial; pero no se ha pronunciado frente al supuesto de hecho donde se le imputa la presunta consignación extemporánea de las cesantías al FOMAG. No existe postura jurisprudencial al respecto.
4. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha procedido, por virtud del principio de favorabilidad, aplicar la indemnización del art. 99.3 de la Ley 50/90, a docentes regidos por la Ley 91/89, guiados por la SU-098 de 2018, pero respecto de casos generados por el Ente Territorial (omisión de consignación de cesantías antes de la afiliación del docente al FOMAG).
5. Ni la Corte Constitucional, ni el Consejo de Estado, ha diferenciado las dos situaciones de hecho que se pueden presentar respecto de las cesantías docentes, cobijados por la Ley 91/89.
 - **Generada por el Ente Territorial**, debido a falta de afiliación, no consignación de cesantías, afiliación extemporánea, y consignación extemporánea de cesantías en FOMAG. **En este caso excepcional.**

- **Presuntamente generado por el FOMAG**, cuando se le imputa la consignación extemporánea de cesantías.

6. La anterior diferenciación de presupuestos fácticos se hace necesaria, y prioritaria, debido a que en el primer caso, se ha aplicado, vía favorabilidad, la indemnización del art. 99.3 de la Ley 50/90, en razón a que, **en forma excepcionalísima, se ha configurado “consignación extemporánea de cesantías”** por el Ente territorial.

En el segundo caso, jamás se puede causar la indemnización del art. 99.3 de la Ley 50/90, puesto que, la consignación extemporánea nunca se configura, debido a la inexistente actividad de “consignar cesantías antes del 15 de febrero”, por motivos del pre-giro que de los recursos con que se financian las prestaciones docentes, que realiza el Min Hacienda, al FOMAG.

7. Interpretar en forma generalizada, que la sentencia SU-098 de 2018, extendió, vía principio de favorabilidad, el **beneficio de la indemnización prevista en la Núm. 3. Art. 99 ley 50 del 1990, a favor del cuerpo docente regido por la Ley 91 de 1989**, ante la inexistencia en este Régimen de norma expresa que penalice la “consignación extemporánea de las cesantías”; **redunda en erróneo**, porque nos conllevaría a caer en absurdas conclusiones, como que, al interior del **Sistema Especial FOMAG**, existe la obligación y concurre la actividad operativa de ***“consignar las cesantías al Fondo antes del 15 de febrero”***, de suerte tal, que su inobservancia abre paso a la ***“indemnización por consignación extemporánea”***. Ello sólo puede ocurrir en forma excepcional, cuando (antes de la afiliación al FOMAG) el Ente territorial no consigno algún(os) periodo(s) de cesantías, y concurre a consignarlos a FOMAG, en forma tardía.
8. En el presente caso, el docente fue afiliado oportunamente al FOMAG, y el periodo de cesantías (2020), respecto del cual pretensiona las indemnizaciones aludidas, se causó en vigencia de su calidad de afiliado al Fondo.
9. Respecto a los docentes que fueron oportunamente afiliados al FOMAG, y que pretensionan indemnizaciones por consignación extemporánea de cesantías e intereses, causados con posterioridad a su afiliación, **no se configura la actividad de “consignación de las cesantías antes del 15 de febrero”**. Ni el Ente Territorial (Empleador), ni la Fiduciaria (Administradora del FOMAG), realiza consignación por concepto de prestaciones sociales, al Fondo
10. La actividad descrita en el numeral anterior, **no se configura dentro del Régimen Especial FOMAG, debido a que la totalidad de los recursos destinados a los Entes Territoriales,**

una vez emanan de La Nación (en virtud al Régimen General de Participaciones), no son consignados a la cuenta bancaria que dicho Ente tiene registrada en la Dirección General del Tesoro Nacional, sino que, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público descuenta los rubros pertenecientes a las prestaciones sociales docentes, tal como lo regula la Ley 715 de 2001 y el Decreto 3752 de 2003, y los gira directamente al FOMAG. Por ende, mucho antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente a la causación de las cesantías, los recursos ya han sido pre-girados al Fondo, y reposan en este, hallándose disponibles para el pago de cesantías parciales, definitivas, e intereses.

11. La actividad que realiza los Entes Territoriales, en su calidad de Empleadores y/o Nominadores de los docentes, es la "liquidación de las cesantías" de cada anualidad causada, es decir, presupuestan el valor de esta prestación, pero sin situación de fondos, debido a que estos rubros nunca ingresan a sus arcas.
12. Los recursos girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al FOMAG, son manejados bajo el concepto de Unidad de Caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles.
13. Onus probandi incumbit actori, pero, dentro del presente caso, el demandante no ha probado el hecho vertebral sobre el que fundamenta sus pretensiones: "la presunta consignación extemporánea de sus cesantías e interés" de la anualidad 2020, por parte del FOMAG. No existe medio suasorio que se pueda aportar para soportar el presupuesto fáctico, ante la inexistencia de la actividad de "consignación de cesantías".
14. Los intereses a las cesantías en el Régimen Especial FOMAG, se liquidan de forma diferente al Régimen General. Se toma el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, y se le aplica la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Financiera haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.
15. El FOMAG, respecto a los intereses sobre cesantías paga un interés anual sobre saldo de esta prestación, existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período (Art 15. Núm. 3 ley 91/98 y Art. 1 Acuerdo 39/1998 FOMAG). Esta forma de liquidación resulta más

beneficiosa en comparación al 12% anual o proporcional por fracción, prevista en el Régimen General.

16. El **pago de los intereses** sobre las cesantías, dentro del Régimen FOMAG, no sigue los cauces del **Régimen General**, donde **deben pagarse en el mes de enero del año siguiente a que se causaron** (Núm. 2º. Art. 1 ley 52 de 1975), y, **como no se determinó el día, se acude al criterio racional de cancelarlos con la mensualidad o salario de dicho mes, esto es, a más tardar el día 31 de enero.** Por su parte en el **Régimen Especial**, al amparo del Art. 4 del Acuerdo 39 de 1998, **deben pagarse en el mes de marzo del año siguiente a que se causaron, y, como no se determinó el día, se acude al criterio racional de cancelarlos con la mensualidad o salario de dicho mes, esto es, a más tardar el día 31 de marzo.**
17. Dentro del Régimen FOMAG, el pago de los intereses sobre cesantías, se realiza en la fecha antedicha, **sí, y solo si, el Ente Territorial reportó oportunamente la liquidación de las cesantías, lo cual debió hacer, por tarde, el 05 de febrero de cada anualidad.** De **lo contrario, los pagará en el mes de mayo** a aquellos docentes cuya información le fue **reportada entre el 06 de febrero al 15 de marzo** de cada año. En los casos en que la Oficina Regional reporte la información después del 15 de marzo, la Fiduciaria programa pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del FOMAG. (Art. 4 Acuerdo 39 de 1998).
18. Por mandato del Par. 2. Art. 4 Acuerdo 39/98, **“En todo caso, la responsabilidad de reportar oportunamente la información requerida para el pago de los intereses a las cesantías, es de la Entidad Territorial.”** Ello significa que, en todos aquellos eventos en los cuales el Ente Territorial reporte la liquidación de las cesantías en forma extemporánea (posterior al 05 de febrero), **no es posible endilgarle responsabilidad al FOMAG, derivada del pago tardío de los intereses,** (posterior al 31 de marzo) pues las eventuales consecuencias y/o reclamaciones por parte del titular del derecho, por mandato legal deben ser asumidas por el Ente Territorial.
19. Las cesantías del accionante fueron consignadas el **31 de marzo de 2021,** esto es, dentro de los términos legales que prevé el art. 4 del Acuerdo 39 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG, por ende, la pretensión indemnizatoria, está llamada a claudicar, pues la norma Especial tiene prevalencia sobre la del Régimen General que establece el pago de los intereses, en el mes de enero.

Derivado de lo hasta aquí expuesto, me permito oponer las siguientes:

4. EXCEPCIONES DE MÉRITO

- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN – LOS DOCENTES ESTATALES AFILIADOS AL FOMAG NO TIENEN DERECHO A LA SANCIÓN MORATORIA PREVISTA EN EL NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990 - SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SUJ-032-CE-S2-2023**

El Consejo de estado en **Sentencia de unificación Jurisprudencial - SUJ-032-CE-S2-2023** de fecha (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023) – Unificó jurisprudencia frente al tema objeto de debate se pronunció en los siguientes términos:

*56. De acuerdo con todo lo expuesto en precedencia, se establece que las **leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, así como sus decretos reglamentarios no extendieron la sanción moratoria causada por la falta de consignación del auxilio de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG y regulados por la Ley 91 de 1989** y, en todo caso, es incompatible con el sistema que prevé la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio en las AFP, comoquiera que se trata de un sistema especial que establece unas normas acordes con su funcionamiento.* (Negrilla y subrayado fiera del texto original)

157. Sin embargo, en el evento en que la entidad territorial haya omitido afiliarlo al FOMAG el docente estatal no se beneficiaría de aquellas, entre ellas, el reconocimiento de los intereses a las cesantías sobre el saldo total, en la medida en que este no existiría, de modo que le reportaría mayor utilidad las garantías de la Ley 50 de 1990 con fundamento en el cual tendría derecho a la sanción moratoria derivada del incumplimiento del empleador.

Por lo anterior, fijó **regla de unificación jurisprudencial** en los siguientes términos:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

El régimen legal aplicable para el demandante no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que **NO LE SON APLICABLES** las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Teniendo en cuenta que para el presente asunto, las pretensiones invocadas por el demandante se relacionan justamente con el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indicando con esto que hay similitud fáctica y de derecho dentro del presente asunto

y la sentencia de unificación, me permito solicitar respetuosamente a este despacho que en cumplimiento a lo establecido por el Consejo de Estado mediante la sentencia de unificación referenciada, se decida conforme a lo establecido por la misma, y dentro del presente caso se nieguen las pretensiones invocadas por el demandante.

- **INEXISTENCIA DEL DEBER DE LA NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FOMAG, DE PAGAR INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR LA PRESUNTA CANCELACIÓN TARDÍA DE LOS INTERESES DE LAS CESANTIAS DOCENTES**

El Régimen General, Núm. 1º del Art, 1º de la Ley 52 de 1975, en concordancia con el Núm. 2º Art. 99 Ley 50/90, señaló la forma de liquidación de los intereses sobre cesantías, los cuales son equivalentes al 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

A su vez, el Núm. 3º del Art, 1º de la ley 52 de 1975, dejó prevista la indemnización moratoria derivada de cancelación tardía de dichos intereses, los cuales, por previsión expresa del numeral 2º de este mismo canon, deben ser pagados al trabajador, en el mes de enero del año siguiente a su causación. En razón a que nada se dijo sobre el día exacto de pago, se sobrentiende que debe concurrir, a más tardar, el último día del citado mes de enero, junto al salario.

El demandante considera que dicha norma es aplicable a los docentes aparados por el Régimen Especial FOMAG, la pretenciosa en la demanda.

Sin embargo, ha de tenerse presente que, la liquidación de los intereses al interior Régimen FOMAG, no consulta las normas del Régimen General, pues como de explica en los fundamentos legales y jurisprudenciales de la contestación, es aplicable la ley 91 de 1989 en concordancia con el Acuerdo 39 de 1998, cuyas normas liquidan este concepto, tomando la totalidad del valor de las cesantías acumulada, y le aplican la DTF comercial promedio certificada por la SuperFinanciera. Así lo explica el Consejo de Estado Exp. 4854-2014 en sentencia del 24 de enero de 2019:

“Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989. Veamos:

Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así: "

TRABAJADOR BENEFICIARIO DE LEY 50/1990	DOCENTE COBIJADO POR LA LEY 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): \$400.000	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): \$840.840

Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el Magisterio, Gobierno y Congreso en el Proyecto de Ley No 159 de 1989.

En el anterior orden de ideas, amparo del canon 3º y 4º del Acuerdo 39 de 1989, los intereses a las cesantías docentes deben ser pagados al trabajador, en el mes de marzo del año siguiente a su causación. En razón a que nada se dijo sobre el día exacto de pago, se sobreentiende que debe concurrir, a más tardar, el último día del citado mes de marzo, junto al salario.

Acreditada y fundamentada en debida forma la presente excepción, solicito al Juez de instancia su declaratoria, con las consecuencias benéficas para las Entidades que represento, liberándolas de las pretensiones incoadas.

- **IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE EQUIPARAR LA ACTIVIDAD OPERATIVA “LIQUIDACIÓN DE LA CESANTIA”, REALIZADA POR EL ENTE TERRITORIAL, CON LA DE “CONSIGNACION DE LA CESANTÍA”, PARA EXTENDER LAS PREVISIONES INDEMNIZATORIAS DE LA LEY 50 DE 1990,**

Ha sido explicado ya con la rigurosidad necesaria, que dentro del Sistema Especial FOMAG, una de las participaciones en el trámite de las cesantías, la cumple el Empleador del docente, (**Ente Territorial**) “*liquidando las cesantías (pues Min-Hacienda ya ha pre-girado los recursos al Fondo)*”, así como la respetiva remisión del Informe a la Fiduciaria, en los términos y oportunidades previstas en el Acuerdo 38 de 1998 (art. 2 y 3º). Los Administradores de Justicia desconocen la realización de estas actividades, en los precisos términos expuestos, y consideran en forma errónea y generalizada, que dentro del Régimen Especial acontece una actividad idéntica o similar a la prevista en el Régimen General (Ley 50/90). Es decir, -no se sabemos dónde, ni cómo-, deducen que las cesantías docentes son consignadas al FOMAG, bien sea por el Ente Territorial, o por la Fiduciaria. Ello es lo que logra abstraerse de las providencias, porque en forma clara y precisa no es mencionado en ellas. Lo cierto que fulminan condena, por la supuesta “*consignación extemporánea*”.

Iura novit curia, en tanto que hace parte de las presunciones *Iuris Tantum*, exige una responsabilidad de dimensiones mayúsculas para el Administrador del Justicia del Estado Democrático de Derecho, y le endilga el deber – por virtud del principio a la necesidad de la prueba-, de emitir decisión judicial, soportada en las normas de derecho sustancial y adjetivas que regulan la causa, con respaldo en los medios de convicción valorados racionalmente en su conjunto.

Sin embargo son varios los casos donde se ha condenado a **LA NACIÓN – MEN - FOMAG**, al pago de la “*indemnización por consignación extemporánea de cesantías*” (Ley 50/90), configurando la errónea aplicación de normas jurídicas, así como errores de hecho por falso juicio de existencia derivado de suposición probatoria, o de identidad, por tergiversación del medio suasorio.

La actividad de “liquidación de las cesantías” no comporta su consignación. Son actos ampliamente diferentes, con un ingrediente adicional: **La liquidación exige su previo giro al Fondo.** Es decir, se constituye en “*conditio sine qua non*” para la liquidación de la prestación, **su previo descuento de los recursos que ingresarían al Ente territorial, y su pre- giro al Fondo.** La liquidación de la prestación no es equivalente a su consignación, y, por ende, no es posible al interior del Sistema FOMAG, extender las consecuencias indemnizatorias del Régimen General (Ley 50/90). Se desconoce la forma en que el operador judicial ha hallado respaldo probatorio, en los casos que ha condenado al pago de penalidad por consignación extemporánea, dentro de este régimen.

Acreditada y fundamentada en debida forma la presente excepción, solicito al Juez de instancia su declaratoria, con las consecuencias benéficas para las Entidades que represento, liberándolas de las pretensiones incoadas

- **IMPOSIBILIDAD OPERATIVA DE QUE SE CONFIGURE SANCIÓN MORATORIA POR CONSIGNACIÓN TARDÍA**

La actividad operativa de **“consignación de las cesantías antes del 15 de febrero en un Fondo”** al interior de los regímenes que regulan esta prestación, constituye **conditio sine qua non** para que un caso concreto, se abra paso la **“indemnización por consignación extemporánea”**. Es decir, la inobservancia del primer acto, conduce en forma consecencial a la configuración de la penalidad referida. Con razón el Régimen General contenido en la Ley 50 de 1990, lo hay establecido en el canon 3º de su artículo 99, en ese orden.

Al detallar y desglosar la citada norma, en busca de su sentido a partir de la literalidad de esta (*método de interpretación gramatical o exégeta*), y en búsqueda de los fines o propósitos del Legislador (*interpretación teleológica*), se logra arribar a las siguientes consideraciones: **i). Gramaticalmente**, la norma no ofrece resistencia, pues se limita a plasmar un mandato en cabeza del empleador: el de consignar la prestación liquidada, antes del 15 de febrero del año siguiente, so pena de soportar condena indemnizatoria allí descrita. **ii). Teleológicamente**, la consignación oportuna es la manera de garantizar el acceso a la prestación, en aquellos eventos en que su titular requiera disponer de dichos recursos. Luego, la inobservancia de este mandato, sanciona la desidia y procura evitar una lesión mayúscula a los intereses de su titular, la cual se generaría si la premura de las circunstancias exige su retiro parcial o definitivo, y los recursos no se hallan siquiera consignados en el Fondo.

Al interior del Sistema Especial – FOMAG, tal como se ha explicado en los fundamentos de derecho, el **Empleador (Ente Territorial)** no realiza la consignación de las sumas monetarias por conceptos de cesantías de sus docentes trabajadores, al Patrimonio Autónomo – FOMAG.

Así las cosas, es importante poner de presente al honorable despacho el trámite interno y las razones por la cuales existe imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía:

En primer lugar, es importante establecer que las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la **“consignación de cesantías”**, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de **“liquidación del valor de las cesantías”** debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Una vez surtido el trámite a cargo de **las entidades territoriales en cuanto a la liquidación del valor de las cesantías, antes del 05 de marzo de la vigencia siguiente a la actividad operativa**, el FOMAG realiza los respectivos pago en cuanto a los intereses de cesantías, en atención a que **las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET)** perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG, siendo esta razón suficiente para la improcedencia del reconocimiento y pago la sanción moratoria por la no consignación oportuno de las cesantías, ya que, **existe una imposibilidad operativa de que exista sanción moratoria por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.**

Dentro de este marco ha de considerarse que, **no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.**

Esta dinámica acontece al interior de FOMAG, debido a su Régimen Especial, misma que es desconocida por los Administradores de Justicia, desde Juez hasta Magistrado de Corte, y, debido ello, ninguna de sus providencias se halla fundamentada, ni hace referencia siquiera sucinta a los procedimientos que la Ley 91 de 1989, el Decreto 196 de 1995, la Ley 715 de 2001, la Ley 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003, y el Acuerdo 39 de 1998 del Consejo Directivo de FOMAG, tienen previsto para regular **las fuentes de financiación de las prestaciones sociales docentes, su forma y tiempos de giro al Fondo, ya la Entidad que realiza dicha actividad.**

Dilucidado el asunto, en tanto y por cuanto que, la *conditio sine qua non* de **"consignación de las cesantías antes del 15 de febrero en un Fondo"**, es **inexistente** dentro del Régimen Especial FOMAG, **torna también en inexistente** la posibilidad de que, llegado el 15 de febrero los recursos por concepto de cesantías docentes no se hallen consignados en el Fondo, y como consecuencia lógica y racional de ello, **torna inexistente** cualquier forma de penalización derivada de *"consignación extemporánea"*.

Son silogismo apenas concatenados y consecuenciales entre sí: **"La inexistente actividad de consignar las cesantías antes del 15 de febrero"**, convierte en inexistente la posibilidad de **"consignación extemporánea"** de la prestación; por ello, desaparece la *"conditio sine qua non"*, la cual, a su vez, borra o desdibuja la **"indemnización por consignación extemporánea"**

Acreditada y fundamentada en debida forma la presente excepción, solicito al Juez de instancia su declaratoria, con las consecuencias benéficas para las Entidades que represento, liberándolas de las pretensiones incoadas

Con todo lo anterior queda demostrada la improcedencia de la pretensión elevada por el accionante, de tal suerte que la misma no se encuentra llamada a prosperar conforme la motivación referida a lo largo de la excepción propuesta.

- **TÉCNICA DE DISTINCIÓN (DISTINGUISHING) COMO RAZÓN PARA NO APLICAR UNA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL, O CON EFECTO INTER PARES,** la cual sustento de la siguiente manera:

La práctica de **distinción** (*distinguishing*) es exótica en los sistemas de derecho continental, puesto que se aplica solo en un sistema en el que exista la obligación de seguir el precedente.⁸ Esta operación, cada vez más frecuente en el sistema jurídico colombiano, *“reitera la importancia de **identidad fáctica y jurídica** en el razonamiento con Precedentes.”*⁹

No se trata entonces de menguar la función interpretativa, integradora y unificadora de la jurisprudencia, sino de identificar racionalmente la inexistente configuración de los mismos presupuestos fácticos y jurídicos contenidos tanto en la sentencia que pretendía aplicarse, como frente al caso que se va a resolver. Lo que ocurre es que, al acudir a dicho mecanismo

*“el precedente del que se apartan mantiene su vigencia, puesto que lo que se hace en estricto sentido es no aplicarlo en un caso particular, concreto y determinado, debido a que no guarda similitud fáctica o jurídica con el caso que se estudia.”*¹⁰ No son pocos los casos de aplicación de esta técnica en nuestro ordenamiento patrio.¹¹

En el caso que ahora nos convoca, se ha solicitado dar aplicación a la Sentencia de Unificación SU-098 de 2018, y, de hecho, ha sido aplicado por los Administradores de Justicia, **bajo el erróneo y ciego pretexto**, que dicha providencia extendió a los docentes del Magisterio, las consecuencias indemnizatorias por consignación extemporánea de las cesantías (Ley 50/90). Sin embargo, téngase presente que en virtud de la *“**aplicación de la técnica de distinción**”* el Operador Judicial debe efectuar una valoración respecto de la **identidad fáctico-jurídica** contenido en dicha providencia, y confrontarla con la realidad exteriorizada en el caso concreto que se halla resolviendo.

⁸ Troper, Michel y Grzegorzczk, Christophe. *“Precedent in France”*, pp. 103 – 140, en: McCormick, D. Neil et al. *Interpreting Precedents*, Darmouth Publishing Company, 1997.

⁹ Deik Acostamadiado, Carolina. *“El precedente Contencioso Administrativo”: Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, serie intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 19, 2018.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 11 de mayo de 2016, Exp: 11001031500020160038000 M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹¹ Por memorar algunos, tenemos: i). Sentencia del 17 de marzo de 2016, de la Sección Segunda, Subsección A del C. Estado. Rad: 2015-02741. M.P. William Hernández Gómez. ii). Sentencia del 02 de julio de 2015, de la Sección Primera del C. Estado. Rad: 2013-04281-01. M.P. Marco Antonio Velilla. iii). Sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2015, de la Sección Quinta del C. Estado. Rad: 2015-01515-01. M.P. Carlos Enrique Moreno.

Desde sentencia **SU-573 de 2019**, la misma Corte Constitucional en sede de Unificación Jurisprudencial, realizó una valoración entre el contenido de la citada SU-098 de 2018, y los presupuestos de hecho y derecho fundante de la SU-573 de 2019. Se concluyó que los presupuestos de la primera, (*Entidad Territorial no afilió el docente a FOMAG, y no le cancelo cesantías de varias anualidades*), eran ampliamente distintos a los de la segunda (*presunta consignación extemporánea de cesantías*), al FOMAG, y que, además, el derecho reconocido al accionante en SU-098 de 2018, se debió a la **“no afiliación oportuna del docentes al FOMAG, por parte del Ente territorial”**, seguido de **“la afiliación tardía al FOMAG”**, y, finalmente, **“la consignación al FOMAG, de las cesantías no había reconocido en las anualidades alegadas.”** Adicionalmente, se tuvo presente que **el extremo condenado en esa ocasión, fue el Ente Territorial, pues FOMAG, no fue vinculado como parte pasiva**. Los detalles más explícitos del caso se hallan contenidos en el acápite de fundamentos jurídicos y jurisprudenciales.

Misma situación de **inexistencia de identidad fáctica y jurídica** ocurre respecto de la **Sentencia Rad: 76001233100020090086701 – Exp. 4854-2014 – Consejo de Estado**, providencia a través de la cual se dio cumplimiento a la Sentencia SU-098 de 2018.

Fuerza entonces concluir que, el Operador de instancia, al efectuar esta actividad del razonamiento (*técnica de distinción*) dentro del caso *sub examine*, evidenciará que los presupuestos de hecho y derecho que le imputa el demandante a las Entidades demandadas, distan diametralmente, de los acaecidos en las sentencias mencionadas. Todo ello aunado al hecho que, al interior que Sistema Especial FOMAG, no se estructura la “consignación extemporánea”, y por ende, claudica la solicitud indemnizatoria Ley 50/90.

Con relación aplicabilidad de la sentencia SU 98 DE 2018, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA en fecha (10) de agosto de dos mil veintidós (2022) bajo el expediente 63001-33-33-001- 2022-00007-00, se pronunció así:

(...)

El análisis de aparente compatibilidad que realiza la Sentencia SU-098 de 2018 realmente es fruto de una interpretación normativa sesgada que no tuvo en consideración la normativa especial de los docentes, ni siquiera se realiza cita alguna distinta al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y que aísla la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y pretende extrapolarla sin justificación razonable al régimen especial docente. Con lo cual evidentemente trasgrede el principio de inescindibilidad al no justificar previamente la existencia de una verdadera obligación de consignación de cesantías de las entidades *territoriales*.

(...)

Dentro de la misma providencia consideró que NO existe identidad fáctica:

Así las cosas, al no existir dentro del régimen especial docente la obligación de consignación anual de las cesantías, ya sea por el Fomag o la Secretaría de Educación donde labore el docente, no se tiene establecido el derecho al reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de esta prestación laboral como se consagra en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, desde el 15 de febrero de 2021, como tampoco al reconocimiento de la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975.

Por otro lado, ha **quedado claro que ni la sentencia SU-098 de 2018 ni las decisiones del Consejo de Estado invocadas por la parte demandante son aplicables al presente caso ya que no guardan identidad fáctica**, así, en estos casos siempre ha existido afiliación de la parte demandante al Fomag, especialmente en el año 2020, y dichas decisiones no tienen carácter vinculante.

A su turno, el juzgado catorce administrativo oral del circuito de Bogotá, en sentencia de fecha once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022), Expediente: 11001333501420220015700, al analizar un caso de similares contornos jurídicos, negó las pretensiones de la demanda al considerar que:

(...)

El artículo 9 de la Ley 91 de 1989 preceptúa que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante delegación que realiza en las entidades territoriales, es la responsable del reconocimiento de las prestaciones sociales, dentro de las cuales se encuentran las cesantías, en favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Acorde con lo anterior, el artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019 establece que “las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

La norma en comento, dispone igualmente que para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud “el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de obligaciones definidas por la ley (...)”.

Conforme a lo expuesto hasta el momento, se puede afirmar que las cesantías de los docentes se pagan a través de Fonpremag y no mediante un conjunto de cuentas individualizadas para cada docente. Esto es así, teniendo en cuenta que los profesores del sector público son afiliados forzosos al Fondo de Prestaciones del Magisterio, según lo

dispone el artículo 4° de la Ley 91/89, por lo tanto, no tienen la posibilidad de escoger un fondo de cesantías privado o público para que el Ministerio de Educación les consigne el auxilio de cesantías.

De otra parte, **conforme al recuento normativo realizado en esta sentencia, no existe una disposición jurídica que le imponga a Fonpremag la obligación de consignar las cesantías. Lo que se garantiza es que dentro de los primeros días del año, las secretarías de educación de las entidades territoriales reporten y remitan a Fonpremag las liquidaciones anuales de cesantías de los docentes de su cargo, en los formatos que para el efecto disponga el Ministerio de Educación**, y que este a su vez, dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo de la información por parte del ente territorial, la enviará a la entidad fiduciaria.

(...)

Por lo anterior, se puede concluir que la sentencia SU98 de 2018 no guarda identidad fáctica para darle aplicabilidad al presente caso, como también es dable afirmar que al interior de sistema FOMAG no existe cuentas individuales para cada docente, en razón a que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

Acreditada y fundamentada en debida forma la presente excepción, solicito al Juez de instancia su declaratoria, con las consecuencias benéficas para las Entidades que represento, liberándolas de las pretensiones incoadas.

- **NO PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS**

No se abre paso la condena en costas, al ampro de la sentencia proferida por la Sección Segunda del 18 de julio de 2018¹², donde expuso

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” –CPACA-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

¹² Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A, Sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

Es sobre los anteriores criterios que el juez de instancia debe estructurar o no la condena en costas. Por su parte, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., a su vez, señala que **“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”**. Sin embargo, la aplicación de este precepto legal, debe armonizarse con el numeral 8º, el cual señala que **“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”**.

Es decir, cuando no aparecen causadas las costas, como el caso de marras, no procederá la condena en este sentido. Con razón el Consejo de Estado¹³, ha sentenciado:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”

En otra oportunidad, esta misma Corporación¹⁴ sostuvo:

*“Debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda[28] de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, **lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. En el caso, no***

¹³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez

¹⁴ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, sentencia del 26 de abril de 2018, Radicación: 19001-23-33-000-2014-00452-01(0104-17), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

se observa una mala conducta de las partes o que hayan actuado de mala fe, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, razón por la cual se negará la pretensión relacionada con la imposición de costas”.

Analizada la normatividad legal que rige la condena en costas, así como el desarrollo jurisprudencial que orienta y prevé las pautas a seguir por los jueces para fulminar o abstenerse de condenar; se observa dentro del presente *sub lite*, que no se hallan criterios **objetivos valorativos** que demuestren su causación.

Lo que si se evidencia es lealtad procesal, y buena fe en cabeza de esta Entidad demandada; tan al punto que, en el curso del proceso, no combate ni pretende combatir el derecho al pago de la sanción moratoria a favor del accionante, sino que se limita a verificar y solicitar que el derecho reconocido al demandante, se ajuste a la realidad y justicia material contenida en la situación fáctica que dieron origen a la presente Litis.

No se evidencian maniobras fraudulentas, dilatorias o de mala fe, por parte de las Entidades que represento; razón por la cual, solicito al Honorable Despacho, absolver de la condena en costas a este extremo demandado.

- **EXCEPCIÓN GENÉRICA.**

En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación del hecho que configuran una determinada excepción, sino la prueba de estos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

5. PRUEBAS

Solicitamos se tengan como pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario, las siguientes:

- Comunicado 008 del 11 de diciembre de 2020 emitido por la Fiduprevisora dirigido a las entidades territoriales, para la entrega del reporte de liquidación de las cesantías para pago de intereses en la primera nomina año 2021.

- Comunicado 16 del 17 de diciembre de 2019 dirigido a las entidades territoriales, sobre las fechas de entrega del reporte de liquidación de las cesantías para pago de intereses primera nomina año 2020.
- Acuerdo 39 de 1998 emitido por el Consejo Directivo FOMAG para reporte de las secretarías de educación de los intereses moratorios.
- Certificado de afiliación
- Certificado de extracto de intereses a las cesantías
- **Sentencia de unificación Jurisprudencial - SUJ-032-CE-S2-2023** de fecha (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

7. ANEXOS

- Poder conferido a mi favor, junto con la representación Legal.

8. PETICION

Corolario de lo expuesto, y en concordancia con las excepciones planteadas, solicito al Despacho que, previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas.

1. Por lo anterior se solicita de manera respetuosa **aplicar la regla jurisprudencial fijada por nuestro órgano de cierre** el cual se debe aplicar a todos los casos **pendientes de solución tanto** en vía administrativa como judicial, en los términos del artículo 102 del CPACA, y como consecuencia de lo anterior se denieguen las pretensiones de la demanda.
2. Condenar en costas a la parte demandante.
3. Se me reconozca personería jurídica dentro de la presente actuación.

9. NOTIFICACIONES

La entidad demandada recibe notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A., ubicada en la Calle 72 No. 10-03 Bogotá, y al correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co y procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co.

A la suscrita en el correo electrónico t.msalazar@fiduprevisora.com.co

Del señor(a) Juez,

MARÍA EUGENIA SALAZAR PUENTES

CC. No. 52. 959. 137 de Bogotá.

T.P. No. 256. 081 del C.S. de la J.

Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 1 de 16

Honorable

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE CALI VALLE

Santiago de Cali - Valle del Cauca

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: RÓMULO TOVAR HERNÁNDEZ

DEMANDADOS: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

ASUNTO: NOTIFICACIÓN DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA, ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS (SUJETOS PROCESALES)

RADICACIÓN: 76001-33-33-014-**2022-00293-00**

Por medio del presente escrito me dirijo ante su señoría con la finalidad de informar que de conformidad con el Decreto No. 806 de 2020, artículo 3.

Procedo a notificar del respectivo memorial a los sujetos procesales como son:

- sandraospinaydjeabogados@gmail.com
- notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
- procesosnacionales@defensajuridica.gov.co
- procesosjudiciales@procuraduria.gov.co

Lo anterior para su conocimiento y fines pertinentes.

Del Honorable Juez Administrativo, con todo respeto.



CLAUDIA MARCELA ACOSTA GÁLVEZ

C. C. No. 1.116.724.451 expedida en Trujillo Valle

T. P. No. 344.016 del C. S de la J.

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia



Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 2 de 16

Honorable

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE CALI VALLE

Santiago de Cali - Valle del Cauca

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: RÓMULO TOVAR HERNÁNDEZ

DEMANDADOS: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

RADICACIÓN: 76001-33-33-014-2022-00293-00

PARTE DEMANDADA:

El Departamento del Valle del Cauca, entidad territorial, representada legalmente por la Doctora **CLARA LUZ ROLDAN GONZÁLEZ**, en su condición de Gobernadora del Departamento, de acuerdo a la Credencial que me fue expedida el día 14 de noviembre de 2019, por los Miembros de la Comisión Escrutadora Departamental, y según acta de posesión No. 001 del 1 de enero de 2020, o quien lo represente, con domicilio en la ciudad de Santiago de Cali.

APODERADA JUDICIAL DEL DEMANDADO:

CLAUDIA MARCELA ACOSTA GÁLVEZ, mayor de edad y vecina de la ciudad de Cali Valle, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.116.724.451 de Trujillo Valle, Abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 344.016 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme con el poder que le confirió la Señora Gobernadora del Departamento del Valle del Cauca, a la Directora del Departamento Administrativo Jurídico Doctora **LÍA PATRICIA PÉREZ CARMONA**, el cual me sustituyó, respetuosamente manifiesto a ese Honorable Despacho Judicial, que procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA**, en los siguientes términos:

I. LO QUE SE DEMANDA

DECLARACIONES:

1. Declarar la nulidad del acto ficto negativo, configurado el día 12 DE MAYO DE 2020 con ocasión de la petición de fecha 12 DE FEBRERO DE 2020 en cuanto negó el reconocimiento y pago de la

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia



Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 3 de 16

SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, y en la CE-SUJ-SII-012-2018- SUJ012-S2 del 18 de julio de 2018, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Declarar que mi representada tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO SECRETARIA DEPARTAMENTO DEL VALLE, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida la Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, y en la CE-SUJ-SII-012-2018- SUJ012-S2 del 18 de julio de 2018, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARIA DE EDUCACIÓN GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE**, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, y en la CE- SUJ-SII-012-2018- SUJ012-S2 del 18 de julio de 2018 a mi mandante, equivalente a Un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
2. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO SECRETARIA DE EDUCACIÓN GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA referida en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A., tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia



Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 4 de 16

3. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARIA DE EDUCACIÓN GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE** a que dé cumplimiento en lo que corresponda al fallo, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A.
4. En el evento de que se disponga la citación al trámite a la entidad territorial de la cual hace parte la Secretaría de Educación que expidió el acto administrativo demandado en nombre de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARIA DE EDUCACIÓN GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE**, se resuelva su situación jurídica frente al tema debatido en la respectiva sentencia.

II. A LOS HECHOS

PRIMERO: Es cierto, el artículo 3 de la ley 91 de 1989, creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

SEGUNDO: Es cierto, de conformidad con el párrafo 2º del artículo 15 de la ley 91 de 1989, le asignó como competencia al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el pago de la **CESANTÍA** de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

TERCERO: No me consta, si bien es cierto se nombra la solicitud en diferentes documentos anexos a la demanda, no obra documento que compruebe este hecho.

CUARTO: Es cierto, de acuerdo a la documentación que obra dentro del libelo de la demanda.

QUINTO: Es cierto, de acuerdo a la documentación que obra dentro del libelo de la demanda.

SEXTO: Me atengo a lo que resulte probado dentro del decurso del proceso.

SÉPTIMO: Es cierto, de acuerdo a la documentación que obra dentro del libelo de la demanda.

III. FRENTE A LAS PRETENSIONES

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia



Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 5 de 16

Solicito respetuosamente **DENEGAR** todas y cada una de las Pretensiones de la demanda. Igualmente reconocerme personería jurídica para actuar dentro del proceso.

IV. ARGUMENTOS JURÍDICOS

Abstenerse de declarar la nulidad del acto ficto negativo. Asimismo, no condenar a la Entidad Territorial que represento a reconocer el pago de la **SANCIÓN MORATORIA** pretendida por la demandante, por cuanto **NO LE ASISTE DERECHO ALGUNO** de conformidad, con los argumentos jurídicos que ampliaré y sustentaré a continuación:

Ahora bien, en lo que respecta al ámbito de aplicación de la ley 244 de 1995. Tenemos las siguientes condiciones para la procedencia de la indemnización moratoria:

Sea lo primero definir que el auxilio de cesantías corresponde a una prestación social que se encuentra a cargo del empleador, por medio de la cual se pretende cubrir el riesgo de que el trabajador pueda quedar cesante, es decir, sin un empleo que le retribuya económicamente por la prestación de su fuerza laboral, con el fin de cubrir dicho periodo.

En principio de la ley 6ª de 1945 estableció los beneficiarios y la forma de liquidación del auxilio de cesantía, estableciendo lo siguiente:

Finalmente, mediante la ley 244 de 1995, por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se estableció la denominada sanción moratoria por el no pago oportuno de dicha prestación social, en sus artículos 1º y 2º, en los siguientes términos:

ARTICULO 1º. Centro los quince (15) días hábiles siguientes a la prestación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informárselo al peticionario dentro los primeros diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente que requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia



Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 6 de 16

ARTICULO 2º. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo basta acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable de este.

De manera que son propuestos que necesariamente deben estar satisfechos para que se configure el supuesto de hecho de la norma invocada, los siguientes:

- La norma opera únicamente tratándose del pago de las cesantías definitivas, luego supone la desvinculación del servicio de su beneficiario.
- Beneficiarios de la referida sanción moratoria son tan solo los ex –servidores públicos, de todos los órdenes.
- Aplica cuando el reconocimiento y pago de la prestación social le corresponde a la propia entidad empleadora.
- Se prevé un término de 15 días hábiles, siguientes a la prestación de la respectiva solicitud en forma por parte del funcionario retirado, para la entidad emita el correspondiente acto de reconocimiento.
- Una vez ha quedado en firme el acto administrativo de reconocimiento de la prestación de social, bien porque no se interpusieron los recursos de ley, de ser procedentes, o porque los que se presentaron fueron resueltos, es que empieza a descontarse el término de 45 días hábiles para la cancelación efectiva de la suma que se hubiera liquidado.
- Se ha de tener en cuenta que el primer caso se agrega al lapso de 15 días con los contaba la entidad para pronunciarse 5 días más, que es el termino de ejecutoria de la decisión de la administración, y en el segundo, el plazo de 45 días tan solo empieza a contabilizarse a partir de la notificación del acto de resolución de los recursos.

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia



Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 7 de 16

- La indemnización moratoria, como tan bien se le conoce, no es una prestación social, la prestación es la cesantía y equivale la primera a un día de salario, no de la asignación básica, por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago.
- No se pasará por alto que, si bien es cierto, el artículo 1º, como fuera duplicado, contempla que el beneficiario debe haber elevado una solicitud de liquidación de cesantías definitivas, la sanción moratoria también procede aun en el evento en que sin mediar solicitud del interesado la administración emite el acto de reconocimiento, pero luego deja transcurrir más de 45 días hábiles para su pago sin haberlo verificado. Esto es, que no admitirá la interpretación por la que se postule que en ni habiendo solicitud de parte interesada de por medio la sanción no aplica, como quiera que ello haría inoperante el sentido de la norma.
- La sanción prevista empezó a aplicarse a partir del 29 de diciembre 1996, esto es, un año después de haber sido promulgada la ley 244, como previo el parágrafo transitorio del artículo 3º de su texto, es decir, para los empleados oficiales que se retiraran a partir de esa fecha.

De igual forma, en lo que respecta a la modificación de la ley 1071 de 2006 a la ley 244 de 1995, tenemos:

La ley 1071 de 2006 por medio de la cual se subroga la ley 244 de 1995, trajo algunas modificaciones en lo que respecta al procedimiento del pago de las cesantías, así como en lo que respecta al reconocimiento de la sanción moratoria, indicando en sus artículos 2º a 5º lo siguiente:

ARTICULO 2º ÁMBITO DE LA APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del banco de la república y trabajadores particulares afiliados al fondo nacional del ahorro.

ARTICULO 3º RETIRO PARCIAL DE CESANTÍAS. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2º de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente o sus hijos.

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia



Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 8 de 16

ARTICULO 4º TÉRMINOS. Dentro los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo

ARTICULO 5º. MORA EN EL PAGO La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el fondo nacional del ahorro.

PARÁGRAFO En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastara acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

De las normas en cita se desprende que la reforma a la ley 244 de 1995 se limitó básicamente a los siguientes aspectos:

- A partir del 31 de julio de 2006, la sanción moratoria aplica no solo respecto de las cesantías definitivas si no que cobija tan bien las parciales que solicite los servidores públicos. De donde, no hay lugar a exigir el retiro del servidor público.
- Se precisó el ámbito de aplicación de la sanción moratoria la cual tiene como sus destinatarios a los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, a los miembros de la fuerza pública a los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, a los funcionarios y trabajadores del banco de la república y a los trabajadores particulares afiliados en el Fondo Nacional de Ahorro.

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia



Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 9 de 16

- Remite el ámbito de aplicación de la norma no solo a las entidades empleadoras pagadoras de la prestación social, sino que también se refiere a la entidad que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías
- La sanción opera respecto de la entidad pública pagadora, sin perjuicio de lo que se establezca respecto del Fondo Nacional del Ahorro.

Por otro lado, en lo que respecta a los docentes afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. Aplicación de la ley 91 de 1989 y del decreto 2831 de 2005, tenemos:

Que, sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio, se tiene que el artículo 4° de la ley 91 de 1989 creó el precitado fondo como una cuenta especial de la nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual tenga más del 90% del capital.

Así mismo, se estableció que en dicha cuenta se debían afiliar a los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados al servicio educativo al momento de promulgación de dicha norma, así como a los que se vinculen con posterioridad a ella.

De igual manera, en dicha norma se estableció que prestaciones económicas y sociales de los docentes se encontraban a cargo del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, siendo que en lo respecta al auxilio de cesantías, el numeral 3° del artículo 15 ajusten estableció lo siguiente:

ARTICULO 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 sea regido por las siguientes disposiciones:

(...) (...)

3. – cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre del 1989, el Fondo Nacional de prestaciones sociales de magisterio pagara un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 enero de 1990, el Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio reconocerá y pagara un interés anual sobre saldo de

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia



Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 10 de 16

estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la superintendencia bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo periodo. Las cesantías del personal docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, continuaran sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Ahora, sobre el procedimiento para el trámite de las solicitudes de recomendación de las prestaciones sociales y económicas de los docentes que se encuentran afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, lo cual incluye el reconocimiento y pago de auxilio de cesantías, el gobierno nacional, a través del decreto No. 2831 del 16 de agosto de 2005, estableció un procedimiento especial en el cual se fijaron las pautas, términos y entidades participantes en la expedición de los actos de reconocimiento, en donde se estableció lo siguiente:

...

En este punto, a criterio de la sala, la ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, sin distinción alguna, por lo tanto en lo que respecta a los términos y el procedimiento para el reconocimiento del auxilio de cesantías de los docentes afiliados a dicho fondo, corresponde acudir a dicho canon y a las normas que lo reglamentan para determinar las etapas, condiciones, términos y formalidades propias del trámite de reconocimiento.

Se debe tener en cuenta que, de conformidad con el numeral 3º del artículo 15 de la ley 91 de 1989, por medio del cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de los docentes oficiales, se determinó que el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del magisterio es el único habilitado para la liquidación y pago del auxilio de cesantías, lo cual excluye a este sector del régimen de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la ley 50 de 1990, la ley 344 de 1996, así como a las citadas leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

En efecto, en materia de cesantías la ley 91 de 1989 establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conserven el régimen retroactivo, mientras que los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantías anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente al 31 de diciembre de cada año equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia



Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 11 de 16

De lo anterior resulta claro que, sea que se esté ante el régimen retroactivo de cesantías aplicable a los docentes nacionalizados o ante el régimen de liquidación anual aplicable para los docentes nacionales y para los vinculados a partir del 1º de enero 1990, siempre será el Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio la entidad encargada de la liquidación y pago del auxilio de cesantía, motivo por el cual los docentes afiliados al citado fondo se encuentran exceptuados del régimen fijado en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, aplicable al sector público en virtud de la ley 344 de 1996, norma esta que le impone al empleador la obligación de liquidar definitivamente dicha prestación al 31 de diciembre de cada anualidad, sin perjuicio de la que deba realizarse en fecha anterior por terminación de la relación laboral, de reconocer los intereses legales a que haya lugar, y a consignar antes del 15 de febrero de cada anualidad, en el fondo en el que empleado elija.

El valor de la cesantía, siendo que el empleador incumpla dicho plazo deberá pagar un día de salario por cada día de retardo; pues como ya se dijo, conforme se estipula en la ley 91 de 1989, el citado Fondo no tiene la obligación legal de consignar el auxilio de cesantía del docente afiliado a un determinado fondo en un periodo determinado.

Al respecto, sobre el régimen especial al de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, la H. corte constitucional ha expresado lo siguiente:

(...) en suma, los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud sistema en que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable examinar aisladamente cada una de ellas, y en tal sentido, prima facie, no resultan comparables la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes con aquellas de los trabajadores sometidos a la ley 50 de 1990.

De igual forma, teniendo en cuenta la especialidad del régimen de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio, tampoco se puede predicar que a este sector le sea aplicable la sanción, moratoria de la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, por los motivos que pasan a verse.

En primer lugar, conforme se estipula en el decreto 2831 de 2005, para el reconocimiento de cualquier prestación social docente, el interesado deberá radicar su solicitud ante la secretaria de educación del ente territorial certificado, quien a partir de ese momento cuenta con quince (15) días hábiles para elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de la prestación y para remitirlo a la sociedad fiduciaria que se encuentre encargada del manejo y administración de los recursos del fondo, quien para el caso concreto es la fiduciaria la previsora S.A., por su parte, una vez la sociedad fiduciaria recibe el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, está igualmente cuenta con otros quince (15) días hábiles para impartir su aprobación al proyecto o para indicar las razones por las cuales lo desaprueba, siendo que, una vez aprobado, el proyecto

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia



Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 12 de 16

de resolución deberá ser nuevamente remitido a la secretaria de educación territorial para que el encargado de dicha dependencia lo suscriba y notifique al interesado en los términos previstos en la ley, finalmente dentro los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento, la secretaria de educación territorial deberá enviar copia del mismo junto con la constancia de ejecutoria a la sociedad fiduciaria para efectos de realizar el respectivo pago.

De conformidad con lo visto, se puede concluir sin lugar a hesitación que el procedimiento fijado por la ley 91 de 1989 y el decreto 2831 de 2005 es el procedimiento especial aplicable al caso de las reclamaciones del auxilio de cesantía del personal docente afiliado al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, siendo que dicho procedimiento en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud, difiere sustancialmente de lo estipulado por la ley 244 de 1995 modificada por la 1071 de 2006, por tanto no se puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentre regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.

En efecto, a pesar que la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, se erige como una norma posterior a la 91 de 1988, se tiene esta norma, a pesar de ser anterior en el tiempo, constituye la norma especial en lo que respecta al procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente afiliado al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del magisterio.

Sobre este aspecto, los artículos 1º y 2º de la ley 153 de 1887 establecen como principios generales de interpretación de la ley, que siempre que se advierta una contradicción entre una ley anterior y una ley posterior, deberá prevalecer la última sobre la primera, por su parte, el numeral 1º del artículo 5º de la ley, 57 de 1988 establece a su vez que las disposiciones normativas especiales tienen prevalencia sobre las disposiciones de carácter general. Ahora, para el caso donde una norma anterior especial pueda entrar en colisión con una norma posterior general, la doctrina y la jurisprudencia han decantado que el criterio prevalente es el de la especialidad *lex posterior generalis, non derogat priori speciali*-. Al respecto, sobre los criterios de solución de antinomias normativas en lo que respecta a la prevalencia de la ley especial, ha indicado la sala de consulta y servicio civil del H. consejo de estado lo siguiente:

(...) Así las cosas, la ley posterior no deroga de manera automática las leyes especiales anteriores, salvo los casos de regulación integral de la materia o cuando, a pesar de no haber derogatoria expresa, existe en todo caso una inequívoca decisión del legislador de dejar sin vigencia normas específicas que regulan una determinada materia. Esta regla de interpretación no es una nueva y de hecho se encuentra planteada desde el tiempo atrás por la corte suprema de justicia y por el consejo de estado.

Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 13 de 16

Por otra parte, no se debe pasar por alto que la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, tal como se estableció líneas arriba, es una norma de carácter general que aplica a la mayoría de servidores públicos, la cual establece unos términos precisos para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías de tales servidores, así como una sanción para la entidad encargada del pago que no cumpla con los mismos, sin embargo, se debe tener en cuenta que la sanción precisada en dicha norma se presenta ante la mora en el pago del auxilio de cesantías, tomando como parámetro los términos que esa norma fija y no los términos establecidos en otros cuerpos normativos especiales.

Se debe tener en cuenta que en, materia sancionatoria, al igual que en el derecho penal, opera el principio de interpretación restrictiva de la norma, es decir, que las normas que establecen sanciones o que fijan límites a los derechos se deben interpretar a la determinación literal de la conducta que se sanciona, quedando proscrita todo tipo de interpretación extensiva, analógica o educativa.

Al respecto, la H. corte constitucional ha señalado como uno de los principios del derecho sancionador la prohibición de la interpretación extensiva de las normas que imponen sanciones, por cuanto el intérprete de la norma debe estar sujeto al principio de legalidad, en tanto dicho principio constituye una garantía esencial del derecho al debido proceso, argumentos que mutatis mutandis son de plena aplicación para el caso concreto:

(...) En efecto, en retiradas ocasiones esta corporación ha sometido que el ámbito del derecho sancionador – del cual como antes se sostuvo hace parte el derecho disciplinario- no cabe la interpretación y aplicación extensiva de las disposiciones que consagran las faltas. Así, por ejemplo, en la sanción T-1285 de 2005, con ocasión de una tutela interpuesta por un congresista en contra de la interpretación extensiva de una causal de paridad de investidura sostuvo esta corporación:

De acuerdo con los principios que rigen el debido proceso, de legalidad y tipicidad solo es posible derivar la falta y la sanción de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa, siendo importante resaltar que las causales de pérdida de investidura no pueden ser de creación jurisprudencial pues en materia sancionadora se impone una interpretación restrictiva, lo que excluye aplicar una interpretación extensiva o analógica (negritas añadidas).

Precisamente este es uno de los principios punto de contacto entre el derecho penal y de las diversas modalidades de derecho sancionador, pues como bien es sabido la prohibición de la interpretación extensiva en el derecho penal ha sido concebida como un límite infranqueable por la actividad judicial, pues la sujeción estricta al principio de legalidad se considera una garantía esencial integrante del derecho al debido proceso.

Entonces, a pesar que el fallador en materia disciplinaria goza de amplitud para la educación típica de la conducta investigada, dicho margen encuentra un límite en principios tales como la prohibición de la interpretación

Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 14 de 16

extensiva de las disposiciones legales contentivas de las faltas disciplinarias, limite que su vez se convierte en una garantía del derecho al debido proceso de los sujetos disciplinables.

Ahora, tal como se ha venido argumentando, para el caso del demandante, teniendo en cuenta su calidad de docente, afiliada al Fondo Nacional de prestaciones sociales de magisterio, las normas especiales, y por tanto prevalentes, que regulan el procedimiento para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes que se encuentran a cargo de dicho fondo, son las establecidas en la ley 91 de 1989 y en el decreto 2831 de 2005 siendo que en dichas disposiciones no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías, de lo cual se concluye que a la demandante no le asiste derecho al reconocimiento deprecado.

De igual manera, como ya se explicó, el procedimiento estipulado en las normas precitadas no depende únicamente de la entidad demandada LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA. Pues en dicho procedimiento concurre igualmente la secretaria de educación del ente territorial certificado a cuya planta pertenece el docente, en cuanto es a quien le corresponde elaborar el proyecto de acto administrativo definitivo, y por otra parte, le corresponde a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del fondo, emitir aprobación del proyecto de acto administrativo y efectuar el pago respectivo de la prestación una vez reciba la copia del acto administrativo definitivo de reconocimiento, siendo que para el caso concreto, ni siquiera es posible determinar, en gracia de discusión, cuál de las entidades involucradas en el procedimiento referenciado fue la que incurrió en mora respecto a los términos fijados en el decreto 2831 de 2005, siendo este un argumento adicional para fundamentar la inaplicabilidad de la ley 244 de 1995 para el caso de los docentes afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales magisterio.

Finalmente, resulta claro entonces que la Administración Departamental – Secretaría de Educación, no puede reconocer y pagar la sanción moratoria solicitada, ya que dicha atribución corresponde a la del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través del Ministerio de Educación (Nación).

V. EXCEPCIONES

Me permito proponer las siguientes excepciones:

COBRO DE LO NO DEBIDO

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia



Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 15 de 16

La excepción del cobro de lo no debido la propongo toda vez que la entidad que represento no está en la obligación de cancelar la sanción moratoria pretendida por la actora, toda vez que no está demostrado que la administración departamental haya infringido norma alguna u obrado de mala fe.

PRESCRIPCIÓN

Esta excepción la propongo en virtud del Artículo 151 del C.P.L según el cual, “el termino para que prescriban las acciones laborales será de tres (3) años que se contarán a partir de que la respectiva obligación se haya hecho exigible”.

INNOMINADA

Esta excepción consiste en todo hecho o acto que resulte probado dentro del proceso, en virtud del cual se establezca que el Departamento del Valle del Cauca no tiene la obligación legal de indemnizar los perjuicios solicitados en la demanda.

VI. SOBRE COSTAS

1. Solicito al Honorable Juez se condene en costas a la parte demandante, en la medida en que está facultado para ello en virtud de lo establecido en el artículo 188 del C.P.A. y de lo C.A. (Ley 1437 de 2011).

VII. PRUEBAS

Téngase en cuenta las siguientes pruebas las cuales se aportan como antecedentes administrativos dentro del proceso de la referencia:

DOCUMENTALES:

1. Oficio SADE No. **2023-371076** con fecha del día 30 de octubre de 2023, por medio del cual la suscrita le solicita a la señora ZULMA LÓPEZ ORDOÑEZ, Funcionaria Adscrito, Secretaria de Educación Departamental, antecedentes administrativos correspondiente del señor RÓMULO TOVAR HERNÁNDEZ, Contentivo de Dos (02) folios.

Me permito manifestar al despacho, que a la fecha la secretaria de educación se encuentra adelantando todos los trámites correspondientes para reunir el expediente administrativo del señor RÓMULO TOVAR HERNÁNDEZ, por lo que una vez la entidad de respuesta, inmediatamente serán allegados al proceso.

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia



Departamento del Valle del Cauca  Gobernación	CONTESTACIÓN DEMANDA	Código: FO-M10-P1-04
		Versión: 01
		Fecha de Aprobación: 15/08/2018
		Página 16 de 16

VIII. ANEXOS

1. Poder de sustitución de la directora del Departamento Administrativo Jurídico del Valle del Cauca, Doctora Lía Patricia Pérez Carmona a mi favor, y de acuerdo con el poder otorgado por la Señora Gobernadora del Departamento del Valle, con sus correspondientes anexos. Contentivo de Diecinueve (19) folios.
2. Documento con el cual se da Contestación a la demanda. Contentivo de diecisiete (17) folios.
3. Traslado de excepciones. Contentivo de tres (3) folios.

IX. NOTIFICACIONES

1. La demandante y su apoderado judicial en las direcciones que relaciona en el libelo de la demanda.
2. La parte demandada, Señora Gobernadora del Departamento del Valle del Cauca, las recibirá la directora del Departamento Administrativo Jurídico Doctora Lía Patricia Pérez Carmona en su Despacho ubicado en el Edificio de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, Palacio de San Francisco, Carrera 6ª Calle 9 y 10, Departamento Administrativo Jurídico, 2º piso, Santiago de Cali.
3. Las mías las recibiré en la Secretaría de su Honorable Despacho o en la Oficina del Edificio de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, Secretaría Jurídica, 2º piso, Palacio de San Francisco, Calle 10 con carrera 6, Santiago de Cali. Correos electrónicos: njudiciales@valledelcauca.gov.co y nconciliaciones@valledelcauca.gov.co

De conformidad con los artículos 203 Y 205 del C.P.A.C.A, solicito se me sea notificado a mi Correo Electrónico: claudiaacosta22@hotmail.com

Del Honorable Juez Administrativo, con todo respeto.



CLAUDIA MARCELA ACOSTA GÁLVEZ

C. C. No. 1.116.724.451 expedida en Trujillo Valle

T. P. No. 344.016 del C. S de la J.

Folios cuarenta y uno (41) folios.

NIT: 890399029-5

Palacio de San Francisco – Carrera 6 Calle 9 y 10 · Piso: 2 · Teléfono: 6200000. Extensión: 2036

Correo: claudiaacosta22@hotmail.com · www.valledelcauca.gov.co

Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia





Señores:

JUZGADO 014 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

E. S. D.

Radicación:	760013333014202200293
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	ROMULO TOVAR HERNANDEZ
Demandados:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
Asunto:	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

MARIA EUGENIA SALAZAR PUENTES, mayor de edad, identificada con cedula de ciudadanía No.52.959.137 de Bogotá, titular de la tarjeta profesional No. 256.081 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada sustituta de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, de conformidad con la sustitución otorgada por la **Dra. MILENA LYLYAN RODRIGUEZ CHARRIS**, abogada titulada, mayor de edad, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 32.859.423 de Malambo (Atlántico) y portadora de la Tarjeta Profesional No. 103.577 del CSJ., en su la calidad de **APODERADA GENERAL** de la mencionada entidad, en los términos señalados por la Escritura Publica No. 1796 de 13 de septiembre de 2023, otorgada por la Notaría (10a) del círculo de Bogotá del Círculo de Bogotá D.C , por medio del documento me permito presentar contestación de demanda dentro del presente asunto, conforme a las siguientes consideraciones:

1. A LAS PRETENSIONES.

ME OPONGO a la totalidad de las **PRETENSIONES DECLARATIVAS** formuladas por la parte accionante, en contra de las Entidades que represento, puesto que, una vez realizado el estudio legal de cada una de ellas, se observa que debe declararse la legitimación del Ente Territorial, para asumir el pago de la sanción moratoria causada a partir 2020; al amparo del

artículo 57 de la Ley 1955 de 2019¹, en el evento de declararse la nulidad de los Actos Administrativos solicitados, lo anterior en razón a que la sanción moratoria ha de ser reconocida y pagada con recursos propios de la entidad que generó la mora por la tardanza del trámite a su cargo, esto es, Departamento del Valle del Cauca, pues si bien emitió y notificó el acto administrativo dentro del término legal, no es menos cierto que, la remisión del envío de pago a la entidad Fiduciaria se realizó de manera extemporánea.

En correspondencia de lo anterior, y al ser las **PRETENSIONES DE CONDENA**, consecuencia de las primeras, **ME OPONGO TAMBIÉN A LA PROSPERIDAD DE ESTAS**, puesto que, una vez realizado el estudio legal de cada una de ellas, se observa que el Ente Territorial, debe asumir la condena en el pago de la sanción moratoria; al amparo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, en el evento de declararse la nulidad de los Actos Administrativos solicitados.

La Entidad Territorial - **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, es el llamado asumir las condenas señaladas, en el evento de declararse la nulidad de los Actos Administrativos solicitados. teniendo presente que fue dicho Ente quien emitió de la Resolución a través de la cual se cancelaron las cesantías definitivas a la accionante; y consecuentemente, le asiste responsabilidad a título individual, tal como se desprende de la interpretación armónica del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

2. A LOS HECHOS.

FRENTE AL HECHO PRIMERO: NO ES UN HECHO; de conformidad con lo estipulado en la ley 91 de 1989 en cuanto a la competencia del FONDO NACIONAL DE PRESTACION SOCIALES DEL MAGISTERIO.

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: Me atengo a lo probado y resuelto dentro del curso del proceso, por tal motivo solicito se aplique lo establecido en el artículo 167 de C.G.P.

FRENTE AL HECHO TERCERO: Me atengo a lo probado y resuelto dentro del curso del proceso, por tal motivo solicito se aplique lo establecido en el artículo 167 de C.G.P.

¹ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad".

FRENTE AL HECHO CUARTO: Me atengo a lo probado y resuelto dentro del curso del proceso, por tal motivo solicito se aplique lo establecido en el artículo 167 de C.G.P.

FRENTE AL HECHO QUINTO: Me atengo a lo probado y resuelto dentro del curso del proceso, por tal motivo solicito se aplique lo establecido en el artículo 167 de C.G.P.

FRENTE AL HECHO SEXTO: NO ES UN HECHO, sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 1955 de 2019, artículo 57, establece un correctivo a las entidades territoriales cuando la moratoria se generó por la tardanza del trámite a su cargo.

FRENTE AL HECHO SEPTIMO: Me atengo a lo probado y resuelto dentro del curso del proceso, por tal motivo solicito se aplique lo establecido en el artículo 167 de C.G.P.

FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

Las sentencias de unificación SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional y SUJ-012-S2 del Consejo de Estado, de los años 2017 y 2018, respectivamente, ha sido adversa a la posición inicialmente sostenida por la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en los casos relacionados con la sanción moratoria en el pago de las cesantías que imponen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Al respecto, las Altas Cortes determinaron que la sanción por mora si es aplicable al pago de las cesantías del FOMAG, a pesar de que no esté provisto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005.

No obstante, lo anterior, la presencia de problemas operativos en las Entidades Territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al FOMAG.

Si bien es cierto, el Decreto 1272 de 2018, modifico entre otras cosas el procedimiento para el reconocimiento de cesantías por parte de las Entidades Territoriales certificadas, ajustando los términos para resolver las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del magisterio, la atención a las mismas está sujeta al turno de radicación, así como a la disponibilidad presupuestal para realizar el pago.

Sobre el procedimiento contemplado en la normatividad citada, se expone lo siguiente:

“ARTICULO 2.4.4.2.3.2.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías, la entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.

A su vez dentro el mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria.

A su vez dentro del mismo término, la sociedad Fiduciaria deberá digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada, a través de la plataforma dispuesta para tal fin, como lo regula el Decreto 1272 de 2018.

“ARTICULO 2.4.4.2.3.2.25. Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial

certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria, del documento que contiene la aprobación o la desaprobación del proyecto de acto administrativo, deberá expedir el acto administrativo definitivo que resuelva la solicitud de reconocimiento de cesantías.

Si la entidad territorial certificada en educación tiene objeciones frente al resultado de la revisión de que trata el artículo anterior, podrá presentar ante la sociedad fiduciaria las razones de su inconformidad, dentro de los 2 días hábiles siguientes contados desde la recepción del documento que contiene la aprobación o desaprobación del proyecto de acto administrativo.

La sociedad fiduciaria contara con 2 días hábiles para resolver las observaciones propuestas por la entidad territorial certificada en educación,

contados desde la recepción del documento que contiene las objeciones del proyecto.

La entidad territorial certificada en educación, dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción, debe expedir el acto administrativo definitivo.

En cualquier caso, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir en la plataforma dispuesta por la sociedad fiduciaria, el acto administrativo digitalizado.

PARAGRAFO. Bajo ninguna circunstancia, los términos previstos en los incisos 2, 3 y 4 del presente artículo podrán ser atendidos como una ampliación del plazo señalado en el artículo 4 de la ley 1071 de 2006. En todos los casos, las solicitudes de que trata este artículo deberán resolverse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su radicación completa por parte del peticionario”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Decreto 1272 de 2018 ajustó los términos del trámite de reconocimiento de las cesantías a los quince días previstos en la Ley 1071 de 2006, no es menos cierto que el artículo 57 de la Ley 1955 otorgó la facultad a las Secretarías de Educación para reconocer y liquidar las cesantías de personal docente, eliminando el requisito de proyecto administrativo.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005, establecía un procedimiento para reconocerlas prestaciones del personal docente, incluyendo el pago de cesantías, procedimiento complejo que involucraba a la Entidad Territorial y a la Fiduprevisora S.A., de acuerdo con el artículo 56 de la ley 962 de 2005, el cual disponía.

“ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada

correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

Ahora bien, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019 y estableció que se derogan todas las disposiciones que le sean contrarias, veamos:

ARTÍCULO 336. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. *La presente Ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.*

(...)

*Se derogan expresamente el artículo 4 de la Ley 14 de 1983; el artículo 84 de la Ley 100 de 1993; el artículo 174 del Decreto Ley 1333 de 1986; el artículo 92 de la Ley 617 de 2000; el artículo 167 de la Ley 769 de 2002, **el artículo 56 y 68 de la Ley 962 de 2005; Ley 1797 de 2016; el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018; el artículo 110 de la Ley 1943 de 2018; y el artículo 4 de la Ley 1951 de 2019.***

Así las cosas, al estar derogado el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, **elimina el requisito del proyecto de acto administrativo** por parte del Secretario de Educación, por tanto, se entiende que el Decreto 1272 de 2018, por medio del cual se ajustó los términos del trámite de reconocimiento de las cesantías, esto es, que la entidad territorial certificada en educación, contaba con 5 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, **debía elaborar un proyecto de acto administrativo que resolviera el requerimiento**, para después enviarlo al ente pagador para su posterior aprobación, este procedimiento no se encuentra vigente en virtud de la derogatoria del artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y porque la manera de expedir los actos administrativos que reconoce las prestaciones sociales de personal docente cambió.

Téngase en cuenta que el artículo 57 de la Ley 1955, reguló lo relacionado con eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, otorgó como se dijo en líneas atrás plena facultad a las Secretarías De Educación para reconocer y liquidar las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989, las cuales serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la

entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prohibiendo que con cargo a los recursos de dicho Fondo se paguen las sanciones derivadas de la mora en el pago de las prestaciones, e imponiendo responsabilidad directa a la Secretaría de Educación del ente territorial por la mora en el pago de la cesantías, en atención a demoras a cargo de estas. Veamos lo que indica la norma:

“ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como se aprecia, **esta norma modificó la manera de expedir los actos administrativos de reconocimiento y pago de cesantías a los docentes**, pues la entidad territorial las **reconoce y liquida** de modo que el acto administrativo que se expide para tal fin, ya no debe ser previamente aprobado por el FOMAG, sin perjuicio del término de 15 días que para la expedición del acto prevé el art. 4 de la Ley 1071 de 2006, y una vez esta cobra ejecutoria, se ha de remitir a la entidad pagadora, en este caso el Fiduprevisora, **para que a más tardar en los 45 días siguientes a la ejecutoria realice el pago ordenado.**

DEL CAMBIO NORMATIVO QUE INTRODUJO EL ART. 57 DE LA LEY 1955 DE 2019 – ANÁLISIS DEL CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN - A

El Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, realizó análisis del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, el cambio normativo que introdujo esta norma, dentro del proceso de Sección Segunda, Subsección A, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), Referencia: EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. Radicación: 11001-03-25-000-2021- 00610-00 (2939-2021). Solicitante: HEIDI JOHANNA BERNAL DÍAZ.

“Siguiendo este razonamiento, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías ya no podrá cancelarse con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que es obligatorio definir mediante el agotamiento de un proceso judicial si el municipio o departamento certificado en educación debe sufragar tal obligación, en tanto es necesario constatar, de acuerdo con las competencias fijadas en la

normativa, si la entidad territorial no atendió en forma oportuna la petición de pago de la cesantía definitiva, y por ende, si le es imputable la mora.

En este contexto, se requiere mencionar que el Decreto 1075 de 2015, en sus artículos 2.4.4.2.3.2.22 y siguientes, regulaba el procedimiento que la entidad territorial que haya ejercido como autoridad nominadora del afiliado y el ente fiduciario que administra el Fomag, debían atender para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías del personal docente.

Las disposiciones referidas aludían al término de 15 días para decidir las, los cuales transcurrían de la siguiente manera –considerados lapsos improrrogables–: i) 5 días hábiles para que la entidad certificada en educación elaborara el proyecto de acto administrativo y lo remitiera a la fiduciaria a través de la plataforma creada para ello; ii) 5 días para que el ente administrador aprobara o desaprobara el documento y lo enviara al departamento o municipio; iii) 5 días para que la entidad territorial expidiera la voluntad administrativa definitiva. Una vez notificado y ejecutoriado el acto, se adjuntaría al aplicativo tecnológico respectivo, para que la entidad fiduciaria en los 45 días siguientes efectuara el pago.

Ahora, a partir de la Ley 1955 de 2019 este procedimiento fue derogado, por lo que se eliminó «[...] la doble revisión del proyecto de acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías» y de la resolución en firme por parte de la FIDUPREVISORA S.A., paso que generaba una carga administrativa adicional y afectaba la eficiencia operativa de la fiduciaria. Así, con la entrada en vigor de dicha Ley, el reconocimiento del auxilio de cesantías es responsabilidad de la Secretaría (sic) de Educación (sic) territorial certificada, mientras el pago es competencia del FOMAG [...]

De tal modo, que el departamento o municipio deberá expedir el acto administrativo en el que concede la cesantía dentro del plazo de 15 días hábiles –según lo preceptuado por el artículo 4.º de la Ley 1071 de 2006– y el Fomag realizará el pago dentro de los 45 días hábiles– de acuerdo al artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006–.

Lo planteado resume que, pueden surgir varias circunstancias por las cuales la moratoria resulta configurada a favor del accionante: i) **En la expedición del acto administrativo, fruto de la tardanza de la entidad territorial en la expedición del acto administrativo** ii) **Notificación**

extemporánea, fruto de la tardanza en la notificación del Acto administrativo por parte de la entidad territorial, iii) **Una vez expedido, notificado el acto y ejecutoriado el acto administrativo**, fruto de la demora en el envío de la solicitud de pago por parte de la entidad territorial a la Sociedad Fiduciaria, ii) **por demoras en el pago de la prestación por parte de la entidad pagadora.**

Así las cosas, el despacho debe valorar el cambio normativo que introdujo el art. 57 de la Ley 1955 de 2019:

¿Con la expedición de la Ley 1955 de 2019, la responsabilidad en el pago de la sanción por mora continuó a cargo del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, o se trasladó a la entidad territorial y/o a la Fiducia encargada de la administración de los recursos del FOMAG, en este caso fiduprevisora S.A.?

Lo anterior en razón a la prohibición legal del inciso 4 del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 en el cual establece:

“Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. (negrilla, cursiva y subrayado fuera del texto original)”.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019 (art 57), la responsabilidad en el pago de la sanción por mora derivada del retardo en el reconocimiento y pago de las cesantías solicitadas en vigencia de la citada norma, quedó a cargo del Ministerio de Educación Nacional **pero solo hasta el 31 de diciembre de 2019**, pues de ahí en adelante esta recae de forma individual o divisible a cargo de la entidad territorial certificada en educación y de la entidad fiduciaria encargada de administrar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **quien además responde con cargo a su propio patrimonio.**

NO debe pasarse por alto, el contenido del pluricitado Artículo 57, Parágrafo y Parágrafo Transitorio, de la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, el cual reproduzco *in extenso*:

“Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías” (Subrayas y negrillas propias).

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas.

Todo lo anterior, nos permite indicar que, con relación a las entidades que represento, y atendiendo a los anexos allegados en el escrito de demanda estaríamos frente a una moratoria causada en su totalidad en el año 2020, quedando acreditado la responsabilidad del ente territorial en el trámite en la tardanza del envío de solicitud de pago, de tal suerte que de conformidad el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020, el llamado a reconocer la indemnización por concepto de sanción moratoria es el ente territorial y no el FOMAG por expresa prohibición legal del inciso 4 del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

5. EXCEPCIONES DE MÉRITO

- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL FOMAG, PARA ASUMIR CONDENAS POR SANCION MORA, POSTERIORES AL 31 DE DICIEMBRE DE 2019

Opongo la excepción de mérito denominada: **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**, la cual halla sustento de la siguiente forma:

Desde la Teoría General del Proceso, este medio exceptivo se configura, por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio. Así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron origen a la demanda.

Amparado en dicho presupuesto, ha de observar el Despacho, que, en concordancia con las normas sustanciales –ya reseñadas–, que subsumen el caso *sub lite*, **LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG**, en aquellos eventos en que se declare la existencia de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías parciales o definidas docentes, causadas hasta el 31 de diciembre de 2019, sería responsable del pago de la mentada moratoria.

Sin embargo, en aquellos eventos en que se declare la existencia de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías parciales o definidas docentes, causadas desde el 01 de enero de 2020 es responsable del pago, **EL ENTE TERRITORIAL** –Tal como ocurre en el caso de marras, la presunta moratoria se causaría a partir del 2020.

Con base en lo anterior, manifiesto a su Honorable Despacho, que la parte accionante comete un yerro al determinar que es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el llamado a responder por la indemnización por concepto de sanción moratoria; ya que, como se reitera, por manado expreso legal, la legitimada para asumir eventuales declaraciones y condenas respecto a esta situación de hecho y derecho, generadas desde el 01 de enero de 2020, es el respectivo **ENTE TERRITORIAL**.

- **CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO APLICACIÓN LEY 1955 DE 2019 – TARDANZA EN EL ENVÍO DE SOLICITUD PAGO.**

Señor juez, en caso de declarar nulo el acto administrativo demandado, solicito respetuosamente tenga en cuenta que el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos para el envío de la solicitud de pago.

Ha de tenerse presente que, son tres los principales actos que debe desplegar el Ente Territorial, en el trámite y reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas docentes. El primero, es la emisión del Acto Administrativo de reconocimiento prestacional, dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la petición. El segundo, la notificación del acto de reconocimiento, y el tercero es la remisión de la Resolución ejecutoriada al FOMAG, para su respectivo pago.

Este último acto mencionado, es de vertebral importancia, porque solo a partir del recibo oportuno del Acto ejecutoriado, el FOMAG puede pagar dentro de términos, la prestación docente. OFICIOSAMENTE EL FIDUPREVISORA NO REALIZA DICHA ACCIÓN.

Entonces y en virtud de lo señalado en la Ley 1071 de 2006, el acto administrativo debió expedirse dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de solicitud de las cesantías, para después de quedar ejecutoriado el ente pagador dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes ponga los recursos a disposición del peticionario.

Así las cosas, y considerando que territorial incumplió los plazos para el envío de la solicitud de pago a la sociedad Fiduciaria, por consiguiente, la sanción moratoria aquí reclamada ha de ser reconocida y pagada con recursos propios de la entidad que generó la mora por la tardanza del trámite a su cargo y no con recursos del FOMAG por expresa prohibición legal del inciso 4 del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

- COBRO DE LO NO DEBIDO, POR MORATORIA GENERADA EN EL AÑO 2020

En razón a que el demandante presenta la demanda a la NACION MINEDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se configura la presente excepción; pues, tal como ha sido expuesto, la responsabilidad en el eventual pago de moratoria causada en el año 2020, sería responsabilidad del ENTE por mandato del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y no el FOMAG por expresa prohibición legal del inciso 4 del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Sean estos motivos suficientes para solicitar al fallador de instancia, hallar configurada la presente excepción, en favor de mi representada

- IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACION DE LA SANCION MORATORIA.

En virtud a la Unificación de Jurisprudencia, los ajustes a valor presente de la sanción moratoria son improcedentes, *“debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario por lo que no es moderado condenar al pago de ambas; por cuanto se entiende que la sanción moratoria, además de castigar a la Entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria”*.

Siendo, así las cosas, resulta improcedente condenar a la indexación, en los términos que lo efectuó el A -quo.

Si bien, la sanción moratoria no es considerada un derecho laboral, la misma no persigue la protección del poder adquisitivo del patrimonio del trabajador, sino que se trata de una pena en contra de la Entidad como consecuencia de su negligencia e incumplimiento.

Así pues, la Corte Constitucional se refirió a la cesantía de la siguiente manera:

*“La cesantía constituye una forma de remuneración laboral, por lo cual los trabajadores tienen derecho a que éstas no pierdan su valor adquisitivo, debido a la ineficiencia de las entidades pagadoras y a los fenómenos inflacionarios. La sanción moratoria impuesta por la ley busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. **En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta reclame también la indexación**, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella.”²* (Subraya y negrilla propias)

Por otro lado, en reciente Sentencia de Unificación, la Sección Segunda del Consejo de Estado, definió el fenómeno de la indexación en los siguientes términos:

“La indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada

² Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-448 del 19 de septiembre de 1996. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

entre las que se cuentan, por supuesto, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda. Esta figura, nace como una respuesta a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda, cuya finalidad última es conservar en el tiempo su poder adquisitivo, de manera que, en aplicación de principios como el de equidad y de justicia, de reciprocidad contractual, el de integridad del pago y el de reparación integral del daño, el acreedor de cualquier obligación de ejecución diferida en el tiempo esté protegido contra sus efectos nocivos.”³

En este mismo sentido, el Tribunal de cierre de lo Contencioso Administrativo, señaló la naturaleza y finalidades de la sanción moratoria, insistiendo que se trata de una “*multa a cargo del empleador*”. En dicha oportunidad, sostuvo:

“A partir de lo anterior, es posible sacar las siguientes conclusiones relativas a los fines de la sanción moratoria: i) La sanción moratoria se consagró con el fin de conminar a las entidades encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya que generalmente como consecuencia de la burocracia, la tramitología era común la demora en el citado pago y, ii) en el momento de recibir el pago efectivo de la prestación social, únicamente se pagaba lo certificado por la entidad pagadora meses o años atrás, cuando el dinero había perdido su poder adquisitivo, por lo cual, la disposición buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar el retardo en el citado pago y sus consecuencias desfavorables para el trabajador.

De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado igualmente ha caracterizado la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías como una **multa** a favor del trabajador y en contra del empleador estatuida con el objeto de reparar los daños causados al primero por el incumplimiento en el plazo para el pago, en los siguientes términos:

La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como ya se anunció, **es una multa a cargo del empleador** y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los

³ Consejo de Estado - Sección Segunda. Sentencia de julio 18 de 2018. Expediente Rad. N. 73001-23-33-000-2014-00580-01. C.P. William Hernández Gómez

daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.

Visto lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.”⁴

Igualmente, en dicha providencia se sentaron las siguientes reglas jurisprudenciales:

“3.5.1 Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos

⁴ Ibídem

de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se sienta jurisprudencia precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.”

3.5.3 Sentar jurisprudencia señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 Sentar jurisprudencia, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.”
(Subraya y negrilla fuera del texto)⁵

De la Jurisprudencia antes transcrita, es dable concluir que lo dispuesto por el artículo 187 del CPACA en su inciso final, no es aplicable para al caso que ocupa nuestra atención, pues como ya se ha venido

reiterando, la indexación de las sumas que se causen como consecuencia de la sanción moratoria resultan improcedentes entre sí, habida consideración que la tantas veces citada indexación hace mucho más gravosa la situación de la administración, pues dicho emolumento no solo cubre la actualización monetaria, sino que es superior al valor que resulta de la sanción moratoria.

- COMPENSACIÓN

De cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada por mi representada.

- SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

⁵ Ibídem

Al respecto, cabe mencionar que conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obliga a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.

- PREScripción

En relación a la prescripción extintiva del derecho para casos en los cuales se realiza la reclamación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, el Consejo de Estado

en sentencia 00188 de 2018 del 15 de febrero de 2018 y consejero ponente WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ estableció:

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Lo anterior haciendo referencia a que, si bien el reconocimiento de la sanción moratoria está vinculada a las cesantías que se le debe pagar al empleado público, dichos derechos no dependen el uno del otro, sino que se causan de forma independiente, por lo cual no es factible establecer que las sanciones moratorias no tienen prescripción alguna por derivarse del pago prestacional de las cesantías. Al respecto en la sentencia 00188 de 2018, se expresa:

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

De lo anterior se desprende que se le dé aplicación a lo establecido en el artículo 151 del Código de procedimiento laboral, establece el término de prescripción para la sanción moratoria de la siguiente forma:

Artículo 151. Prescripción: Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

De ahí que el Consejo de Estado en sentencia 00188 de 2018, afirma que:

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 196915, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]» (Subraya de la Subsección).

Por lo anterior, no se comparte el argumento del a quo al resolver la excepción de prescripción según el cual «[...] al no existir prescripción respecto de las cesantías, tampoco lo habrá de la sanción moratoria, por ser ésta consecuencia del pago tardío de la primera [...]», porque la sanción moratoria se causa de forma autónoma, por el solo incumplimiento del plazo legal para el pago de las cesantías. Es decir, no se supedita al pago efectivo de las cesantías.

En aplicación del criterio antes expuesto, se establece que la sanción moratoria es prescriptible y se le aplica lo previsto en el artículo 151 del C.P.L, por lo cual, se solicita que se declare la configuración del fenómeno prescriptivo de la sanción moratoria solicitada por la parte demandante.

- **NO PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS**

No se abre paso la condena en costas, al ampro de la sentencia proferida por la Sección Segunda del 18 de julio de 2018⁶, donde expuso

“a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” –CPACA-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

Es sobre los anteriores criterios que el juez de instancia debe estructurar o no la condena en costas. Por su parte, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., a su vez, señala que **“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva**

desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Sin embargo, la aplicación de este precepto legal, debe armonizarse con el numeral 8º, el cual señala que **“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”**.

Es decir, cuando no aparecen causadas las costas, como el caso de marras, no procederá la condena en este sentido. Con razón el Consejo de Estado⁷, ha sentenciado:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar

⁶ Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A, Sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

⁷ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez

a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”

En otra oportunidad, esta misma Corporación⁸ sostuvo:

“Debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda[28] de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. En el caso, no se observa una mala conducta de las partes o que hayan actuado de mala fe, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, razón por la cual se negará la pretensión relacionada con la imposición de costas”.

Analizada la normatividad legal que rige la condena en costas, así como el desarrollo jurisprudencial que orienta y prevé las pautas a seguir por los jueces para fulminar o abstenerse de condenar; se observa dentro del presente *sub lite*, que no se hallan criterios objetivos valorativos que demuestren su causación.

Lo que si se evidencia es lealtad procesal, y buena fe en cabeza de esta Entidad demandada; tan al punto que, en el curso del proceso, no combate ni pretende combatir el derecho al pago de la sanción moratoria a favor del accionante, sino que se limita a verificar y solicitar que el derecho reconocido al demandante se ajuste a la realidad y justicia material contenida en la situación fáctica que dieron origen a la presente Litis.

⁸ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, sentencia del 26 de abril de 2018, Radicación: 19001-23-33-000-2014-00452-01(0104-17), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

No se evidencian maniobras fraudulentas, dilatorias o de mala fe, por parte de las Entidades que represento; razón por la cual, solicito al Honorable Despacho, absolver de la condena en costas a este extremo demandado

- EXCEPCIÓN GENÉRICA.

Amparado en el canon 282 del C.G.P., y en el principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez, es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

6. PETICIONES.

Corolario de lo expuesto, y en concordancia con las excepciones planteadas, solicito al Despacho que, previo el trámite correspondiente, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas.

1. Declarar probadas las excepciones propuestas, con las consecuencias benéficas a las Entidades que represento.
2. Declarar terminado el proceso respecto de las entidades que represento, derivado de la falta de legitimación en la causa por pasiva.
3. Abstenerse de condenar en costas a la entidad demandada
4. Se me reconozca personería jurídica dentro de la presente actuación

7. MEDIOS PROBATORIOS

Solicito se tengan como pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario. Así mismo se solicita al despacho se sirva tener como prueba:

OFICIAR: A la entidad territorial para que a llegue con destino a este proceso el antecedente administrativo que dé cuenta de la trazabilidad del trámite en sede administrativa y

certifique la remisión de la solicitud de pago ante la entidad fiduciaria mediante el aplicativo ONBASE.

Estos medios de prueba resultan ser conducentes, al poseer la idoneidad para la acreditación de los referidos hechos, en consideración a que ni la ley sustantiva o adjetiva prevé algún tipo de requisito *ab substantiam actus* para la demostración de los mismos.

Los medios probatorios son pertinentes, por cuanto guardan relación directa con el *thema probandum*, pues, están encaminados a demostrar supuestos fácticos que se deben ser analizados al interior del proceso, esto es, **Antecedentes administrativos**, que dan cuenta de la trazabilidad del trámite administrativo, prueba que se hace necesaria, para determinar qué entidad generó la mora por la tardanza del trámite a su cargo, lo anterior en virtud del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Los medios probatorios son útiles, toda vez que se pretenden demostrar con ellos, hechos que no están acreditados aún en el proceso, no son notorios, no han sido debatidos en otro proceso, ni se presumen legalmente.

8. NOTIFICACIONES

Mi representada recibirá notificaciones en la Fiduciaria la Previsora S.A, ubicada en la Calle 72 N° 10-03 Bogotá y a las direcciones electrónicas notjudicial@fiduprevisora.com.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co, A la suscrita ene le correo electrónico t_msalazar@fiduprevisora.com.co,

Cordialmente,



MARIA EUGENIA SALAZAR PUENTES

C.C.52.959.137 expedida en Bogotá

T.P. 256.081 del C.S.J.

Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG

Señor:

JUEZ CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI (V.).
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO.
DEMANDANTE : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES
DEMANDADO : JERRY RODRIGUEZ CABRERA.
RADICACION : 76001-33-33-014-2023-00160-00.

JOSE HERNAN HINCAPIE GARCIA, mayor de edad y vecino de Cali (V.), identificado con cédula de ciudadanía N° 17.723.079 de El Doncello (Cqta.), abogado titulado, con T.P. N° 227.305 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el presente escrito, obrando en mi calidad de apoderado judicial del señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, mayor de edad y vecino de Cali (V.), identificado con cédula de ciudadanía N° 16.683.267 de Cali (V.), quien tiene la condición de demandado dentro del medio de control de la referencia, de manera comedida y respetuosa me dirijo al Despacho a su digno cargo, con el fin de dar CONTESTACIÓN dentro del término legal conferido, al MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en contra de mi poderdante, señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, en virtud de lo cual fundamento la presente contestación apegándome al orden textual de la demanda, así:

RESPECTO DE LAS PRETENSIONES:

De acuerdo con las razones de hecho y de derecho que aquí se exponen, con el mayor respeto me permito manifestar al Señor Juez, en relación con cada una de las pretensiones enunciadas, lo siguiente:

PRIMERA: Nos OPONEMOS a lo solicitado por la entidad demandante en cuanto a que se declare la Nulidad de la Resolución GNR N° 680000 del 10 de marzo de 2.015, mediante la cual la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA de la condiciones civiles ya conocidas, por la falta de sustento factico y legal, y la consecuente arbitrariedad que entraña dicha petición, y pedimos al Señor Juez que a cambio se declare que la Resolución GNR N° 680000 del 10 de marzo de 2.015, mediante la cual la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor de mi prohijado, conserva plena validez y sigue incólume en el tiempo y en sus efectos.

SEGUNDA: Nos OPONEMOS a lo solicitado por la entidad demandante en cuanto a 'que a título de restablecimiento del derecho, se ORDENE al señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, el REINTEGRO de todo lo pagado por concepto de

mesadas, retroactivos y pagos de salud con ocasión del reconocimiento de la pensión de invalidez, por la falta de sustento factico y legal, y la arbitrariedad que entraña dicha petición, y pedimos al Señor Juez que a cambio se declare que como dicha resolución conserva plena validez y sigue incólume en el tiempo y en sus efectos pensionales, todos los pagos que en virtud de dicha pensión se le efectuaron a mi prohijado, están amparados por una presunción de legalidad no desvirtuada.

TERCERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones solicitadas por esta parte demandada al Despacho, se NIEGUE por improcedente, la devolución a COLPENSIONES de la suma de \$ 83.773.020, oo que le fuera reconocida y pagada a mi poderdante, en el periodo comprendido entre el día 15/01/2015 hasta el día 31 de diciembre de 2022, mientras estuvo gozando legalmente de las mesadas que como pensionado le correspondían.

CUARTA: Que en virtud de la probada presunción de legalidad no desvirtuada que cobija a la Resolución GNR N° 680000 del 10 de marzo de 2.015, mediante la cual la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, se NIEGUE la compensación solicitada por la parte demandante, y a cambio se ordene a dicha administradora, seguir efectuando por el tiempo de vida que el pensionado por invalidez exista, el pago mes a mes de las mesadas, incrementos de las mismas, pago de salud y demás reconocimientos que se generen y deriven de dicha pensión otorgada, incluyendo las mesadas que se le dejaron de pagar a partir del día 31 de diciembre de 2022 fecha en que se le suspendió injustamente el pago de su pensión, hasta cuando por vía de decisión judicial se ordene restablecer el pago de las mismas, pago que deberá realizarse junto con sus respectivos intereses moratorios o ser indexadas según lo considere pertinente el Despacho.

QUINTA: Que como consecuencia de la probada presunción de legalidad no desvirtuada que cobija a la Resolución GNR N° 680000 del 10 de marzo de 2.015, mediante la cual la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, sea NEGADA por improcedente a la parte demandante, la indexación de dineros y pagos de intereses que solicita a su favor.

SEXTA: Que habida cuenta de la falta de sustento factico y legal del presente medio de control incoado por la parte demandante, mi poderdante sea exonerado de toda responsabilidad y en consecuencia se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES al pago de las costas que por razón de dicho medio de control procedan.

RESPECTO A LOS HECHOS:

HECHO PRIMERO: Es cierto y así lo confirma la Resolución GNR N° 680000 del 10 de marzo de 2.015, mediante la cual la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES ordenó el reconocimiento y pago de la pensión

de invalidez a favor del señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, como respuesta a dicha solicitud pensional, basándose para ello en un dictamen de pérdida de capacidad laboral plenamente legal.

HECHO SEGUNDO: Es cierto y así lo confirma la misma parte actora, pues la petición de pensión de invalidez elevada, tenía como sustento legal básico, el hecho probado que el señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA estuvo incapacitado desde noviembre de 2013, por fracturas en tibia y fémur de sus miembros inferiores ocasionadas por un grave accidente de tránsito en motocicleta, y a que el día 04 de febrero de 2015 mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral N° 2015874550P del 04 de febrero de 2015 emitido por la sociedad especializada Asesorías y Servicios de Salud- ASALUD LTDA, entidad que prestaba sus servicios a COLPENSIONES, determinó que el señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA tenía el 66,55 % de PCL con fecha de estructuración el 15 de enero de 2015, y el médico especialista que emitió dicho concepto fue el DR. CARLOS CARDONA, basándose para ello en la real historia clínica y estado de salud que presentaba en ese entonces mi poderdante.

HECHO TERCERO: Es cierto, y de ello da fe la Resolución GNR N° 680000 del 10 de marzo de 2.015 proferida por COLPENSIONES.

HECHO CUARTO: No nos consta, y deberá la entidad demandante demostrar más allá de toda duda razonable, la fiabilidad, veracidad, fuerza demostrativa y conclusiva que emana de dicho reporte anónimo llegado a la Línea de Integridad y Transparencia de COLPENSIONES, pues un principio basilar del derecho probatorio establece que "Afirmar no es lo mismo que probar", y la investigación administrativa especial que al respecto aduce haber realizado COLPENSIONES a través de la Gerencia de Prevención del Fraude, carece del más mínimo respaldo probatorio que demostrara la existencia del supuesto fraude o el reconocimiento de la pensión de invalidez a mi prohijado desconociendo los requisitos legales establecidos para ello.

HECHO QUINTO: Es cierto que mi poderdante fue debidamente notificado de dicha investigación administrativa especial, pero brillando por su ausencia el traslado a éste de los supuestos elementos de conocimiento y/o pruebas que demostraran la real ocurrencia del hecho fraudulento del que se le acusó o que demostrara el desconocimiento de los requisitos legales establecidos para otorgar dicha pensión de invalidez.

HECHO SEXTO: No es un hecho en sí mismo que confirme o pruebe nada, simplemente es la reafirmación de que se dio inicio a una investigación administrativa especial por parte de la Gerencia de Prevención del Fraude de COLPENSIONES, con la finalidad de determinar la posible existencia de un supuesto fraude y/o corrupción en el reconocimiento y pago de la pensión a mi prohijado.

HECHO SEPTIMO: No es cierto que el reconocimiento pensional económico realizado a mi poderdante se precipitó bajo hechos que dan cuenta de fraude o desconociendo los requisitos legales establecidos para ello, y con esta ligera y grave afirmación incurre la Gerencia de Prevención del Fraude de COLPENSIONES en una acusación temeraria en contra de mi prohijado como pensionado por invalidez, ya que bajo la óptica del artículo 29 de la Constitución

Política en concordancia con el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal que en su orden establecen la presunción de inocencia e indubio pro reo, toda persona se presume inocente hasta que judicialmente no se demuestre lo contrario, y en el caso bajo examen, la presunción de inocencia de mi poderdante se halla incólume pues el supuesto fraude no ha sido probado y menos demostrado por la entidad demandante, y tampoco puede asegurar que la pensión le fue otorgada a mi prohijado desconociendo los requisitos legales establecidos para ello, pues todos los actos previos y concomitantes a la concesión de la pensión de invalidez estuvieron precedidos por una causa medica verificada y de total legalidad sin que se haya podido demostrar lo contrario, y por ello haberle suspendido el pago de sus mesadas, constituye una flagrante vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, al derecho de defensa, a su presunción de inocencia y de su derecho fundamental al mínimo vital.

HECHO OCTAVO: Es cierto que mediante la RESOLUCION N° SUB 159811 DE FECHA 13 DE JUNIO DE 2022 proferida por la Subdirección de Determinación de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, se decidió REVOCAR en todas y cada una de sus partes la Resolución GNR N° 68000 de fecha 10 de marzo de 2.015, mediante la cual se reconoció la pensión de invalidez al señor RODRIGUEZ CABRERA JERRY, identificado con cedula de ciudadanía N° 16.683.267, con base en el Auto de Cierre N° GPF 0825-22 del 20 de mayo de 2.022, proferido dentro de la investigación Administrativa Especial N° 345-21, llevada a cabo por la Gerencia de Prevención del Fraude facultada por el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 y el artículo 2423 de la Ley 1450 de 2011 y la Resolución N° 016 de 8 de julio de 2.020, que derogó la Resolución 555 de 2015, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de dicha Resolución, pues es una facultad que la ley pensional le otorga a COLPENSIONES, pero lo que no es cierto, es que con todas esta actuaciones administrativas se haya demostrado con argumentos sólidos y puntuales, la ocurrencia del supuesto fraude o del supuesto desconocimiento de los requisitos legales para haber otorgado dicha pensión a mi poderdante, y por ello no hay lugar ni razón para que se niegue a mi poderdante el reconocimiento de su pensión como se estableció en la Resolución GNR N° 68000 de fecha 10 de marzo de 2.015.

HECHO NOVENO: Es cierto que mediante la RESOLUCION N° SUB 261034 de fecha 21 de septiembre de 2022, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, no accedió a la solicitud de revocatoria directa de la Resolución N° SUB 159811 del 13 de junio de 2022 que mi poderdante elevara, y sin un mayor y riguroso examen del contexto en que le fue concedida la pensión de invalidez a mi poderdante, decidió despojarlo de la misma y negarle el pago de sus mesadas a partir del día 31 de diciembre de 2022, vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales de presunción de inocencia y mínimo vital, condenándolo a él y a su familia a sufrir graves necesidades y a vivir de la caridad de sus familiares y amigos como les está ocurriendo en el momento presente.

HECHO DECIMO: Más que un hecho constituye una recopilación de lo aducido en los hechos anteriores, respecto del total de los valores pagados por concepto de mesadas y demás ítems pensionales a mi poderdante, desde el día en que se le concedió la pensión hasta la fecha en que le fuera suspendido arbitrariamente el pago de la misma, suma que en su criterio mi poderdante debe reintegrarles por haber supuestamente inducido en error la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES- COLPENSIONES, es decir, dan por probada la existencia de la conducta punible contemplada en el artículo 453 del Código Penal, que trata sobre el fraude procesal, significando con ello que mi poderdante mediante medio fraudulento indujo a error a los servidores públicos, que por razón de sus funciones tenían el encargo de reconocer y otorgar la pensión de invalidez a mi prohijado, acusación temeraria que reitero viola la presunción de inocencia de mi poderdante, máxime cuando dicha entidad no es el juez natural para hacer este tipo de juicio.

RESPECTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO, NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACION QUE ADUCE Y CITA LA ENTIDAD DEMANDANTE A SU FAVOR:

Normas violadas y concepto de la violación:

De origen constitucional: Artículo 48 de la Constitución Política.

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

Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. "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." (Negrilla y subrayado fuera de texto.).

Sobre este importante artículo que cita la entidad demandante como norma violada, es necesario señalar, que tanto la Constitución Política como la Ley 100 de 1993 y demás normas que la desarrollan, como la jurisprudencia existente al respecto, coinciden en señalar que es deber del Estado garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, y decir que mi poderdante obtuvo su pensión de invalidez merced a la vulneración de esta norma es faltar a la verdad, pues como se dijera anteriormente, este elevó su correspondiente solicitud de pensión de invalidez porque mediaba un largo periodo de incapacidades debidamente acreditadas en su correspondiente Historia Clínica y por último, porque el día 4 de febrero de 2015 se expidió por parte del médico especialista comisionado para ello, doctor CARLOS CARDONA, el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral N° 201587455OP que determinó que el señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA tenía el 66,55 % de PCP, médico adscrito a la sociedad Asesorías y Servicios de Salud ASALUD LTDA, empresa contratista de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, por tanto la conducta enrostrada de violación de la norma y su concepto de violación son inexistentes.

DE ORDEN LEGAL:

Artículo 38 de la Ley 100 de 1.993, Ley 860 de 2003.

"ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.", artículo que guarda concordancia con lo previsto en la Ley 860 de 2003, normativa sobre la cual debo señalar que en modo alguno ha sido violada con la expedición del acto administrativo representado en la Resolución GNR N° 68000 de fecha 10 de marzo de 2.015, mediante la cual se reconoció la pensión de invalidez al señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, ya que en su momento existió una calificación de pérdida de la capacidad laboral debidamente acreditada y certificada por un profesional de la salud calificado e idóneo, que tuvo como base para ello, un previo y directo examen físico acompañado del estudio de la respectiva historia clínica, situación diferente es que ahora se venga a poner en tela de juicio la calificación de pérdida de capacidad laboral que dio lugar a la concesión de dicha pensión, afirmando que el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no debió ser del 66,55 % sino del 40,50 % según revisión mediante un estudio comparativo realizado siete años después por un tercero experto, denominado sociedad GESTAR INNOVACION, motivo por el cual no es de recibo esta afirmación, que dicha norma fue vulnerada, máxime cuando ni siquiera se le ha realizado una valoración mediante examen físico adecuado a mi poderdante desde el día que se le otorgó la pensión de invalidez sino que en el año 2021 se generó una solicitud de supuesta validación de la pérdida de capacidad laboral de mi prohijado por un tercero, sin efectuar el examen físico de rigor a mi poderdante, en clara vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa.

SUPUESTO ACTO ADMINISTRATIVO QUE DIO LUGAR A LA VIOLACION.

Aduce la entidad demandante que el acto administrativo que dio lugar a la violación, fue la RESOLUCION GNR N° 68000 del 10 de marzo de 2015, mediante la cual la entidad ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante la cual se reconoció la pensión de invalidez al señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, aseveración que no es posible admitir y menos compartir por la grave carga especulativa que encierra.

Considero de suma importancia señalar Señor Juez que el recurso de apelación elevado en contra de la RESOLUCION N° SUB 159811 DE FECHA 13 DE JUNIO DE 2022 PROFERIDA POR LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES correspondiente al RADICADO N° 2.022_7662255_9, que le fuera notificada a mi poderdante el día 17 de junio de 2022, fue claro y consecuente al aducir las razones de hecho y de derecho por las cuales dicha resolución que revocaba Resolución GNR N° 68000 de fecha 10 de marzo de 2.015, mediante la cual se reconoció la pensión de invalidez al señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, llevaba una tremenda carga de subjetividad que en modo alguno tenía o tiene sustento factico probatorio y menos sustento legal.

En esencia Señor Juez, los fundamentos de derecho, las normas constitucionales y legales supuestamente violadas, el concepto de su violación y el acto administrativo que supuestamente dio lugar a la violación que la entidad demandante cita y expone, aparte de lo ya dicho, gravitan inevitablemente sobre lo que esta entidad resolvió a través de la Resolución N° SUB 159811 de fecha 13

de junio de 2022, resolución que se hace indispensable examinar en cada una de sus formulaciones y planteamientos, a saber.

RESPECTO A LO RESUELTO EN ELLA:

"ARTICULO PRIMERO: Revocar en todas y cada una de sus partes la Resolución GNR N° 68000 de fecha 10 de marzo de 2.015, mediante la cual se reconoció la pensión de invalidez al señor RODRIGUEZ CABRERA JERRY, identificado con cedula de ciudadanía N° 16.683.267, con base en el Auto de Cierre N° GPF 0825-22 del 20 de mayo de 2.022, proferido dentro de la Investigación Administrativa Especial N° 345-21, llevada a cabo por la Gerencia de Prevención del Fraude facultada por el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 y el artículo 2423 de la Ley 1450 de 2011 y la Resolución N° 016 de 8 de julio de 2.020, que derogó la Resolución 555 de 2015, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTICULO SEGUNDO: Negar el reconocimiento y pago de una Pensión de invalidez al señor RODRIGUEZ CABRERA JERRY, identificado con cedula de ciudadanía N° 16.683.267, de conformidad con las razones esgrimidas en la parte considerativa del presente Acto Administrativo.

ARTICULO TERCERO: Ordenar a la Dirección de Servicio y Atención al Ciudadano, que una vez expedida la correspondiente Constancia de Ejecutoria de la presente Resolución, se remita la misma a la Dirección de Nomina con el fin de que efectúe el retiro.

ARTÍCULO CUARTO: Una vez ejecutoriado se remitirá la presente a la Dirección de Procesos Judiciales para lo de su competencia.

ARTICULO QUINTO: Una vez ejecutoriado, se remitirá la presente a la Gerencia de Prevención del Fraude para lo de su competencia.

RESPECTO A LOS ANTECEDENTES FACTICOS y JUDICIALES DE LA TIPOLOGIA DEL FRAUDE:

En este punto entra su Despacho, a efectuar, todo un amplio recuento del marco legal y jurisprudencial que legitima a COLPENSIONES, para adelantar las verificaciones necesarias tendientes a establecer la existencia de posibles irregularidades vinculadas al procedimiento de reconocimiento y pago de prestaciones pensionales- económicas a cargo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, marco sobre el cual de esta parte no existe objeción alguna, pues es un derecho y un deber que tiene COLPENSIONES por expreso mandate legal y conforme a los desarrollos jurisprudenciales que así se lo exigen, en aras del deber de diligencia y de protección de recursos públicos que le asiste a su entidad y seguidamente realiza una disertación sobre las formas de fraude más

comunes y sobre quienes pueden ser los presuntos autores, partícipes y/o determinadores.

RESPECTO A LA VALORACION OBJETIVA DE LOS HECHOS, ELEMENTOS DE CONOCIMIENTO, PRUEBAS Y MOTIVACION DE LA DECISION:

En el punto denominado 3.1 que trata sobre los aspectos del contexto pensional y del reporte de los hechos, concluye su Despacho de manera breve y tajante, que en el caso en particular de mi prohijado, a partir de la validación detallada sobre el contenido del expediente pensional, los informes de análisis, elementos de conocimiento y pruebas, entre otros documentos, tienen por probado que este obtuvo el reconocimiento irregular de la prestación pensional- económica, y con todo respeto aquí ya se vislumbra precisamente la falta de objetividad que se ha presentado a lo largo de esta Investigación Administrativa Especial, pues si algo se ha pasado por alto es el contexto pensional, y se están realizando afirmaciones infundadas basadas en los informes de análisis, que constituyen una evidente forma de prejuzgamiento, pues en todo el transcurso de la investigación se observa una carencia total de elementos de conocimiento o elementos materiales probatorios y evidencia física que corrobore su supuesta teoría de fraude, lo cual afirmo de manera respetuosa, pero con certeza absoluta, pues nunca se le ha corrido traslado a mi poderdante de una sola prueba documental o testimonial que demuestre la ocurrencia del presunto fraude del cual es este parte según ustedes, sin que hayan determinado de manera clara si lo hizo supuesta o hipotéticamente a título de autor, partícipe o determinador, quedando todo ello en un simple afirmación, que en esencia vulnera la presunción de inocencia que cobija a toda persona hasta que judicialmente no se demuestre lo contrario, tal como lo consagra el artículo 29 de nuestra Constitución Política,

En el punto denominado 3.2 que trata sobre los elementos generales y especiales de la Investigación Administrativa Especial, traen de nuevo a colación el radicado de la línea de Integridad y Transparencia de Colpensiones N° MR3NKO13, en el que se indicó la supuesta existencia de posibles hechos de fraude y/o corrupción en el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a favor del señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA y se aduce que una vez

efectuado el informe de verificación preliminar por parte la Gerencia de Prevención del Fraude del día 19 de julio de 2021, encontraron que:

"(...) 4. Interpretación de resultados: De acuerdo con las validaciones realizadas a los documentos anexos en el Bizagi y de las validaciones que se realizaron en los aplicativos internos y externos se evidenciaron presuntos hechos de fraude y/o corrupción en relación, a la calificación de pérdida de capacidad laboral del señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, identificado con la cedula de ciudadanía N° 16.683.267, toda vez que conforme las nuevas valoraciones realizadas en el informe técnico N°408141 de fecha 12 de enero de 2021 realizado por el tercero

experto y objetivo GESTAR, se evidenció una disminución abrupta en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral frente al Dictamen N° 2015874550P, pasando de un porcentaje de PCL del 66,5% a un porcentaje de PCL del 40,50 %. Ahora bien, toda vez que en la Resolución de reconocimiento pensional de invalidez GNR 68000 del 10 de marzo del 2015, se toma como base el dictamen de pérdida de capacidad laboral 2015874550P, se remite el presente caso a Investigación Administrativa Especial."

Se aduce, además, que dentro de las valoraciones realizadas en el informe de verificación preliminar se destacan las siguientes:

a).- "El ciudadano JERRY RODRIGUEZ CABRERA estuvo incapacitado desde noviembre de 2013, por fracturas en tibia y fémur de sus miembros inferiores ocasionadas por un accidente de tránsito en motocicleta.", hecho que pasan por alto pretendiendo que mi prohijado es un indigno afiliado en pensiones, que no ha dudado en defraudar al sistema pensional que representa COLPENSIONES, invirtiendo la carga probatoria y señalándolo sin justificación alguna de haber y estar aún actuando de mala fe.

b).- "El día 04 de febrero de 2015 mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral N° 2015874550P del 04 de febrero de 2015 emitido por Asesorías y Servicios de Salud- ASALUD LTDA., determinó que el señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA tenía el 66,55 % de PCL con fecha de estructuración el 15 de enero de 2015. Dicho dictamen calificó únicamente la deficiencia de fracturas de fémur y tibias NO consolidadas y que el médico que realizó el dictamen para ASALUD LTOA., fue el Dr. Carlos Cardona.", brillando aquí por su ausencia, los descargos del doctor Carlos Cardona, quien como médico laboral experto de la sociedad contratista, ha debido ser llamado a explicar las razones de su dictamen, pues se supone y así debe ser, que COLPENSIONES contrata dichos servicios con empresas o sociedades que tienen médicos especializados y competentes para dictaminar sobre el real estado de salud de un paciente o persona de las características de mi prohijado. Aparte de que debió investigarse al máximo si dicho profesional de la salud incurrió también en los delitos que no han dudado en imputar a mi poderdante a lo largo de esta investigación.

En este punto no puedo dejar pasar que debió revisarse minuciosamente el historial académico y científico de este profesional médico y debe darse un pronunciamiento sobre su idoneidad o falta de la misma, ya que si bien es un derecho de COLPENSIONES verificar regularmente la condiciones de las personas que hayan sido pensionadas por invalidez, no lo es menos que no se trata de desacreditar un dictamen rendido por un profesional médico con otro dictamen de otro supuesto experto y objetivo médico o equipo médico,

basándose en la documentación que en su momento se produjo y que sirvió de base en tiempo real para calificar la pérdida de capacidad laboral del señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA.

c).- "El 09 de febrero de 2015, mediante radicado N° 2015_1080268, el ciudadano solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, para lo cual allegó el dictamen de pérdida de capacidad laboral N°2015874550P del 04 de febrero de 2015.", aspecto que tenía que ser así, habida cuenta del estado real de salud que presentaba para ese momento mi poderdante.

d).- "El 10 de marzo de 2015, mediante resolución GNR 68000 del 10 de marzo de 2015, emitida por la Gerencia Nacional de Reconocimiento de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, le reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez a favor de ciudadano JERRY RODRIGUEZ CABRERA, a partir del 15 de enero de 2015.", y en este punto es necesario que COLPENSIONES explique las razones por las cuales no objetó el dictamen en ese momento y que ahora le parecen tan evidentes y fruto de un supuesto elaborado fraude.

e).- "El ciudadano se encuentra ACTIVO en nómina de pensionados desde marzo de 2015."; beneficio que debió y debe mantenerse para el ciudadano pues reitero que un principio general de derecho probatorio, establece que "Afirmar no es lo mismo que probar.", y con todo respeto, solo existen afirmaciones que en modo alguno se pueden tomar como pruebas concluyentes y por ello suspenderle el pago de sus mesadas constituye un juicio anticipado que vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa.

f).- "En octubre y noviembre de 2018, se comunicó al ciudadano sobre la revisión del estado de invalidez, por lo cual, el 08 de enero de 2019, mediante radicado N° 2019_211516, el ciudadano solicitó la revisión de su estado de invalidez, sin embargo, se le requirieron exámenes para poder realizar el dictamen.", lo cual demuestra que mi prohijado ha sido un ciudadano respetuoso que nunca se ha negado a que se le practique la revisión de estado de invalidez.

g).- "El 20 de agosto de 2019, mediante Radicado N° 2019_11142080, el ciudadano terminó de allegar los documentos requeridos para su revisión del estado de invalidez, sin embargo a la fecha del presente informe no se ha realizado dicho dictamen.", la cual es una de las poderosas razones para que se revoque la nefasta e injusta resolución que dio origen al recurso de apelación de dicha resolución, pues este es el procedimiento legal y confiable que debe primar y no un supuesto informe técnico realizado por un tercero que se ha basado en la revisión de los documentos que dieron origen a la calificación de la pérdida de capacidad laboral de mi prohijado por parte del DOCTOR CARLOS CARDONA.

h).- "Por otro lado se evidencio que, en abril de 2016, es decir, posterior a la fecha del reconocimiento de la pensión de invalidez, el ciudadano expidió y refrendó las licencias de conducción C1 y B1 para vehículos de transporte particular y público y, para lo cual, el 07 de abril de 2016, realizó y aprobó el examen de aptitud física, mental y motriz requerido para la expedición de las licencias de conducción.", apreciación que con todo respeto carece del mas mínimo fundamento factico y científico, pues existe gran número de

personas que tienen una evidente discapacidad física y conducen vehículos adaptados a sus necesidades porque en la práctica debido a su probada discapacidad les resulta difícil desplazarse, observación que con todo respeto resulta discriminatoria y peyorativa, debiendo aclarar que la licencia de conducción per se faculta a su portador para conducir vehículos de transporte particular en esencia y el hecho que todas digan que también puede conducir vehículos de transporte público no quiere decir que todos los conductores lo hagan, lo cual resulta una inferencia desacertada, máxime cuando el Artículo 21 del Código Nacional de Tránsito Terrestre establece que las personas con limitación física parcial podrán obtener la licencia de conducción si, además del cumplimiento de los requisitos que en este Código se señalen, demuestra durante el examen indicado en el parágrafo único del artículo 18, que se encuentra habilitado y adiestrado para conducir con dicha limitación, norma que fue declarada exequible por nuestra Corte Constitucional a través de la Sentencia C-156 de fecha 24 de febrero de 2004, acusación que raya en la discriminación pues carece de un enfoque humanista.

i).- "Conforme a lo anterior, se solicitó a la Dirección de Medicina Laboral, realizar validación de la pérdida de capacidad laboral del ciudadano y mediante radicado N° 2020_12872056 del 15 de diciembre de 2020, se allegó informe N° 408141 de fecha 12 de enero de 2021 realizado por GESTAR, en el cual se dictaminó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 40,50 % de origen común y fecha de estructuración 04 de febrero de 2015.", aquí me permito reiterar lo dicho en cuanto a que es una de las poderosas razones para que se revoque la resolución que da origen a la revocatoria de la pensión, pues este no es el procedimiento legal y confiable que debe primar ya que un supuesto informe técnico realizado por un tercero que se ha basado en la revisión de los documentos que dieron origen a la calificación de la pérdida de capacidad laboral de mi prohijado por parte del DOCTOR CARLOS CARDONA, no sustituye la revisión del estado de invalidez de un pensionado como lo estatuye la ley.

j).- "Se realizó comparación de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral del señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, identificado con cedula de ciudadanía N° 16.683.267 y se evidenció que la disminución del porcentaje de PCL se debió a la calificación de las criterios de deficiencia, discapacidades y minusvalía.", procedimiento que en modo alguno puede considerarse coma respetuoso del debido proceso y el derecho de defensa de mi prohijado, por las razones previamente expuestas en los puntos anteriores, pues debe hacerse una revisión

del estado de invalidez de mi prohijado en forma presencial que verifique su real estado, y. no basarse en una comparación de documentos por la carga de subjetividad que esta conlleva, ya que desconoce la valoración directa y de primera mano que realizó el DOCTOR CARLOS CARDONA, médico especializado que tuvo a su cargo la expedición del dictamen que le otorgo el reconocimiento de la pensión de invalidez a mi poderdante.

k).- "Así mismo se obtuvo el Informe Técnico emitido por el tercero experto y objetivo GESTAR INNOVACION frente a la documentación, bajo la cual, se realizó el dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, para lo cual se expuso:

"De acuerdo con las validaciones realizadas a los documentos anexos en el Bizagi y de las validaciones que se realizaron en los aplicativos internos y demás se evidenciaron presuntos hechos de fraude y/o corrupción en relación a la calificación de pérdida de capacidad laboral del señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA identificado con la cedula de ciudadanía N° 16.683.267, toda vez que conforme las nuevas valoraciones realizadas en el informe técnico N°408141 de fecha 12 de enero de 2021 realizado por el tercero experto y objetivo GESTAR, se evidenció una disminución abrupta en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral frente al Dictamen N° 2015874550P, pasando de un porcentaje de PCL del 66,5% a un porcentaje de PCL del 40,50 %. Ahora bien, toda vez que en la Resolución de reconocimiento pensional de invalidez GNR 68000 del 10 de marzo del 2015, se tomó como base el dictamen de pérdida de capacidad laboral 2015874550P, se remite el presente caso a Investigación Administrativa Especial" aspecto ya tratado y sobre el cual resulta redundante pronunciarse por lo ya dicha en forma antecedente de manera reiterativa, añadiéndose que "Como fecha de estructuración, el tercero experto y objetivo GESTAR INNOVACION, definió el 04/02/2015.", punto sobre el cual no hay discusión, pues los hechos ya debatidos así lo demuestran.

De acuerdo con todo lo anterior, la Gerencia de Prevención del Fraude, emitió el auto N° GPF-0621-21 del 27 de agosto de 2021 por medio del cual abrió la Investigación Administrativa Especial N° 345-21, que supuestamente incorporó todos los elementos de conocimiento y/o pruebas, lo cual fue trasladado al ciudadano y notificado en legal forma, y de nuevo incurrir en los señalamientos de tipo penal jamás probados a lo largo de la investigación ya citada, pues aunque reconocen que la Investigación Administrativa Especial que aquí nos ocupa no es un escenario procesal de orden judicial sino una actuación administrativa donde supuestamente se le da al ciudadano las oportunidades de conocer y controvertir los hechos, documentos, informes, elementos de conocimiento y/o pruebas, garantizándole el debido proceso y derecho de defensa, tildan a mi prohijado de ser una persona delincuente por omisión que indignamente se aprovecha de un

error, pues supuestamente contraria el principio de la buena fe, carga probatoria que no han podido desvirtuar, pues no existe la más mínima prueba de que este haya realizado acción alguna ilícita o ilegal para que le fuera otorgada la pensión por invalidez por riesgo común, estando debidamente acreditado el accidente que sufrió, el extenso periodo de incapacidad que los médicos tratantes le reconocieron y las graves consecuencias que para su fisiología de manera permanente trajo consigo este accidente para él.

RESPECTO DE LA CONCLUSION DE LA INVESTIGACION ADMINISTRATIVA ESPECIAL:

Se puede sintetizar que COLPENSIONES aduce que del acervo probatorio del expediente de mi prohijado, se pudo determinar y en consecuencia dar por probado que el reconocimiento pensional - económico realizado al señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA por medio de la Resolución N° GNR 68000 del 10 de marzo de 2015 emitida por la Gerencia Nacional de Reconocimiento de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se dio o precipitó bajo hechos que dan cuenta de fraude o desconociendo los requisitos legales establecidos para ello, conclusión genérica y difusa que abarca tanto la noción de fraude como la supuesta posible falta de idoneidad del médico calificador, que resalta por su falta de concreción y sustento probatorio, endilgándosele sin prueba alguna a mi prohijado haber incurrido en variadas supuestas conductas punibles como: estafa agravada, obtención de documento público falso, fraude procesal y aprovechamiento de error ajeno, lo cual es una clara y fehaciente muestra del desconocimiento del contexto pensional en que le fue concedida la pensión de invalidez a mi poderdante, generando un sesgado velo de duda sobre su buen nombre y honra personal, tratando de hacerlo ver como un hombre sin principios y transgresor consumado de la ley, cuando solo es una persona humilde que como trabajador sufrió un desafortunado accidente que le ha dejado graves limitaciones físicas que le hacen merecedor de la pensión de invalidez y a recibir un salario mínimo mensual legal vigente para poder llevar el sustento a su familia y para él.

EXCEPCIONES:

Propongo como tales las siguientes:

1.- PREVIA: NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS. Planteo o formulo esta excepción en consideración a lo establecido en el numeral 09 del artículo 100 del Código General del Proceso, por cuanto se señala y acusa a mi poderdante de supuestamente haber incurrido en varias y graves conductas punibles y/o haber obtenido el otorgamiento de la pensión de invalidez sin la observancia de los requisitos legales existentes para ello, debiendo necesariamente haberse llamado a la sociedad Asesorías y Servicios de Salud ASALUD LTDA, entidad que prestaba sus servicios a COLPENSIONES, la cual el día 4 de febrero de 2015 determinó que el señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA tenía una pérdida de la Capacidad Laboral equivalente al 66.55%, con fecha de estructuración 15 de enero de 2015 y con mayor razón al médico especialista de la misma, doctor CARLOS CARDONA, quien fue el que realizó el dictamen de PCL N°

201587455OP de fecha 04 de febrero de 2015, persona jurídica y médico especialista que intervinieron directamente en dicho acto y que deben de acuerdo al artículo 61 del C.G.P., integrar el contradictorio,, por lo cual solicito comedidamente al Señor Juez se declare probada esta excepción.

2.- DE FONDO: LA BUENA FE DEL TRABAJADOR PENSIONADO POR INVALIDEZ. Excepción que formulo tomando en consideración que mi poderdante como persona que sufrió un real y grave accidente, jamás obró con la intención de causar un perjuicio patrimonial o defraudar a la entidad ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y así lo demuestra de manera fehaciente la Historia Clínica de mi poderdante y el contexto pensional en virtud del cual se le otorgó la pensión de invalidez, por ello solicito comedidamente al Señor Juez, que atendiendo a que la entidad demandante fue la que hizo el reconocimiento de la pensión sin que esta haya podido demostrar constreñimiento, la existencia de fraude procesal o cualquier otra conducta punible, no puede pretender la nulidad del acto administrativo que otorgó la pensión a mi prohijado y mucho menos pretender el restablecimiento del derecho recuperando lo pagado a mi poderdante por concepto de mesadas o cualquier otro rubro pensional, porque de acuerdo a lo consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política y el artículo 835 del Código de Comercio, la buena fe se presume constitucional y legalmente, y mi prohijado siempre actuó y ha actuado de buena fe, y dicha presunción no ha sido jamás desvirtuada por la entidad demandante, por lo cual solicito se tenga por probada dicha excepción.

3.- DE FONDO: LA FALTA DE CONFIANZA LEGITIMA COMO FUNDAMENTO JURIDICO NECESARIO EN LAS RELACIONES CON LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS: Excepción que hago consistir en que todo ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, surgiendo para la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la obligación de preservar un comportamiento consecuente, sin contradicciones, sin cambios bruscos, inesperados o caprichosos respecto de una situación jurídica previamente existente máxime cuando no tiene prueba alguna, a fin de proteger a los particulares, que surge de un acto administrativo o una acción anterior, y por ello pido se tenga por probado el quebrantamiento de este principio por parte de la entidad demandante, pues ha irrogado grave perjuicio a mi poderdante sin que obren pruebas reales de la existencia de una conducta punible o del desconocimiento de los requisitos legales para obtener una pensión de invalidez, que de no remediarse constituirá para mi prohijado un perjuicio grave e irremediable, y basado en lo anterior solicito respetuosamente se declare fundada dicha excepción.

4.- DE FONDO: LA GENERICA O INNOMINADA. Hago consistir esta excepción en todo hecho que demostrado en el proceso resulte a favor de la parte que represento, por lo cual solicito al Señor Juez comedidamente declararlo de oficio, atendiendo el precepto legal contenido en el artículo 282 del Código General del Proceso, que faculta al Señor Juez para declarar probado oficiosamente todo hecho constitutivo de excepción diferente a la prescripción, compensación y nulidad relativa.

FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO:

La presente contestación tiene como fundamento jurídico procesal lo previsto en el artículo 175 del CPACA, y desde el punto de vista del derecho sustantivo, el artículo 83 de la Constitución Política y el artículo 835 del Código de Comercio.

Valga señalar igualmente que el principio constitucional de la buena fe de que trata el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, preceptúa que las actuaciones de las particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas, en consecuencia es una regla general que la buena fe se presume, por una parte es la manera correcta, legal y usual de comportarse uno como persona, y en el caso presente, ante COLPENSIONES, y por la otra, a la luz del derecho, las faltas o delitos deben probarse, y es una falta el quebrantar la buena fe, situación que en el puntual caso de mi poderdante no se puede predicar, ya que una cosa es que se aduzca por COLPENSIONES que mi prohijado obró de mala fe y con intención de defraudar a COLPENSIONES y otra muy distinta es que se haya probado a través de la Investigación Administrativa Especial desarrollada, la supuesta mala fe de este o la realización de alguna conducta punible como pretenden hacerlo ver o aparecer, que viola flagrantemente el principio de justicia que es inherente a la actividad de todo servidor público

MEDIOS DE PRUEBA:

Solicito respetuosamente al Señor Juez que sean tenidas como tales las aportadas con la demanda que reúnan los requisitos de ley para su valor probatorio, especialmente la Historia Clínica de mi poderdante para la fecha en que le fue otorgada la pensión de invalidez por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y las que pretendo hacer valer con la presente contestación para probar la total inocencia de mi poderdante, las cuales relaciono y solicito a continuación en atención a la necesidad e importancia de su recaudo, con el propósito de lograr el esclarecimiento pleno de los hechos, a saber:

DOCUMENTALES:

1.- Copia de la Historia Clínica de mi poderdante, señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, expedida por los médicos tratantes de su Empresa Promotora de Salud SURA EPS, correspondiente al periodo comprendido entre el 1º de enero del 2019 y 30 de septiembre de 2023, que demuestra cual ha sido y cuál es la verdadera situación de salud de mi poderdante hasta la fecha actual.

2.-Copia del recurso de apelación interpuesto por mi poderdante contra la RESOLUCION N° SUB 159811 de fecha 13 de junio de 2022, proferida por la Subdirectora de Determinación V de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, correspondiente al radicado N° 2022_7662255-9, que sin soporte factico y probatorio algún, revocó en todas y cada una de sus partes la Resolución GNR N° 68000 de fecha 10 de marzo de 2015, mediante la cual se otorgó a mi poderdante la pensión de invalidez, recurso de apelación Señor Juez , que de manera puntual y precisa dio respuesta a cada una de las acusaciones de que fuera objeto mi poderdante, sin que pese a su claridad

conceptual y pertinencia hubiese sido tenido en cuenta y mucho menos se hubiese desvirtuado lo allí demostrado..

PRUEBA TESTIMONIAL:

1.- Respetuosamente solicito al Señor Juez, se ORDENE la citación del doctor, CARLOS CARMONA, quien en su calidad de médico especializado fue quien realizó el Dictamen de PCL N° 201587455OP de fecha 04 de febrero de 2015 que dio un 66,55 % de PCL al señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA, como médico comisionado para ello por la empresa Asesorías y Servicios de Salud ASALUD LTDA, empresa contratista de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y de ser procedente se cite al representante legal de dicha empresa, cuyos datos de direcciones y/o correos electrónicos para efectos de notificación judicial, deberán ser aportados o allegados por COLPENSIONES, de acuerdo a lo señalado por el concepto de carga dinámica de la prueba tal como lo prevé el artículo 167 del C.G.P., a fin de que expresen y expliquen las razones en que se fundamentó dicho dictamen de PCL.

PRUEBA PERICIAL:

1.- Respetuosa y comedidamente solicito al Señor Juez, se sirva oficiar al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, para que un médico perito forense adscrito a dicha institución pública, haga un minucioso examen físico y funcional al señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA y revise, evalúe y confronte el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral N° 2015874550P del 04 de febrero de 2015 emitido por la sociedad especializada Asesorías y Servicios de Salud- ASALUD LTDA, entidad que prestaba sus servicios a COLPENSIONES, que determinó que el señor JERRY RODRIGUEZ CABRERA tenía el 66,55 % de PCL con fecha de estructuración el 15 de enero de 2015, concepto que fuera rendido por el médico especialista DR. CARLOS CARDONA, quien se basó para emitir el mismo, en la Historia Clínica y estado de salud que presentaba en ese entonces mi poderdante.

En el evento que dicho dictamen no se encuentre dentro de la Historia Clínica que allegó la entidad demandante a título de prueba documental, solicito respetuosamente al Señor Juez, se requiera a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que allegue el mismo a fin de poder realizar la revisión, evaluación y confrontación solicitada por esta parte demandada, en claro acatamiento al principio de la carga dinámica de la prueba.

SUSPENSION PROVISIONAL:

Con el mayor respeto me permito solicitar al Señor Juez, que dada la grave afectación de los derechos fundamentales al debido proceso, al derecho de defensa y al mínimo vital que este acto administrativo ha traído para mi poderdante y su familia, se sirva declarar la SUSPENSION PROVISIONAL, de la RESOLUCION N° SUB 159811 DE FECHA 13 DE JUNIO DE 2022 PROFERIDA POR LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES correspondiente al RADICADO N° 2.022_7662255_9, que le fuera notificada a mi poderdante el día 17 de junio de 2022, mediante la cual se revocó en cada una de sus partes la Resolución GNR N° 68000 del 10 de marzo de 2015, que le

reconoció y otorgó la pensión de invalidez a mi poderdante, y en consecuencia se ordene el pago de las mesadas que le han dejado de pagar a mi poderdante desde el día 31 de diciembre de 2022, hasta el momento en que haya un fallo definitivo, ya que el perjuicio que se le viene causando a él y a su familia por el no pago de las mesadas, es más que evidente y le ha generado un estado económico de gran necesidad, sumado a que a la fecha actual por su estado de salud permanente y con tendencia al agravamiento, no puede realizar ni obtener ningún trabajo que le permita cubrir o al menos paliar las urgentes necesidades diarias de él y su familia, debiendo solicitar igualmente que no se le vaya a retirar del Régimen de Salud que es lo único que hasta ahora le han dejado. Como pensionado.

ANEXOS:

Anexo a la presente contestación de la demanda, los documentos enunciados en el acápite de pruebas y el poder a mi conferido.

NOTIFICACIONES:

Mi poderdante recibe notificaciones en la Carrera 10 N° 42 – 27, Barrio El Troncal de la ciudad de Cali, o en el correo electrónico: larry1963171521@gmail.com, celular 315-5584978.

El suscrito apoderado recibirá notificaciones en la carrera 4 N° 11-33, Oficina 809 del Edificio Ulpiano Lloreda de la ciudad de Cali (V.) o en el correo: iurish-1@hotmail.com, celular 310-5084147.

Del Señor Juez.

Atentamente:



JOSE HERNAN HINCAPIE GARCIA.
C.C. N° 17.723.079 de El Doncello (Cgtá.).
T.P. N°. 227305 del C.S. de la J.

SEÑOR

JUEZ 14 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
E. S. D.

REFERENCIA: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GRACIELA CORTES DE MORENO
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION
SOCIAL – UGPP
LITISCONSORTE NECESARIO: DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS
RADICACION: 76001-3333-014-2021-00-087-00

ASUNTO: CONTESTACION DE DEMANDA

JENIFFER MONTIEL BENITEZ mayor de edad, identificada con la C. C. No. 31.712.568 de Cali - Valle, y portadora de la T. P. No. 364.956 del C. S. de la J, obrando en mi condición de apoderada de la señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS**, mayor de edad, domiciliada en la Calle 46B # 39-14 del Barrio Antonio Nariño de la ciudad de Cali, en calidad de litisconsorte necesario dentro del proceso de referencia comedidamente allego a su honorable despacho escrito para darle contestación a la demanda de **ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesta por la señora **GRACIELA CORTES DE MORENO** en los siguientes términos:

HECHOS:

Los contesto de la siguiente manera:

AL HECHO PRIMERO: Es cierto, toda vez que el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía #296.461 Expedida en la Mesa Cundinamarca, falleció en la ciudad de Cali, el día (31) de JULIO del 2020.

AL HECHO SEGUNDO: Contiene dos supuestos de hecho que me permito dar contestación en los siguientes términos:

- Frente al primero: Es cierto que la señora **GRACIELA CORTES DE MORENO** y el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D.)** contrajeron matrimonio este hecho puede verificarse a través de la copia del registro civil de matrimonio que se aportó como medio probatorio junto a la demanda.

- Frente al segundo: No me consta que la demandante GRACIELA CORTES DE MORENO dependía económicamente del causante. La señora DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS no tenía conocimiento de la señora GRACIELA CORTES DE MORENO.

AL HECHO TERCERO: Es cierto.

AL HECHO CUARTO: No me consta.

AL HECHO QUINTO: Es cierto, este hecho pudo verificarse a través de las copias de los registros civiles de nacimiento aportados como pruebas junto a la demanda. La DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS no tenía conocimiento de los 7 hijos que tenía el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)** con la señora GRACIELA CORTES DE MORENO.

AL HECHO SEXTO: Es falso, ya que el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)** convivía con la señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS** en la dirección en la Calle 46B No 39-14 barrio Antonio Nariño de la ciudad de Cali, esta relación se inició el 31 ° de marzo de 2013 y perduró hasta el 31 de Julio de 2020, fecha en que falleció el señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D).

AL HECHO SEPTIMO: Es cierto, este hecho pudo verificarse a través del expediente administrativo aportado como pruebas junto a la demanda.

AL HECHO OCTAVO: Es cierto en cuanto mi poderdante la señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS**, mayor de edad, vecina de la ciudad de Cali, identificada con la cédula de ciudadanía #38.463.447, elevó solicitud de reclamación de sobrevivientes aduciendo la calidad de compañera permanente del causante **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**. Es cierto que la Entidad demandada UGPP, mediante resolución # RDP002882 con fecha de FEBRERO (09) DEL 2021, resuelve negar el derecho a la pensión de sobrevivientes en contra de la demandante **GRACIELA CORTES DE MORENO**.

AL HECHO NOVENO: Es cierto, este hecho pudo verificarse a través del expediente administrativo aportado como pruebas junto a la demanda.

AL HECHO DECIMO: Es cierto, este hecho pudo verificarse a través del expediente administrativo aportado como pruebas junto a la demanda.

AL HECHO ONCE: Es cierto, este hecho pudo verificarse a través del expediente administrativo aportado como pruebas junto a la demanda.

AL HECHO DOCE: Es falso, ya que el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)** convivía con la señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS** desde el 31 ° de marzo de 2013 y perduró hasta el 31 de Julio de 2020, fecha en que falleció el señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D), tanto así, que el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)** tenía



Jeffrey Mantiel Benitez
ABOGADO

afiliada a la señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS** desde abril de 2017 a su EPS Comfandi SOS como compañera permanente. La señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS** no tenía conocimiento de la señora **GRACIELA CORTES DE MORENO**.

AL HECHO TRECE: Es falso, ya que el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)** convivía con la señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS** desde el 31 ° de marzo de 2013 y perduró hasta el 31 de Julio de 2020, fecha en que falleció el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**, como lo demuestra los recibos de teléfono que llegaban a nombre del señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)** con dirección de entrega Calle 46B No 39-14 barrio Antonio Nariño de la ciudad de Cali, y los recibos de pago a nombre del señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)** de arrendamiento que aporó como prueba.

AL HECHO CATORCE: No me consta.

AL HECHO QUINCE: Es cierto.

AL HECHO DIECISEIS: Es cierto.

A LAS PRETENSIONES

Frente a las pretensiones

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones puesto que la parte demandante pretende el reconocimiento de una pensión de sobreviviente en calidad de cónyuge supérstite del señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D.)** en favor de la señora **GRACIELA CORTES DE MORENO**, sin tener en cuenta mi prohijada la señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS** quien también le asiste el derecho por convivir con el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**, desde el 31 ° de marzo de 2013 y perduró hasta el 31 de Julio de 2020, fecha en que falleció el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**.

PRIMERA: Me opongo que se declare la NULIDAD de los siguientes actos administrativos:

RESOLUCION #RDP002882 con fecha de FEBRERO (09) del 2021, emitida por la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – U.G.P.P.-, mediante la cual se niega la pensión de sobrevivientes en contra de la parte actora señora **GRACIELA CORTES DE MORENO**.

RESOLUCION #RDP006625 con fecha de MARZO (13) del 2021, emitida por la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – U.G.P.P.-, mediante la cual resuelve el recurso de reposición y confirma en todas y cada una

de sus partes la resolución # RDP002882 de fecha FEBRERO (09) del 2021, en contra de la parte actora señora GRACIELA CORTES DE MORENO

RESOLUCION #RDP008269 con fecha de ABRIL (07) del 2021, emitida por la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – U.G.P.P., mediante la cual resuelve el recurso de apelación y confirma en todas y cada una de sus partes la resolución #2882 de fecha FEBRERO (09) del 2021, en contra de la parte actora señora GRACIELA CORTES DE MORENO.

Lo anterior puesto los actos administrativos están ajustados en derecho y debidamente motivados.

SEGUNDA: Me opongo a que le sea reconocida y pagar en un 100% LA PENSION DE SOBREVIVIENTES, las mesadas de JUNIO y DICIEMBRE, y al reajuste desde 31 de julio de 2020 a favor de la actora GRACIELA CORTES DE MORENO, puesto no acredita la convivencia que afirma tenía con el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**, siendo mi prohijada la señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS** quien también le asiste el derecho por convivir con el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**, desde el 31 ° de marzo de 2013 y perduró hasta el 31 de Julio de 2020, fecha en que falleció el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**.

TERCERA: Me opongo al pago de intereses en favor de la señora GRACIELA CORTES DE MORENO, puesto no acredita la convivencia que afirma tenía con el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**, siendo mi prohijada la señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS** quien también le asiste el derecho por convivir con el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**, desde el 31 ° de marzo de 2013 y perduró hasta el 31 de Julio de 2020, fecha en que falleció el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**.

CUARTA: Me opongo frente a las facultades ultra y extra petita en favor de GRACIELA CORTES DE MORENO, puesto no acredita la convivencia que afirma tenía con el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**, siendo mi prohijada la señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS** quien también le asiste el derecho por convivir con el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**, desde el 31 ° de marzo de 2013 y perduró hasta el 31 de Julio de 2020, fecha en que falleció el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**.

QUINTA: No me opongo.

FUNDAMENTO JURIDICO

Fundamento mi pedido de intervención litisconsorcial activa en lo normado en los siguientes preceptos legales:

Existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única "relación jurídico sustancial" en este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos. En cambio, el litisconsorcio será facultativo o voluntario cuando concurren libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica, sino de tantas cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo conjuntamente (legitimación por activa), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (legitimación por pasiva). Bajo esta modalidad, los actos de cada uno de los litisconsortes no redundarán en provecho o en perjuicio de los otros, sin que ello afecte la unidad del proceso o implique que la sentencia sea igual para todos. En este caso, el proceso puede adelantarse con o sin su presencia porque el contenido de la sentencia en últimas no lo perjudica ni lo beneficia. Sólo contándose con su presencia en el proceso, la decisión que se adopte en la sentencia lo vinculará, dado que en ella se decidirá sobre sus propias pretensiones o sobre las razones que esgrime en su defensa.

La intervención facultativa sólo podrá ejercerse hasta antes de que se profiera sentencia de única o primera instancia y dentro del término previsto para la interposición de la acción correspondiente, esto es, siempre que no hubiese operado la caducidad.

Artículo 61 Código general del Proceso

"Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio

Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.



Jennifer Mariel Benítez
ABOGADA

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio."

En el caso que nos compete, observamos que la señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS** quien también le asiste el derecho por convivir con el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**, desde el 31 ° de marzo de 2013 y perduró hasta el 31 de Julio de 2020, fecha en que falleció el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**., es necesario la comparecencia de mi poderdante al proceso de referencia para garantizar la transparencia e igualdad al momento de administrar justicia.

Artículo 4,7, 14 de la ley 1564 de 2012.

EXCEPCIONES

INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS.

El artículo 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 establecen que, el medio de control de nulidad procede cuando:

"ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...)

ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación.

Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel."

En consecuencia, de lo anterior la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – U.G.P.P.- negó en sus resoluciones RESOLUCION #RDP002882 con fecha de FEBRERO (09) del 2021, RESOLUCION #RDP006625 con fecha de MARZO (13) del 2021 y la RESOLUCION #RDP008269 con fecha de ABRIL (07) del 2021, emitidas por la demandada la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – U.G.P.P la pensión en favor de la señora GRACIELA CORTES DE MORENO, puesto no acredita la convivencia que afirma tenía con el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**, siendo mi prohijada la señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS** quien también le asiste el derecho por convivir con el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**, desde el 31 ° de marzo de 2013 y perduró hasta el 31 de Julio de 2020, fecha en que falleció el señor **MIGUEL MORENO (Q.E.P.D)**.

Siendo estos actos administrativos ajustados en derecho y debidamente motivados, sin desconocer el derecho que le nace a mi poderdante la señora **DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS**.

BUENA FE.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 83 superior, la buena fe se presume en las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas, por lo tanto, las autoridades deben dar aplicación a dicha presunción.

En el caso que nos ocupa, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – U.G.P.P obró de buena fe al expedir los actos administrativos demandados al cumplir fielmente y honrar lo establecido no solo en la Carta Magna sino en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015.

INNOMINADA O GENERICA

Excepción que se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA, que se desprende de todos los hechos exceptivos que sean probados y advertidos en el transcurso del proceso, y que resulten favorables a mi cliente, los cuales solicito sean declarados de oficio.

MEDIOS PROBATORIOS

Al juzgado solicito se sirva admitir el presente escrito y el medio probatorio ofrecido, autorizando mi intervención como litisconsorte necesario, conforme a mi derecho y de acuerdo a ley

DOCUMENTALES: Se tengan en cuenta las aportadas con la demanda que se hubieren emitido por Colpensiones respecto de las solicitudes elevadas por la demandante y las que se acompañan con este escrito. En relación con los demás medios de prueba me atengo a lo que se compruebe dentro del proceso sobre la veracidad de las mismas:

- Copia declaración bajo juramento con fines extraprocesales de la señora DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS de la notaría 19 de la ciudad de Cali, con fecha del 11 de agosto de 2020, donde declara la convivencia con el señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D).
- Copia declaración bajo juramento con fines extraprocesales del señor LUIS MILLER GETIAL PINZON de la notaria 19 de la ciudad de Cali, con fecha del 25 de junio de 2021, donde declara la convivencia del señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D) y la señora DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS.
- Copia declaración bajo juramento con fines extraprocesales del señor MILCIADES VIAFARA MINA de la notaria 19 de la ciudad de Cali, con fecha del 25 de junio de 2021, donde declara la convivencia del señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D) y la señora DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS.
- Copia declaración bajo juramento con fines extraprocesales de las señoras SANDRA SANCHEZ VILLEGAS Y ROSARIO SANCHEZ VILLEGAS de la notaria 19 de la ciudad de Cali, con fecha del 11 de agosto de 2020, donde declara la convivencia del señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D) y la señora DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS.
- Copia afiliación a la EPS SOS COMFANDI de la señora DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS por parte del señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D).
- Certificado de afiliación de la señora DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS a la EPS SOS COMFANDI.
- Copia registro civil de nacimiento de la señora DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS.
- Copia de la cedula de la señora DERLY PAOLA SANCHEZ VILLEGAS.
- Copia de la cedula del señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D).
- Recibo pago internet y telefonía fija a nombre del señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D), con dirección de residencia que tuvieron mientras convivían en unión libre, en la calle 46B No 39-14.



- Copia recibo de pago de arrendamiento del 28 de Noviembre de 2019 por valor de Trescientos cincuenta Mil Pesos Mcte. (350.000) a nombre del señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D).
- Copia recibo de pago de arrendamiento del 28 de Julio de 2019 por valor de Trescientos cincuenta Mil Pesos Mcte. (350.000) a nombre del señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D).
- Copia recibo de pago de arrendamiento del 28 de Marzo de 2020 por valor de Trescientos cincuenta Mil Pesos Mcte. (350.000) a nombre del señor MIGUEL MORENO (Q.E.P.D).

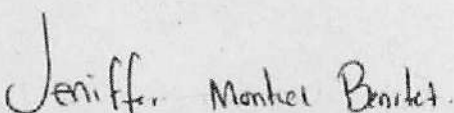
NOTIFICACIONES

MI PODERDANTE: las recibirá en la Calle 46B No 39-14 barrio Antonio Nariño de la ciudad de Cali. Correo electrónico: derlypaola3103@gmail.com.

LA SUSCRITA: las recibiré en la Calle 72D # 24 B1 02 barrio Villa del Lago de la ciudad de Cali, correo electrónico jemobe83@hotmail.es y teléfono 3053094794.

Del señor Juez,

Atentamente.


JENIFFER MONTIEL BENITEZ

CC: 31.712.568 DE CALI (V)

T.P N° 364.956 DEL C.SUP DE LA JUD