

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES

Manizales, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Sentencia Nro.: 318/2023
Medio de Control: Reparación Directa
Actor(a): Sandra milena Aguirre y otros
Accionado: Nación Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Radicado: 17-001-33-33-002-2014-00380-00
Instancia: Primera

En los términos del inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C.P.A.C.A. y teniendo en cuenta que no se advierten irregularidades que afecten o vicien el trámite del proceso, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia.

Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en la audiencia inicial respecto a las excepciones y la fijación del litigio.

Antecedentes:

1.- La demanda

Por intermedio de apoderado judicial **Sandra Milena Aguirre Román, Nataly Aguirre Aguirre y Paula Melissa Hoyos Arias** quien actúa en representación de la menor **Antonella Aguirre Hoyos**, en ejercicio del medio de control de Reparación Directa demandaron a la **Nación Ministerio de Defensa- Policía Nacional** solicitando lo siguiente¹:

¹ Páginas 8 a 11 archivo 01

Previas las declaraciones y condenas a las que haya lugar le solicito encarecidamente Señor Juez que se DECLARE ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE a LA NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL por los perjuicios morales y materiales ocasionados a los demandante por cuenta del Secuestro Extorsivo del que fue víctima el Señor JOSÉ LENOARDO AGUIRRE AGUIRRE por parte de Miembros de la Policía Nacional adscritos al Departamento de Policía Caldas en los hechos ocurridos el día VEINTICUATRO (24) de Mayo de 2012 como consecuencia de una FALLA EN EL SERVICIO imputable a las entidades demandadas tal y como se narra en los hechos de la presente demanda.

a) Perjuicios Morales

PRIMERO: Los demandados estarán obligados a asumir y cancelar los siguientes PERJUICIOS MORALES en este orden: (...)

TOTAL PERJUICIOS MORALES: DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$ 246.400.000)

b) Perjuicios MATERIALES

SEGUNDO: Los demandados estará obligados a asumir y cancelar los siguientes PERJUICIOS MATERIALES por cuenta de la FALLA DEL SERVICIO (...)

TOTAL DE LOS PERJUICIOS MATERIALES O PATRIMONIALES: TRESCIENTOS SIETE MILLONES D EPESOS MCTE (\$ 307.000.000).

c) DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN

TERCERO: Los demandados están obligados a cancelar las siguientes sumas por concepto de DAÑO A LA VIDA DE RELACION en este orden:

TOTAL PERJUICIOS DEL DAÑO A LA VIDA DE RELACION
TRESCIENTOS SENSENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS
MCTE (\$369.600.000)

Con respecto a los hechos expuestos por la parte actora se tiene:

El 24 de mayo de 2012, siendo las 7:30 p.m el señor José Leonardo Aguirre Aguirre fue abordado por miembros de la Policía Nacional quienes lo retuvieron en un vehículo tipo patrulla y le exigieron la suma de diez millones de pesos (\$ 10.000.000) como contraprestación para no proceder a su judicialización.

Posteriormente fue conducido a la Estación de Policía Manizales donde los uniformados constriñeron al Jefe de la Unidad para que se abstuviera de

realizar el procedimiento de control sobre las personas que ingresaban a esas instalaciones. La víctima fue llevada a la Sala de Temporales de Libertad donde continuaron las exigencias económicas.

Desde el momento de su aprehensión la señora **Sandra Milena Aguirre Román**, madre del señor Aguirre Aguirre, inició la búsqueda de su hijo sin que en el sistema SIES 123 de la Policía estuviese reportado como persona privada de su libertad.

La víctima se comunica con su progenitora y le comunica que debe pagar la suma de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000); ante lo cual la señora Aguirre Román decide denunciar los hechos ante el Gaula de la Policía. Como resultado del operativo se logró la captura del señor Carlos Alberto Moncada quien se identificó como informante de la SIJIN y el señor Leonardo Aguirre Aguirre recuperó su libertad.

La **Policía Nacional** adelantó proceso disciplinario en contra de los miembros de la institución involucrados en la retención ilegal del demandante y falló esas actuaciones destituyendo a los investigados. Igualmente, se adelantó proceso penal en el que los ex policiales fueron cobijados con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Nueve meses después, el 04 de marzo de 2013 el señor Leonardo Aguirre Aguirre fue asesinado en hechos que no han sido aclarados por parte de la justicia, pero advierte que uno de los investigados por el secuestro del que fue víctima se encuentra prófugo de la justicia.

Fundamentos de derecho

Acude al artículo 90 de la Carta Política y cita abundante jurisprudencia para fundamentar sus pretensiones. Refiere al régimen de falla en el servicio representada en la conducta ilegal de los miembros de la Policía Nacional.

2. Trámite procesal

Después de surtirse la fase escrita del procedimiento, se llevó a cabo la audiencia inicial el día 11 de agosto de 2016². La Audiencia de Pruebas se realizó el 16 de agosto de 2022³ y mediante Auto del 06 de diciembre de 2022⁴, luego de

² Páginas 424 a 438 archivo 01

³ Archivo 12

efectuarse el recaudo probatorio, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro de los 10 días siguientes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

Vencido el término de traslado de alegatos el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

3. Actuación de la parte demandada⁵

Frente a los hechos expuestos, la **Policía Nacional** acepta como ciertos los relacionados con el secuestro extorsivo de que fue víctima el señor José Leonardo Aguirre Aguirre, así como la investigación disciplinaria y la existencia del proceso penal adelantado en contra de los servidores de la institución. Sin embargo, explica que los miembros de la institución se apartaron totalmente del servicio sin que pueda atribuirse una falla en el servicio.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones y propone las siguientes excepciones:

i) “Culpa exclusiva de determinante de un tercero – culpa personal del agente”. Los señores Diego Mauricio Pulido Pineda, Deybi Alexander Díaz López y Jhon Fredy Mora López actuaron desde su fuero interno sin nexo alguno con el servicio propio de sus funciones e incurriendo en el delito de secuestro extorsivo.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado las circunstancias del caso encajan en una culpa personal del agente porque la actividad desplegada por los uniformados no tuvo relación con el servicio.

4. Alegatos de conclusión

Parte demandante⁶: Refiere a los perjuicios que padecieron las accionantes y destaca que los hechos expuestos en la demanda fueron acreditados en este proceso judicial; estos constituyen una falla del servicio de la institución demandada por lo que los uniformados involucrados fueron sancionados disciplinariamente y condenados penalmente.

⁴ Archivo 28

⁵ Archivo 13

⁶ Archivo 61

Policía Nacional⁷: Argumenta que en este caso la parte actora no probó la existencia de un perjuicio y reitera los argumentos que sustentan la excepción referida a la culpa personal del agente.

Ministerio Público: Guardó silencio durante esta etapa procesal.

Consideraciones

1. Cuestión previa.

Dentro de las pruebas allegadas al expediente se encuentran las piezas procesales de la investigación disciplinaria radicada con el número REGI3-2012-24 adelantado por la Oficina de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía Caldas.

Para valorar en este medio de control las declaraciones recaudadas en esas actuaciones, inicialmente sería necesario la ratificación de los testigos como lo dispone el artículo 222 del Código General del Proceso; sin embargo, el Consejo de Estado en sentencia del 24 de septiembre de 2021, ha explicado que tratándose de una demanda en contra de la Nación, el criterio es el siguiente⁸:

En lo que se refiere a los testimonios que se recibieron en esos procesos, se advierte que, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sección, para que las declaraciones juramentadas rendidas en un trámite ajeno al proceso contencioso administrativo puedan ser tenidas en cuenta, deben ser ratificadas según el trámite establecido en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil. No obstante, la Sección Tercera también ha admitido la valoración de los testimonios trasladados sin que sea necesaria su ratificación, en los siguientes términos: (...)

Finalmente, se repite, las variaciones jurisprudenciales expuestas anteriormente (...) se unifican en esta providencia de Sala Plena de Sección, en el sentido de que cuando la demandada es la Nación, y es una entidad del orden nacional quien recaudó los testimonios con plena observancia del debido proceso, entonces puede afirmarse que la persona contra la que pretenden hacerse valer dichas pruebas, por ser la misma, tuvo audiencia y contradicción sobre ellas. En este caso, se entiende que la Nación es la persona jurídica en cuya cabeza radican las garantías que se pretenden preservar con las previsiones del artículo 229 del Código de Procedimiento

⁷ Archivo 33

⁸ Sección Tercera, C.P María Adriana Marín, sentencia del 24 de septiembre de 2021, Exp 52470

Civil y, por lo tanto, también es plausible afirmar que tales prerrogativas no se transgreden cuando se aprecia el testimonio trasladado en las condiciones aludidas. (cursivas originales)

Por esta razón, los testimonios que fueron practicados durante el proceso disciplinario por la **Policía Nacional** serán valorados en este proceso judicial; ello en la medida en que la presente demanda se dirige contra la misma entidad que practicó las pruebas.

2. Problema y análisis jurídico

En la fijación del litigio se indicó que la controversia se centraría en dilucidar lo siguiente:

(...) ¿Previa acreditación de la existencia del daño antijurídico que alega la parte actora, es indispensable establecer, si existe falla del servicio por acción imputable fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, como consecuencia de la detención ilegal de que fue objeto el señor José Leonardo Aguirre Aguirre el día 24 de mayo de 2012, por parte de agentes de la Policía Nacional en actividad propia de su servicio? ⁹

Así mismo, el Despacho advierte que ello no implica descartar que en el desarrollo del problema jurídico se aborden algunos subproblemas.

2. Análisis del caso.

Para resolver el problema jurídico, el Despacho analizará los siguientes aspectos: i) Elementos de Responsabilidad del Estado ii) Solución al caso concreto que implica definir la existencia de un daño antijurídico y la imputabilidad del mismo a las entidades demandadas.

2.1 Elementos de responsabilidad del Estado.

El presente proceso se originó en ejercicio del medio de control de Reparación Directa consagrado en el artículo 140 del C.P.A.C.A. Esta norma faculta al interesado para demandar del Estado la reparación del daño, cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

⁹ Páginas 432 archivo 01

El régimen de responsabilidad del Estado al que obedece tal acción, tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución de 1991, que le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

El elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber jurídico de soportar y de una lectura literal del mencionado artículo, es posible entender que el régimen de responsabilidad allí consagrado es un régimen eminentemente patrimonial; esto porque el Estado presta su garantía pecuniaria a los daños que en el ejercicio de su actividad pueda causar a los particulares.

Sin embargo, es importante precisar que una interpretación sistemática del texto constitucional lleva a una conclusión más amplia. En efecto, al analizar el régimen de responsabilidad del Estado por daños, no se puede perder de vista que la Constitución de 1991 es garantista de la dignidad humana y de los derechos humanos¹⁰ y propende porque éstos abandonen su esfera retórica para convertirse en una realidad palpable.

Es de mayúscula importancia que, a través de la responsabilidad, el juez de lo Contencioso Administrativo adelante una labor de diagnóstico de las falencias en las que incurre la Administración; al mismo tiempo, una labor de pedagogía, a fin de que aquellas no vuelvan a presentarse, sobre todo si esos daños vulneran en alguna medida los derechos humanos o la dignidad de las personas¹¹.

La reparación de los daños comprende que la lesión a los derechos humanos, no se agota con el simple resarcimiento o la compensación económica. Es importante que el juez adopte medidas -en cuanto su ámbito de competencia lo permita- a través de las cuales las víctimas, efectivamente queden indemnes ante el daño sufrido, conozcan la verdad de lo ocurrido, recuperen su confianza en el Estado y tengan la certeza de que las acciones u omisiones que dieron lugar al daño por ellas padecido no volverán a repetirse.

¹⁰ Artículos 1, 2 y 89 C.P.

¹¹ En igual sentido ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de noviembre 27 de 2006, Exp. 15835, sentencia de 27 de noviembre de 2006, Exp. 16571, sentencia de mayo 3 de 2007, Exp. 25020, sentencia de 3 de mayo de 2007, Exp. 21511 y, sentencia de junio 6 de 2007, Exp. 15781 todas con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra.

Una noción amplia de reparación va más allá de la esfera estrictamente pecuniaria del individuo; en ella se deben incluir los bienes jurídicos -como es el caso de la dignidad y los derechos humanos- que generalmente no pueden ser apreciados monetariamente, pero que, si resultan lesionados por el Estado, deben ser reparados mediante compensación. Solo así el principio de la reparación integral del daño cobra una real dimensión para las víctimas¹².

La anterior óptica debe ser tenida en cuenta por el juez de lo Contencioso Administrativo al momento de verificar si se configura o no la responsabilidad de la Administración en cada caso concreto, sea cual fuere el título de imputación que se emplee.

Atendiendo a lo anterior, las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado, por sus hechos u omisiones, son las siguientes:

- Un daño antijurídico indemnizable y
- Un juicio de imputación desde un punto de vista fáctico y jurídico.

En cuanto al **daño**, según el profesor Juan Carlos Henao, se define como:

(...) toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil – imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos¹³

Cuando en el caso se ha determinado la existencia del daño es menester deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede o no calificarse como **antijurídico**, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado. En este último evento, el juzgador se releva de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado.

¹² Ley 446 de 1998, artículo 16.

¹³ JC Henao, artículo Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado, publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

El daño por el cual se reclama el resarcimiento, además debe tener la característica de ser **indemnizable**; en este sentido su reparación debe tener como objetivo dejar indemne a quien lo padece como si el daño nunca hubiera ocurrido o en el estado más próximo.

El **Juicio de Imputación** desde un punto de vista fáctico, abarca la relación de causalidad entre el hecho u omisión alegado y demostrado con el perjuicio experimentado y probado. Debe existir un vínculo de naturaleza directa, que no sea lógicamente posible suponer la existencia del daño sin la falla, demostrándose que el perjuicio provino necesariamente de las actuaciones u omisiones de la administración con un nexo de causa a efecto; es decir, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Según el principio de la causalidad, la causa produce su efecto¹⁴.

Esa relación de causalidad no existe o se rompe, cuando se prueba una causa extraña a la administración, la cual se torna en eximente total o parcial de la responsabilidad. Sucede cuando en la producción del daño interviene la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor, casos en los cuales no cabe deducir la responsabilidad de la administración estatal.

Desde el punto de vista jurídico, conforme con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁵ la imputación también abarca el estudio del fundamento del deber de reparar esto es, “el título jurídico de imputación”, así en providencia del 18 de febrero de 2010, (exp 18274), puntualizó:

De otro lado, la concreción de la imputación fáctico no supone por sí misma el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere de un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico, existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios, bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

¹⁴ Alberto Tamayo Lombana, La responsabilidad civil extracontractual y la contractual, pag 91

¹⁵ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 18 de enero de 2012. Exp 19910.

Se ha establecido jurisprudencialmente también, que es al Juzgador a quien corresponde, por aplicación del principio IURA NOVIT CURIA y una vez sopesados los elementos de convicción aportados al proceso, determinar cuál es el régimen de responsabilidad que corresponde aplicar en cada caso concreto. Para ello debe tener en cuenta los tres regímenes que la jurisprudencia ha desarrollado: falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial, cuyo fundamento normativo ha explicado el Consejo de Estado en sentencia del 8 de mayo de 1995 (exp. 8118) en los siguientes términos:

Mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexos con el servicio, prevista, para citar disposiciones en el inciso 2° del artículo 90 de la C.N. y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C.N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95, n° 9, y 216 de la C.N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el Decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C.P.C.; 414 del C.P.P., etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como este del no enriquecimiento sin causa.¹⁶

Con base en lo anterior a continuación se abordará lo que concierne al régimen de responsabilidad aplicable en el caso específico.

3. Solución al caso concreto:

3.1 El daño.

Comprendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad, en el asunto se deriva de la presunta retención ilegal de que fue víctima el señor **José Leonardo Aguirre Aguirre** en hechos ocurridos el 24 de mayo de 2012.

¹⁶Jurisprudencia citada por M.C M'Causland Sánchez, artículo: Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades; publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

En relación con estas circunstancias fue aportado al expediente copia de la decisión de fondo apodada dentro del Proceso Disciplinario REGI3-2012-24 de fecha 14 de febrero de 2014¹⁷:

DESCRIPCION Y DETERMINACION DE LA CONDUCTA INVESTIGADA

Los señores Teniente DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA, Patrullero DEIBI ALEXANER DIAZ LOPEZ, Patrullero JHON FREDY MORA LOPEZ, Patrullero LEONARDO DUQUE MRUCIA y patrullero RUBEN ANDRES OTALVARO GRAJALES privaron indebidamente de la libertad al Señor JOSE LEONARDO AGUIRRE AGUIRRE desde las 19:30 horas hasta las 20:05 horas aproximadamente del día 24 de mayo de 2012, conducta que se configura al disponer injustamente su conducción del frente de un establecimiento abierto al publico del barrio Santos para luego ingresarlo a las salas temporales de privación de la libertad de la estación de Policía Manizales.

Otro de los comportamientos por los cuales se encuentran respondiendo disciplinariamente los señores Teniente DIEGO MAURICIO PULIDO PINEDA, Patrullero DEIBY ALEXANDER DÍAZ LÓPEZ, Patrullero JHON FREDY MORA LOPEZ y Patrullero LEONARDO DUQUE MURCIA corresponde a la extralimitación de sus funciones al constreñir al señor LEONARDO AGUIRRE AGUIRRE, para que les entregara dinero a fin de no cargarlo con estupefacientes y judicializarlo, petición fraudulenta que se instrumentó a través de los Señores CARLOS MONCADA y patrullero JHON FREDY MORA LOPEZ, exigencia a la cual se allanó accediendo a la entrega de 1.5000.000 pesos; hechos ocurridos en Manizales el 24/05/2012 en el lapso comprendido de las 19:30 a las 20:05 horas aproximadamente.

Así mismo, obra sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira el 16 de enero de 2018 con la cual se impuso pena privativa de la libertad a los señores Diego Mauricio Pulido Pineda, Deiby Alexander Díaz Lopez y Jhon Fredy Moral López como responsables de Secuestro Extorsivo ¹⁸:

(...) Es muy evidente, de las pruebas referidas en precedencia, debatidas en el juicio, ha quedado sin temor a equívoco demostrado que, en la noche del 24 de mayo de 2012, en una patrulla de la Policía Nacional se llevaron del barrio Santos de esta ciudad de Manizales al señor José Leonardo Aguirre Aguirre hasta el Comando de la Policía y de allí a la Estación Manizales, donde lo

¹⁷ Páginas 146 a 308 archivo 18

¹⁸ Páginas 270 a 292 archivo 01 C02Pruebas

ingresaron a un calabozo y después de varias conversaciones lograron negociar un pago de \$ 1.500.000 para dejarlo en libertad y no judicializarlo, al parecer porque era comerciante de sustancias estupefacientes.

No hay duda, orden de captura en contra del señor José Leonardo no tenían los miembros de la Policía que lo retuvieron y trasladaron en vehículo oficial hasta las instalaciones de la entidad.

De quienes, quedó probado fehacientemente, son miembros de la institución policial con las horas de vida allegadas, en las cuales consta los grados y cargos que desempeñaban para el 24 de mayo de 2012.

Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Manizales en decisión del 29 de febrero de 2019¹⁹

De las decisiones de fondo adoptadas en los procesos disciplinario y penal se concluye que el señor Leonardo Aguirre Aguirre fue retenido ilegalmente por miembros de la **Policía Nacional** quienes le exigieron el pago de una suma de dinero para no judicializarlo. Ello también fue aceptado expresamente por la entidad accionada en la contestación de la demanda.

Ahora dentro de los fundamentos fácticos de la demanda, así como en las pretensiones, también se imputa el fallecimiento de la víctima de la retención ilegal a la actuación de los agentes de la **Policía Nacional**. El deceso del señor José Leonardo Aguirre Aguirre se encuentra plenamente acreditado con el registro de defunción en el que se evidencia que este acontecimiento ocurrió el 04 de marzo de 2013²⁰.

A continuación, se abordará el análisis del segundo elemento, la imputación a la entidad demandada.

3.2 Imputación del daño a la entidad.

3.2.1 El Régimen de Responsabilidad.

Conforme a la demanda, sus contestaciones, el problema jurídico planteado y en la medida en que la parte accionante alega la existencia de una falla, en este caso del servicio de vigilancia, y que ésta es la causa del daño, el caso deberá resolverse bajo el régimen de falla en el servicio.

¹⁹ Archivo 03 C01Principal1-1

²⁰ Página 367 archivo 01Cuaderno1

En este punto, es importante recordar que el título de imputación aplicable al caso, el de falla en la prestación del servicio, exige además de la existencia de un daño antijurídico:

(...) una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligacional que a la mencionada autoridad se le encomienda²¹

Una vez presentes tales elementos, la entidad pública demandada solo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación fue oportuna, prudente, diligente y con pericia, en otras palabras, que no hubo falla del servicio. Se logra romper el nexo causal mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o, hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

El fundamento constitucional de este título de imputación es el artículo 2 de la Constitución Política que describe los fines esenciales del Estado, tal y como ha sido explicado por el máximo tribunal en materia contencioso administrativa. Este Alto Tribunal, también ha señalado que la falla en el servicio puede consistir en el incumplimiento de las obligaciones consagradas no sólo en esta disposición del orden constitucional, sino también en normas que regulan temas específicos.

Como consecuencia de la aplicación de un régimen subjetivo es que la prueba de la falla, que pueda estar representada en el descuido, impericia, violación a reglamentos y en general el desconocimiento al deber objetivo de cuidado, está a cargo de la parte demandante con base en el marco normativo aplicable.

3.2.2 Responsabilidad de la Policía Nacional en casos de uso excesivo de la fuerza.

La Constitución Política establece en el ya mencionado artículo 2, que uno de los fines esenciales del Estado es asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; en observancia a este postulado el propósito de las autoridades

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicación número: 73001-23-31-000-1998-00298-01(18793) sentencia del 09 de febrero de 2011, C.P Mauricio Fajardo Gómez.

públicas es proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos.

El artículo 218 de la Constitución Política, definió a la **Policía Nacional** como un cuerpo armado de naturaleza civil. El servicio de policía:

(...) lo presta el Estado en forma permanente, exclusiva, obligatoria, directa, indelegable, inmediata e indeclinable, con el propósito esencial de procurar el desarrollo de la vida en comunidad, cuyo ejercicio se encuentra limitado en la observancia de la primacía de los derechos inalienables de las personas y los principios contenidos en la Constitución Política, las leyes y en la finalidad específica que su prestación persigue²².

En desarrollo de este precepto constitucional el legislador expide la Ley 62 de 1993 contemplando en su artículo 19, como funciones generales de esta entidad, las siguientes:

ARTÍCULO 19. Funciones Generales. La Policía Nacional está instituida para proteger a todas las personas residentes en Colombia, garantizar el ejercicio de las libertades públicas y los derechos que de éstas se deriven, prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas y ejercer, de manera permanente, las funciones de: Policía Judicial, respecto de los delitos y contravenciones; educativa, a través de orientación a la comunidad en el respecto a la ley; preventiva, de la comisión de hechos punibles; de solidaridad entre la Policía y la comunidad; de atención al menor, de vigilancia urbana, rural y cívica; de coordinación penitenciaria; y, de vigilancia y protección de los recursos naturales relacionados con la calidad del medio ambiente, la ecología y el ornato público, en los ámbitos urbano y rural.

A su vez, dicho precepto legal fue reglamentado con el Decreto 2203 de 1993, del que se resaltan los siguientes apartes del artículo 2:

ARTICULO 2o. FUNCIONES. La Policía Nacional cumplirá las siguientes funciones generales:

1. Proteger a todas las personas residentes en Colombia, garantizando el ejercicio de los derechos y libertades públicas.

²² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 18 de junio de 2018; C.P Orlando Santofimio Gamboa

2. Prestar el auxilio que requiera la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas.
3. Ejercer, de manera permanente, las funciones de Policía Judicial, respecto de los delitos y contravenciones, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley. (...)
5. Prevenir la comisión de hechos punibles, utilizando los medios autorizados por la ley, con el fin de asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. (...)
8. Establecer, mantener y fortalecer las condiciones necesarias, para que el servicio de policía sea oportuno y efectivo en las ciudades y en los campos, utilizando los medios adecuados para el mantenimiento del orden público interno en todo el territorio nacional.

De igual manera, la Sección Tercera del Consejo de Estado expone que el Estado ostenta una posición de garante respecto del personal y los instrumentos de dotación oficial como armas de fuego y vehículos automotores²³:

En casos similares a los debatidos en el presente asunto, en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de los deberes derivados de la posición de garante respecto del personal y los instrumentos de dotación oficial (armas de fuego y vehículos automotores), la Subsección ha discurrido así:

Reitera y resalta la Sala que la Fuerza Pública ostenta la custodia y resguardo respecto de los hombres e instrumentos destinados a la prestación del servicio a ella encomendado en la Constitución Política y en el ordenamiento jurídico, por tal razón, debe existir un grado notable de disciplina y control estricto sobre sus agentes, su armamento y sus vehículos automotores, ello con el fin de impedir que tales instrumentos - los cuales per se comportan un riesgo-, sean utilizados para causar daños a los particulares y, más aún, que se destinen a la comisión de actividades delictivas, todo lo cual lleva a deducir, como se indicó, la configuración de una falla en la vigilancia sobre los hombres e instrumentos a cargo de la Policía Nacional, falla que está relacionada directamente con el hecho dañoso por cuya indemnización se demandó²⁴.

²³ Sentencia del 07 de diciembre de 2021; C.P María Adriana Marín; exp 45069

²⁴ Cita de Cita. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 24 de julio de 2013. exp. No. 23.958. En aquella oportunidad la Sala declaró la responsabilidad del Estado por el hurto de unas esmeraldas a un particular por parte de un agente de Policía que utilizó un vehículo oficial para perpetrar ese delito; para tal efecto, se consideró que en virtud de la 'posición de garante' frente a los objetos de dotación oficial (armas, vehículos u otros elementos que impliquen peligro), los cuerpos de seguridad del Estado deben impedir que se cometan daños y/o ilícitos con tales instrumentos de dotación y, en consecuencia, deben responder por los daños que se cometan con los mismos; en tales eventos, no importa si se actuó o no con diligencia, pues la imputación es objetiva y, por lo tanto, se basta probar

Bajo estas premisas normativas y jurisprudenciales a continuación se analizará el material probatorio que obra en el expediente con relación a este elemento de la responsabilidad.

3.3 Responsabilidad de la Policía Nacional

En el caso específico la **Policía Nacional** acepta que el señor Leonardo Aguirre Aguirre fue retenido ilegalmente por tres miembros de su institución, pero aduce que estas circunstancias se califican como una culpa personal del agente en la medida en que los señores Diego Mauricio Pulido Pineda, Deybi Alexander Díaz López y John Fredy Mora López actuaron desde su fuero interno, sin nexo alguno con el servicio propio de sus funciones.

En cuanto a la imputación realizada en contra de la entidad en el expediente obran las siguientes pruebas:

- Constancias de los señores Diego Mauricio Pulido Pineda, Deybi Alexander Díaz López y Jhon Fredy Mora López en donde se acredita que estuvieron vinculados a la Policía Nacional para la época de los hechos²⁵

Del proceso disciplinario REGI3-2012-24²⁶, como prueba trasladada a este proceso se destacan las siguientes:

- Informe de novedad del 25 de mayo de 2012, suscrito por el Teniente Luis Carlos Cuartas Ortiz oficial de Supervisión de la Policía Nacional, en la cual se indica que una vez constatados los diferentes libros de control e ingreso y salidas de personas retenidas transitoriamente y de población, no se encontró registro alguno con respecto al señor José Leonardo Aguirre.
- Declaración del señor Subcomisario Davis Alberto Mosquera Murillo rendida el 05 de septiembre de 2012, quien se encontraba de comandante de guarda para el 24 de mayo de 2012²⁷:

que se hubiere cometido el daño que estaba obligado a impedir para declarar la responsabilidad del Estado. En similar sentido consultar, Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1° de octubre de 2014, exp. No. 35.574.

²⁵ Páginas 2 a 6 archivo 03Cuaderno2

²⁶ Archivos 16 a 18

²⁷ Páginas 139 a 143 archivo 16

Eran como las 07:40 más o menos, yo me encontraba en la guardia cuando llego una patrulla al mando del Señor Teniente PULIDO, el carro lo parquearon al frente de la estación, de conductor iba el Patrullero YIMMY GIRALDO, en el carro también venían otros dos Patrulleros, uno de nombre DIAZ DEIVIS y otro de apellido MORA, yo observé que bajaron dos personas de civil de la parte de atrás del vehículo, los patrulleros y mi Teniente los bajaron a los dos, cuando ellos iban entrando con las dos personas yo les pregunte a los policías diciéndoles “Y esas personas porque las trajeron” y me responde el patrullero DAVIS que por 9-34 haciendo alusión a una pelea fui claro y les dije “si a esas personas me las van a dejar aquí me le hacen los informes, de lo contrario ustedes se van yo largo esa persona porque yo no me voy a meter en problemas por culpa de otros”, cuando o dije eso (...) mi Teniente PULIDO me dijo que “no, no no méталos para acá que vamos a individualizarlos” a los pelaos de civil lo metieron a la estación de policía de la estación en que yo pierdo visibilidad de las personas que ingresan, quien puede dar fe de si estuvieron en la sala de reflexión es el Patrullero OTALVARO, porque él se encontraba de servicio en las salas de reflexión, de ahí en un intervalo de cinco o diez minutos todos los policías que estaban ahí sacaron a los dos particulares, no sé si se los llevaron de nuevo en la panel, o los mandaron a pie, aunque la panel permaneció otro rato ahí parqueada, (...)

- Declaración de Julián Andrés Moreno del 10 de septiembre de 2012²⁸:

(...) Diga al despacho si a usted le consta acerca de unos hechos ocurridos el 24 de Mayo de 2012, en la cual el señor LEONARDO RAMÍREZ fue conducido por parte de la policía de una tienda del barrio Santos donde se encontraba departiendo con unos amigos. CONTESTO: Si me consta, íbamos a jugar tejo, íbamos a esperar a un amigo cuando yo entré a comprar unos salchichones cuando ya íbamos a salir yo ví que vino la policía como si estuviera en un barrio popular y ahí fue donde uno estaba con un carnet de la Sijin y tenía una gorra que decía policía así verde como las que usan ustedes sino que no pude verle bien la cara ya que la sombrilla que tenia la mesa no me dejaba ver, entonces salía a ver quiénes eran los policías entonces ahí había un man con un changon pero no sé si era el Teniente o Subteniente que estaba ese día, ahí fue que yo salí y vi al Patrullero MORA y yo le pregunte que por que bajaron así y el me contesto que era algo de rutina, ahí fue donde llevaron Leonardo y no supe nada más (...)

²⁸ Páginas 188 y 189 archivo 16

- Declaración de Rubén Andrés Otálvaro Grajales el 10 de septiembre de 2012²⁹:

Eran por ahí las ocho de la noche, llegó una patrulla de vigilancia conformada por el Patrullero DIAZ y MORA, en ese momento ellos traían una persona de civil, en ese momento estaba en mi oficina y desde allá les dije es capturado o es transitorio, no lo vamos simplemente a individualizar y una requisa, ya en ese momento seguí lo que estaba haciendo, en ese momento duro un lapso de cuatro o cinco minutos más o menos y de ahí ya se retiraron con la persona.

- Declaración del Mayor Ariel José Jiménez Hernández del 07 de diciembre de 2012³⁰:

PREGUNTADO: Indíquele al despacho si para el día 24 de Mayo de 2012 el Señor Teniente PULIDO le especificó sobre el procedimiento que se iba a realizar con un informante y el Señor LEONARDO AGUIRRE. CONTESTO: No sé quién es LEONARDO AGUIRRE, me informa que en compañía del Teniente FEDERICO MARÍNEZ si no estoy mal posiblemente se iba a dar una captura por orden judicial en el sector del barrio Santos de Manizales, a lo que le dije proceda a realizar y me informan los resultados. PREGUNTADO: Indíquele al despacho si el Teniente PULIDO le informó sobre los resultados obtenidos dentro de la autorización que a usted le había solicitado, y si usted de ser positiva su respuesta realizó algún tipo de control. CONTESTO: Lo único que me informó es que se habían ido en blanco, ósea con resultados negativos, sobre la actividad que habíamos acordado.

- Declaración del señor Daniel Felipe Gallego Isaza del 16 de mayo de 2013³¹,

(...) mi Capitán RAMOS nos manifestó que había un plan entrega de al parecer un secuestro que se había dado ese día en la tarde, un plan entrega es cubrir determinado sector que ya había sido señalado previamente por una persona que le esta haciendo una exigencia a una víctima, en este caso la víctima era una señora y la entrega del dinero se iba a realizar en el sector del Parque Caldas, en el centro de la ciudad, con el fin liberar al hijo de la señora, quien al parecer había sido retenido en contra de su voluntad por unos sujetos, vestían prendas de uso privativo de la Policía, efectivamente nosotros

²⁹ Página 190 archivo 16

³⁰ Páginas 548 a 550 archivo 16

³¹ Páginas 52 a 54 archivo 16

llegamos al Parque Caldas, cuando digo nosotros nos referimos a funcionarios del GALULA Caldas de la Policía, para llevar el procedimiento a cabo, (...)

- Fallo de primera instancia del 14 de febrero de 2014 adoptado por la Inspección Regional Tres – Grupo Procesos Disciplinarios de la Policía Nacional, donde se responsabiliza disciplinariamente a los entonces Teniente Diego mauricio Pulido Pineda, Patrullero Deiby Alexander Díaz López, Patrullero John Fredy Mora López, Patrullero Leonardo Duque Murcia, Patrullero Rubén Andrés Otálvaro Grajales ³².
- Fallo de segunda instancia del 13 de marzo de 2014 adoptado por la Inspección General Área de Procesos Disciplinarios de la Policía Nacional³³. Como resultado del mismo se responsabilizó a los investigados por infringir la Ley 1015 de 2006 artículo 34 numeral, 1; artículo 34 numeral 9 en concordancia con el Código Penal artículo 404 Concusión artículo 34 numeral 13 y se impuso como sanción la destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos. El señor Rubén Andrés Otálvaro Grajales fue absuelto disciplinariamente.
- Como ya se mencionó, el Juzgado primero Penal especializado del Circuito de Pereira profirió sentencia el 16 de enero de 2018 condenando penalmente a quienes hicieron parte de la entidad demandada. Las razones que sirvieron de apoyo a esa providencia judicial se sintetizan en las siguientes:

(...) Lo precedente conlleva a concluir que se tiene demostrado que efectivamente el señor José Leonardo Aguirre Aguirre fue retenido por un lapso superior a una hora, por al menos tres miembros de la Policía Nacional, quienes portaban sus uniformes y se transportaban en un carro oficial, de ello no hay dubitación alguna, ese hecho ocurrió. (...)

Las mismas pruebas referidas nos demuestran que los señores Diego Mauricio Pulido Pineda, Deiby Alexander Díaz López y Jhon Fredy Mora López fueron las tres personas que, vestidas con uniformes de la Policía Nacional, en la noche del 24 de mayo de 2012, acompañados del señor Carlos Alberto Moncada López, fueron al barrio Santos de Manizales, en una patrulla de la institución conducida por el ahora Intendente Jimmy Andrés Giraldo Herrera, y retuvieron al señor José Leonardo Aguirre Aguirre, para

³² Páginas 146 a 308 archivo 18

³³ Página 379 archivo 18

solicitarle dinero por su liberación, con la amenaza de judicializarlo de no acceder a sus pretensiones económicas

De ello, no hay duda, es muy abundante la prueba testimonial, especialmente, contamos con el testimonio del Mayor Jiménez, quien refirió como concedió, por habérsela solicitado, autorización al teniente Pulido para que se desplazara al barrio Santos para trabajar una orden judicial, la que ya sabemos no existía, porque sólo contaba con un informante, que le refirió la patrullero Leonardo Duque Murcia, y quien lo único que le manifestó era que al parecer el señor Aguirre estaba involucrado en el tráfico de estupefacientes concretamente de marihuana.

Cabe indicar que las sentencias penales y los fallos disciplinarios proferidos en contra de los miembros de la **Policía Nacional** no configuran cosa juzgada en procesos de responsabilidad extracontractual; sin embargo, como lo ha definido el Consejo de Estado³⁴, estas decisiones constituyen documentos públicos que acreditan las circunstancias de tiempo, modo y lugar y en ese sentido son valoradas para obtener certeza de los elementos de la responsabilidad.

Así pues, a partir del contenido de los anteriores elementos probatorios se concluye que el señor José Leonardo Aguirre Aguirre fue víctima de un secuestro extorsivo por parte de agentes de la **Policía Nacional**. Para la época de los hechos Diego Mauricio Pulido Pineda, Deiby Alexander Díaz López y Jhon Fredy Mora López ejecutaron una conducta delictiva que no estaba encaminada a la prestación del servicio público al cual se encontraban asignados, ni al desempeño de las funciones propias del cargo que ejercían.

Adicionalmente, las tres personas condenadas penalmente se encontraban en servicio activo sin que se hallaran en vacaciones o bajo licencia de algún tipo y a pesar de conocer sus deberes y obligaciones como servidores, los miembros de la **Policía Nacional** desviaron el cumplimiento de las mismas. Lo anterior no solo conllevó la sanción penal, también se impuso la sanción disciplinaria de destitución que incluyó al Patrullero Leonardo Duque Murcia; esta decisión debido a que precisamente los investigados se encontraban en servicio activo.

Gracias a su condición de policías es que el Teniente Pulido Pineda comentó al Mayor Ariel José Jiménez Hernández que posiblemente el 24 de mayo de 2012 procedería a realizar una captura en el barrio Santos de Manizales; de esa manera los uniformados pudieron disponer como mínimo del vehículo para

³⁴ Sección Tercera Sentencia del 07 de diciembre de 2021; C.P Maria Adriana Marín Exp 45069.

trasladar al señor Aguirre Aguirre desde el lugar donde se encontraba departiendo hasta la Estación de Policía de Manizales.

Lo anterior es suficiente para establecer que en este caso los agentes de Policía actuaron valiéndose de su condición de autoridad pública y con la utilización de elementos propios de la ejecución de sus funciones, lo que determina el nexo con el servicio y no la intención de quienes ejecutan la conducta ilícita, tal como lo ha indicado la máxima Corporación de esta Jurisdicción:

Los funcionarios de la Policía Nacional actuaron frente a las víctimas prevalidos de su condición de autoridad pública, lo que equivale a entender que en este tipo de eventos lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, ni su motivación interna, sino la exteriorización de su comportamiento frente a los afectados como representantes del Estado³⁵

Conforme con este criterio, aunque el daño se originó directa y materialmente en una conducta penal de los agentes de la institución policial, esta circunstancia no configura una causa extraña que exonera de responsabilidad a la entidad. La **Policía Nacional** ostenta la posición de garante en relación con las personas e instrumentos destinados para el servicio que constitucionalmente le corresponde prestar³⁶.

En otros términos, la accionada tiene el deber jurídico de obrar para impedir que los agentes en su horario activo de servicio ejecuten actividades delictivas; al omitir hacer un riguroso control de su personal originó la producción del hecho dañoso que dio paso a esta demanda. En el asunto en cuestión la Policía Nacional no desplegó actividad probatoria alguna para demostrar, por ejemplo, que controles se implementan para llevar a cabo un registro minucioso de las personas retenidas o del resultado exacto de las autorizaciones que se solicitan para proceder a realizar capturas.

De estos antecedentes se concluye la existencia de una falla en el servicio y simultáneamente le brinda argumentos a este Juzgado para negar la excepción de culpa personal del agente como causa extraña. Se reitera, se encuentra acreditada una falla de la Policía Nacional con respecto del personal a su cargo; en este sentido no ejerció un eficiente control a fin de evitar la privación de libertad ilegal del señor José Leonardo Aguirre Aguirre por parte de quienes se encontraban en servicio.

³⁵ ibídem

³⁶ Al respecto Sección Tercera sentencia del 09 de septiembre de 2015; C.P. Hernán Andrade Rincón Exp 35.574; notas al margen números 46 y 47

Ahora, con la demanda también se argumenta que la **Policía Nacional** es responsable del fallecimiento de la víctima directa del secuestro extorsivo; para el efecto anterior se allega el registro de defunción del señor Aguirre Aguirre donde se evidencia que falleció el 04 de marzo de 2013³⁷

Al respecto esta Sede Judicial advierte que la parte actora no aportó ninguna prueba de la que pueda establecerse que la retención ilegal ocurrida el 24 de mayo de 2012 derivó en el fallecimiento de la víctima el 04 de marzo de 2013.

Estos hechos no fueron objeto de investigación de las autoridades disciplinarias o penales allegadas a este medio de control según se aprecia en los documentos trasladados; en ambas actuaciones los procesos se centraron en la retención ilegal y de las pruebas recaudadas en los mismos no se deriva que estos hechos tengan relación alguna con la conducta ilícita del 24 de mayo de 2012. En este contexto, los accionantes no cumplieron con la carga de probar sus afirmaciones de donde se infiere que sus conclusiones se quedan en meras conjeturas sin soporte probatorio.

Por estas razones se aclara que la condena a imponer en esta sentencia tiene como fundamento fáctico exclusivo la retención ilegal del señor José Leonardo Aguirre Aguirre; las pretensiones relacionadas con la imputación de su fallecimiento a la Policía Nacional serán denegadas.

4. Indemnización de perjuicios.

4.1 Perjuicios morales.

Se precisa que quienes se presentan como demandantes son los sucesores del señor José Leonardo Aguirre Aguirre y conforme con las pretensiones de la demanda se solicitaron perjuicios morales a favor de **Sandra Milena Aguirre Román** (madre), **Natally Aguirre Aguirre** (hermana), **Paula Melissa Hoyos Arias** (compañera permanente) y **Antonella Aguirre Hoyos** (hija de la víctima) por valor de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sobre la calidad de compañera permanente de la señora **Paula Melissa hoyos Arias** el testigo Wilmar Moncada indicó:

³⁷ Página 367 archivo 01Cuaderno1

¿Qué tipo de relación tenía con Paula Melissa? Era su pareja (...) convivían juntos? Si en ocasiones (...) ¿Con quién vivía para la época de los hechos el señor José Leonardo? (...) en ocasiones tenían sus disgustos siempre yo los vi juntos

De acuerdo con este testimonio la señora **Hoyos Arias** era reconocida como la pareja del señor Aguirre Aguirre, pero de esta relación no se puede predicar la permanencia. Este es uno de los elementos que debe establecerse en una relación para definir que quienes la integran son compañeros permanentes, tal y como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia³⁸:

Es que dentro de las exigencias de la unión marital de hecho está la idoneidad de la alianza, es decir, que la pareja realmente quiera conformar una familia marital o, dicho en otros términos, que esté caracterizada por tratarse de un proyecto de vida, persistente en el tiempo compartiendo techo, lecho y mesa.

Así lo expuso esta Colegiatura al señalar:

La comunidad de vida, o comunidad vital o consorcio de vida, es pues un concepto que como acaba de apreciarse está integrado por elementos fácticos objetivos como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la affectio maritalis, que unidos además a la descendencia común y a las obligaciones y deberes que de tal hecho se derivan, concretan jurídicamente la noción de familia. Destaca la Corte cómo derivado del ánimo a que se ha hecho referencia, deben surgir de manera indubitable aspectos tales como la convivencia de ordinario bajo un mismo techo, esto es la cohabitación, el compartir lecho y mesa y asumir en forma permanente y estable ese diario quehacer existencial, que por consiguiente implica no una vinculación transitoria o esporádica, sino un proyecto de vida y hogar comunes que, se insiste, no podría darse sin la cohabitación que posibilita que una pareja comparta todos los aspectos y avatares de esa vida en común. (CSJ S-239 de 2001, rad. nº 6721).(subrayas del Juzgado)

Aunque el testigo refiere que siempre los veía juntos no precisa si la pareja convivía para la época de los hechos, ello a pesar de que el declarante era novio de la hermana de la víctima directa. En razón al escaso material probatorio allegado sobre este aspecto la condición de compañera permanente de la señora

³⁸Sentencia del 18 de julio de 2017, Sala de Casación Civil, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo exp 542624

Paula Melissa Hoyos Arias no queda establecida y se negarán las pretensiones solicitadas a su favor.

En cuanto a las demandantes **Sandra Milena Aguirre Román, Natally Aguirre Aguirre y Antonella Aguirre Hoyos**, se encuentran acreditadas las relaciones de parentesco con la víctima directa conforme a los registros civiles de nacimiento allegados al proceso³⁹. Frente a los perjuicios solicitados la única prueba que presenta la parte actora aporta para acreditarlos está representada en la declaración del señor Wilmar Moncada, quien para la época de los hechos era novio de la demandante **Natally Aguirre Aguirre**:

¿Esa retención como afecto a la familia del señor José Leonardo? Igualmente, porque si no había un motivo para que a una persona la retengan o la trasladen para ellos fue triste (...) ¿A ella como la afectó digamos esos momentos en los cuales fue retenido José Leonardo (...)? Se sentía triste como cualquier otra persona de un ser querido, que le había pasado, (...) era angustiante para ella

Tal y como lo ha expuesto el Consejo de Estado⁴⁰, en casos como el que hoy se decide se revela el abuso y arbitrariedad: (...) así como también el sufrimiento, la humillación y el miedo al que fue sometido al verse indefenso, todo lo cual generó en la víctima directa, sin duda, un perjuicio moral que debe ser indemnizado. De esas mismas circunstancias se infiere el daño moral sufrido por los familiares de quien soportó estos hechos.

Por estas consideraciones el Juzgado reconocerá el valor equivalente a treinta y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (35 S.M.L.M.V) a favor de la señora **Sandra Milena Aguirre Roman** y de la menor **Antonella Aguirre Hoyos** y la cantidad de diecisiete punto cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (17.5 S.M.L.M.V.) a favor de **Natally Aguirre Aguirre**.

No se accede al reconocimiento de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 S.M.L.MV) en consideración a que la parte actora no acreditó con mayores detalles la intensidad de los padecimientos soportados por las accionantes. Si bien se allegaron dos historias clínicas que corresponden a la atención brindada a la señora **Sandra Milena Aguirre Román** por el diagnóstico de trastorno depresivo⁴¹, en ambos documentos se asocia el surgimiento de esta

³⁹ Páginas 54 a 57 archivo 01Cuaderno1

⁴⁰ Sección Tercera Sentencia del 07 de diciembre de 2021; C.P María Adriana Marín Exp 45069.

⁴¹ Páginas 255 a 336 archivo 01Cuaderno1

enfermedad al fallecimiento de José Leonardo Aguirre Aguirre y no a su retención ilegal.

4.2 Perjuicios materiales.

En esta modalidad se solicitan a favor de la menor **Antonella Aguirre Hoyos** la suma de doscientos veintiocho millones de pesos (\$ 228.000.000); esta suma corresponde a lo que el señor José Leonardo Aguirre Aguirre le suministraría a la niña desde el momento de su fallecimiento hasta la edad de 25 años.

De igual manera, se solicitan setenta y nueve millones de pesos (\$ 79.000.000) a favor de la señora **Sandra Milena Aguirre Román** que corresponde a la ayuda económica aportada por la víctima directa por los 8 años siguientes al secuestro.

De acuerdo a la manera en que fueron solicitadas las pretensiones es claro que ambas tienen como fundamento el fallecimiento del señor José Leonardo Aguirre Aguirre y no su retención ilegal. Como ya quedó establecido en esta providencia, la parte actora no acreditó que este hecho tenga una relación directa con la retención ilegal ejecutada por los agentes de la Policía Nacional; inclusive entre uno y otro acontecimiento transcurrió un lapso de tiempo considerable.

Teniendo en cuenta lo anterior y en razón a que la retención arbitraria tuvo un lapso de menos de 24 horas, el despacho no encuentra acreditados los perjuicios materiales alegados por las accionantes; por tanto, se negaran estas pretensiones.

4.3 Perjuicios por alteración de las condiciones de existencia o vida en relación.

Frente a esta modalidad de perjuicios las demandantes solicitan las sumas de trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (300 S.M.L.MV) para la señora **Sandra Milena Aguirre Román**, madre de la víctima; la petición se fundamenta en que la accionante se vio en la imposibilidad de realizar las más mínimas tareas rutinarias por estar sometida al estrés de buscar la liberación de su hijo y asumir las consecuencias de los hechos que se derivaron a partir de ese acontecimiento.

El mismo valor se solicita para **Antonella Aguirre Hoyos** porque a juicio de la parte actora la menor se ve en la imposibilidad de crecer en la compañía de su padre y es estigmatizada por ser la hija de un secuestrado.

Para resolver este punto es oportuno indicar que en la sentencia proferida dentro del radicado 05001-23-31-000-2004-04210-01 del 20 de octubre de 2014, con Ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, el Consejo de Estado explicó la manera en que se ha aplicado el concepto de perjuicios por daño a la vida en relación. Inicialmente se entendía como aquel que:

(...) no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación (...)

Hasta aquí explica el Consejo de Estado que desde el año 2011, los perjuicios causados a la vida en relación han evolucionado a aquellos perjuicios que tienen como base un bien jurídicamente tutelado (perjuicios causados por daños a bienes constitucionales) y que no estén comprendidos dentro del concepto de daño corporal. Pero continuando con la sentencia citada, más adelante el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, expuso frente al tema:

Los razonamientos que se acaban de traer a colación, reiteran que no es cualquier contingencia o incomodidad el que puede enmarcarse en la categoría de daños a bienes constitucionales, pues un discurso en ese sentido, sólo conduciría a trivializar esta conquista jurídica y conceptual. El derecho fundamental afectado debe comprometer directamente la dignidad humana del damnificado y además, el menoscabo debe estar plenamente demostrado, todo ello con el fin de evitar una doble indemnización, por lo que además es necesario que el Juez verifique que la afectación no se encuentra ya subsumida en alguno de las restantes daños extra patrimoniales.

Descendiendo nuevamente al caso objeto de análisis, el Juzgado no encuentra acreditado que la retención del señor José Leonardo Aguirre Aguirre el 24 de mayo de 2012 entre las 19:30 horas hasta las 20:05 horas aproximadamente, configure una afectación tal del modo de vida que desborde el dolor padecido e indemnizado como daño moral.

Aunado a lo anterior, en cuanto a la menor **Antonella Aguirre Hoyos** se refiere el fundamento de la pretensión tiene relación directa con el fallecimiento del señor Aguirre Aguirre. Frente a este hecho, se repite, no se probó que fuera

imputable a la **Policía Nacional** y del mismo modo cualquier pretensión que parta de esta premisa carece de fundamento.

5. Costas

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la Policía Nacional las cuales se limitarán a las agencias en derecho puesto que no se evidencia la generación de gastos procesales; esta decisión atiende el criterio objetivo – valorativo adoptado por Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴².

Las Agencias en Derecho se fijan por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones reconocidas; esta suma corresponde a cuatro millones quinientos cincuenta y dos mil ciento veintiún pesos (\$ 4.552.121)⁴³.

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

FALLA

Primero: Declarar no probada la excepción denominada “culpa determinante de un tercero – culpa personal del agente” propuestas por la **Policía Nacional**.

Segundo: Declara a la Nación **Ministerio de Defensa Policía Nacional** administrativa y patrimonialmente responsable del daño antijurídico representado en la retención ilegal del señor José Leonardo Aguirre Aguirre, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

Tercero: En consecuencia, a título de reparación del daño se reconocerán el equivalente a treinta y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (35 S.M.L.M.V) a favor de la señora **Sandra Milena Aguirre Román** y de la menor **Antonella Aguirre Hoyos** y la cantidad de diecisiete punto cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (17.5 S.M.L.M.V.) a favor de **Natally Aguirre Aguirre**, por concepto de perjuicios morales.

⁴² Consejo de estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda. subsección b. consejera ponente: dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá d.c., 22 de febrero de 2018. expediente nº: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

⁴³ Según el Acuerdo No. 1887 de 2003, puesto que el Acuerdo PSAA-10-554 de 2016 rige para los procesos iniciados a partir de su vigencia.

Cuarto: **Negar** las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Quinto: La **Nación Ministerio de Defensa – Policía Nacional** dará cumplimiento a estas sentencias en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA, **previniéndose** a las partes demandantes de la carga prevista en el inciso 2º del artículo 192 ibídem.

Sexto: **Ejecutoriada** la presente providencia, por la **Secretaría** se dará cumplimiento a lo previsto en el inciso final de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

Séptimo: A costa de la parte interesada, expídanse las copias auténticas que solicite de esta providencia, teniendo en cuenta la Secretaría los lineamientos del artículo 114 del C.G.P.

Octavo: Se condena en **agencias en derecho** a la **Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional**, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en esta providencia y el Código General del Proceso.

Noveno Ejecutoriada esta providencia, **archívense** las diligencias previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Décimo: La presente sentencia quedan notificadas en estado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A.C.A., precisando que contra ella procede el recurso de apelación en la forma prevista en el artículo 247 del C.P.A.C.A.

Décimo primero: Se acepta la sustitución de poder allegada a favor de la abogada Geisel Rodgers Pomares a quien se le reconoce personería para actuar en representación de la Policía Nacional.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ

JUEZA

Plcr/ P.U

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 11/ENE/2024


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA

Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES

Manizales, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Sentencia Nro.: **319/2023**
Medio de Control: **Reparación Directa**
Actor(a): **María Alejandra Vélez Montoya y otros**
Accionados: **Caja de Compensación de Familiar de Antioquia**
Comfama y otros
Llamadas en garantía: **La Previsora S.A. y otros**
Radicado: **17001-33-39-007-2014-00570-00**
Instancia: **Primera**

En los términos del inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C.P.A.C.A. y teniendo en cuenta que no se advierten irregularidades que afecten o vicien el trámite del proceso, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia.

Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en la b audiencia inicial respecto a las excepciones y la fijación del litigio.

Antecedentes

1.- La demanda

Por intermedio de apoderado judicial, **María Alejandra Vélez Montoya, Marta Cecilia Vélez Montoya** (actuando en representación de **Laura Cristina Urrego Vélez y Andrés Felipe Vélez Montoya**), **Rosio de Jesús Montoya Garra, Luz Marina Vélez Montoya y Arbey de Jesús Vélez Montoya**, en ejercicio del medio de control de reparación directa demandaron a la **Caja de Compensación Familiar de Antioquia – Comfama, E.S.E. Metro Salud E.S.E.** hoy Grupo

Empresaria Restrepo S.A.S. y a la Asociación Mutua La Esperanza Asmet Salud ESS E.P.S., solicitando lo siguiente¹:

Primera: Que se declare a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE ANTIOQUIA – COMFAMA, la E,S,E, MTRO SALUD (...) SERVICIOS MÉDICOS LA CAMELIA LTDA (Hoy Grupo Empresaria Restrepo S.A.S.) y la ASOCAICION MUTUAL LA ESPERANZA ASMET SALUD ESS E.P.S S, administrativa, patrimonial y solidariamente responsables de todos los daños y perjuicios causados a (...), con ocasión de la omisión administrativa, pérdida de la oportunidad de tratamiento, prestación tardía, deficiente e inadecuada atención en salud a la menor MARÍA ALEJANDRA VÉLEZ MONTOYA, en consideración a que luego de una caída que le ocasionó un trauma en el codo izquierdo, han pasado casi dos años sin que tenga autorización para realización de cirugía y mucho menos que se le haya practicado la misma, lo cual finalmente le ha producido una limitación funcional en los arcos de movimiento y le ha traído como consecuencia graves perjuicios de diferente orden:

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se condene (...)

PERJUCIOS MATERIALES

1. LUCRO CESANTE

En el evento en que se logre demostrar en el proceso que la lesionada tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50% según calificación que realice para el efecto el Instituto Nacional de Medicina Legal y/o la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, con fundamento en el principio de la reparación integral, se solicita el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez en el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de MARÍA ALEJANDRA VÉLEZ MONTOYA a partir del momento en que ella adquirió la mayoría de edad (Septiembre 14 de 2014) hasta que suceda el desafortunado momento de su fallecimiento, puesto que se presume que a partir de sus 18 años ingresaría en la etapa productiva de su vida.

PETICION SUBSIDIARIA

¹ Páginas 25 a 38 01Cuaderno1

En el evento en que MARÍA ALEJANDRA VÉLEZ MONTOYA sea calificada por el Instituto Nacional de Medicina legal y/o la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas con una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, solicito que las demandadas reconozcan y paguen la indemnización con ocasión de la omisión administrativa, pérdida de la oportunidad en el tratamiento, prestación tardía, falta de autorización para realizar la adecuada intervención quirúrgica, deficiente e inadecuada atención en salud a la menor MARÍA ALEJANDRA VÉLEZ MONTOYA, toda vez que la lesión la afecta con una limitación funcional en los arcos de movimiento, resultando invalidante y por ende indemnizable en aplicación al principio de reparación integral. (...)

2. DAÑO EMERGENTE FUTURO

A favor de la menor MARÍA ALEJANDRA VÉLEZ MONTOYA por valor de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño emergente futuro en consideración a la merma en su capacidad laboral generada por la omisión administrativa (...)

PETICION SUBSIDIARIA

En el evento en que no se logre determinarse (sic) con certeza la evolución de la invalidez con el paso del tiempo para efectos de lograr una indemnización integral de este daño, los tratamientos de los que requiera y que estos estén por fuera del promedio liquidado en la decisión de fondo, los gastos deberán ser sufragados por las entidades demandadas a quienes se les imputa el daño, razón por la que solicito el reconocimiento y pago del daño emergente futuro en especie, consistente en que las demandadas le presente a MARÍA ALEJANDRA VÉLEZ MONTOYA la atención hospitalaria y especializada que ésta llegara a requerir para tratar de obtener la situación más parecida a aquella que presentaba antes de la ocurrencia del daño, cuando quiera que las secuelas de la lesión padecida así lo demanden, ya que privar a la lesionada de los referidos tratamientos médicos asistenciales implicaría que ésta no quedaría completamente indemne.

PERJUICIOS MORALES

El equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes o a quien sus derechos representaren con ocasión de los daños y perjuicios causados con la omisión administrativa (...)

MARÍA ALEJANDRA VÉLEZ MONTOYA (perjudicada directa) 80SMLMV
MARTA CECILIA VÉLEZ MONTOYA (Madre)

ROSIO DE JESÚS MONTOYA GARRO (abuela)
LAURA CRISTINA URREGA VÉLEZ (Hermana)
ANDRÉS DELIPE MONTOYA (Hermano)
LUZ MARINA VÉLEZ MONTYA (tía)
ARBAY DE JESÚS VÉLEZ MONTOYA (Tío)

PERJUICIOS POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE RECUPERACION DE LA SALUD

El equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la convocante MARÍA ALEJANDRA VÉLEZ MONOTYA o a quien sus derechos representaren, por perjuicio o daño a la salud consistente en aquel sufrido por la paciente como consecuencia de no haber sido sometida de manera oportuna a las intervenciones quirúrgicas que en principio se requerían para corregir su deteriorado estado de salud, (...)

MARIA ALEJANDRA VÉLEZ MONTOYA (perjudicada directa) 80 smlmv

ALTERACIÓN GRAVE A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA

Cuando se trata de lesiones que producen alteraciones físicas que afectan la calidad de vida de las personas, estas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a aquella que se reconoce por el perjuicio moral; es decir, el reconocimiento de esta clase de perjuicios no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran las condiciones habituales o de existencia de las personas.

MARIA ALEJANDRA VÉLEZ MONTOYA (perjudicada directa) 80 smlmv

Las pretensiones solicitadas en la demanda se fundamentan en los hechos que a continuación se resumen:

Para el mes de septiembre de 2012, **María Alejandra Vélez Montoya** residía en la ciudad de Medellín y se encontraba afiliada a la **Caja de Compensación Familiar de Antioquia- Confama** en el régimen subsidiado.

El 16 de septiembre de 2012, la demandante sufrió caída desde su propia altura mientras corría y presentó trauma en el codo izquierdo. En esa fecha ingresó a la **E.S.E. Metrosalud** Unidad Hospitalaria Castilla para recibir atención médica. El 17 de septiembre de 2012, la menor fue remitida a la Clínica Itagüí donde la valoró el ortopedista ordenando consulta externa en 20 días.

El 20 de noviembre de 2012, la señora Marta Cecilia Vélez Montoya se afilia a **Asment Salud E.P.S.** debido a que la familia cambió de lugar de residencia ubicándose en el municipio de Anserma.

El 20 de febrero de 2013, el especialista en ortopedia y traumatología de la **Clínica La Camelia** de Manizales ordena la práctica de TAC simple del codo izquierdo de la paciente **María Alejandra Vélez Montoya** y el respectivo control. Solo hasta el 09 de abril de 2013 **Asmet Salud E.P.S.**, expide la correspondiente autorización.

En cita de control realizada el 05 de agosto de 2013 el especialista en ortopedia concluye que las imágenes obtenidas no permiten definir qué tipo de cirugía requiere la paciente y ordena la práctica de otro examen de manera prioritaria. El 04 de septiembre de 2013, **Asmet Salud E.P.S.** expide la respectiva autorización y el 28 de octubre del mismo año se realiza la tomografía computarizada de codo.

EL 15 de enero de 2014 la E.P.S. expide la autorización para el respectivo control con ortopedista y el 29 de enero siguiente se lleva a cabo la consulta por parte del especialista, quien determina que la paciente presenta limitación para arcos de movimiento de codo izquierdo de menos 40 grados a 90 grados.

En junta médica de ortopedia realizada el 17 de marzo de 2014 por el entonces **Grupo Empresarial Restrepo S.A.S- Clínica La Camelia**, se establece que la menor requiere una resonancia nuclear magnética de codo izquierdo. Solo hasta el 08 de agosto de 2014, la Entidad Promotora de Salud expide la autorización para el examen diagnóstico y para el control correspondiente control médico.

Fundamentos jurídicos.

Las accionadas son responsables del daño causado porque a pesar de existir la obligación legal a su cargo omitieron poner en funcionamiento los recursos de que disponían para el adecuado cumplimiento del deber legal.

Para la época en que ocurrió el accidente, María Alejandra Vélez Montoya se encontraba afiliada a la **Caja de Compensación Familiar de Antioquia – Comfama** y era responsable de la prestación de un servicio de calidad en la atención médica. La **E.S.E. Metrosalud** contribuyó al daño ya que procedió a realizar reducción de la lesión e inmovilización de codo con férula, sin tener en cuenta que esta clase de fractura es inestable.

Finalmente, **Asmet Salud E.P.S.** es responsable del daño por las reiteradas demoras para expedir las autorizaciones de los servicios requeridos por la paciente; esta circunstancia la privó de la oportunidad de recuperar el movimiento de su codo izquierdo.

2. Trámite procesal

Surtida la fase escrita del procedimiento, se llevó a cabo la audiencia inicial el 01 de febrero de 2022², allí se declaró el saneamiento del proceso, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas.

La audiencia de pruebas se realizó en sesiones del 12 de julio de 2022³, 17 de agosto de 2022⁴ y 26 de enero de 2023⁵. Con auto del 01 de febrero de 2023⁶, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro de los 10 días siguientes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

Vencido el término de traslado de alegatos el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

3. Intervención de la parte accionada

3.1 Metrosalud E.S.E.⁷

En cuanto a los hechos de la demanda refiere que la joven **Vélez Montoya** asistió al servicio de urgencias el 16 de septiembre de 2012; fue atendida de manera inmediata y luego se remite para la Clínica Antioquia.

La accionada a través de la Unidad Hospitalaria de Castilla brindó una atención adecuada y ajustada a las guías y protocolos médicos teniendo en cuenta la causa de la enfermedad. Se trata de una entidad del primer nivel de atención por lo que su obligación era remitir a la paciente al segundo nivel de complejidad.

Propuso las siguientes excepciones.

² Archivo 19

³ Archivo 40

⁴ Archivo 65

⁵ Archivo 97

⁶ Archivo 102

⁷ Páginas 226 a 307 archivo 001

i) Ausencia de responsabilidad. No se acredita la relación de causalidad entre el daño y los servicios prestados por la accionada porque la atención brindada a la accionante fue la adecuada.

ii) Cumplimiento de la *lex artis*. En la prestación del servicio se observaron los lineamientos recomendados para su patología, así como las guías y protocolos del Ministerio de Salud.

iii) Excesiva tasación de perjuicios. Con la demanda se solicitan sumas que carecen de sustento real, exageradas y que contrarían el espíritu de las normas

iv) Temeridad. Según la **E.S.E. Metrosalud** en la demanda se hacen afirmaciones contrarias a la realidad.

v) Ausencia de responsabilidad institucional. Como consecuencia de los anteriores argumentos.

vi) Diligencia y cuidados necesarios por parte de la demandada. (Se limita a enunciarla)

vii) Consentimiento exento de vicios por parte del paciente (se limita a enunciarla).

viii) Existencia de causas generadoras de complicaciones posquirúrgicas (se limita a enunciarla).

3.2 Grupo Empresarial Restrepo S.A.S. (Clínica la Camelia)⁸.

Admite que atendió a la demandante **María Alejandra Vélez Montoya** y ordenó la realización de los procedimientos y exámenes descritos en la demanda.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones y en su defensa propuso las siguientes excepciones:

i) Cumplimiento adecuado de las obligaciones a cargo de la entidad demandada. La atención brindada fue oportuna, eficaz y adecuada y no se

⁸ Páginas 308 a 373 archivo 001

escatimaron recursos humanos o científicos para brindarle un servicio a la paciente.

ii) Cobro de lo no debido. En la medida en que el Grupo Empresaria Restrepo S.A.S no es el causante del daño.

iii) Inexistencia de nexo de causalidad. No se evidencia una falla en el servicio como causa eficiente del daño reclamado por la accionante ya que la atención cumplió con los parámetros legales.

iv) Caso Fortuito. El daño reclamado es atribuible a las limitaciones propias de la ciencia médica y a las circunstancias en que evolución de la enfermedad, pero no a los profesionales de la medicina que trataron a la paciente.

v) Cumplimiento de una obligación de medios y no de resultados. Basada en que en el campo de la medicina los riesgos son más graves.

vi) Genérica.

3.3 Asmet Salud E.P.S.⁹

Acepta como ciertas las anotaciones de las historias clínicas de la demandante, pero refiere que las demoras en las autorizaciones se explican porque la paciente o su grupo familiar no pusieron en conocimiento de la E.P.S. el requerimiento de los servicios ordenados y solo se tuvo noticia a través de los escritos elaborados por el Personero Municipal de Anserma.

Propone los siguientes medios defensivos:

i) Inaplicación de responsabilidad por falla del servicio en virtud de que **Asmet Salud E.P.S.-S** es una entidad de derecho privado. Hace alusión al artículo 90 de la Constitución Política advirtiéndole que este solo es aplicable cuando se trata de una entidad estatal; por esa razón a la E.P.S. no le es aplicable el régimen de falla en el servicio médico.

ii) Inexistencia de actuación antijurídica en la prestación de los servicios médicos de salud requeridos por **María Alejandra Vélez Montoya**. No existió negligencia en la prestación de los servicios de salud brindados por la E.S.E. Metrosalud ni por la IPS Grupo Empresarial Restrepo S.A.S; por el contrario, la

⁹ Páginas 374 a 485 archivo 001

paciente fue atendida de manera proactiva y adecuada de cara a la fractura que presentaba.

iii) Inexistencia de responsabilidad civil atribuible a **Asmet Salud ESS EPS** en virtud de la inexistencia de actuación antijurídica atribuible a ella y en consecuencia, del nexo causal entre el acto imputado y el daño causado. La accionada no incurrió en falta de autorizaciones porque todos los servicios ordenados a la paciente fueron objeto de este procedimiento.

Los periodos de tiempo a que se hace alusión en la demanda no son atribuibles a la E.P.S. sino a la paciente o sus familiares quienes no presentaron las ordenes medicas oportunamente. Concluye que no existe una conducta antijurídica que le sea atribuible como causa el daño.

iv) Cumplimiento por parte de **Asmet Salud E.P.S.** de las disposiciones legales que regulan el sistema de seguridad social en salud en el ámbito del régimen subsidiado desde la afiliación de **María Alejandra Vélez Montoya**. La accionada cumplió con sus obligaciones legales en cuanto a garantizar la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud ordenados a la paciente.

v) Inexistencia de responsabilidad de **Asmet Salud E.P.S.** respecto de la calidad de los servicios prestados en la IPS Servicios Médicos La Camelia, hoy Grupo Empresarial Restrepo S.A.S, en virtud de que mi representa actuó con diligencia y obediencia legal al momento de la contratación con dicha institución. La obligación de la E.P.S radica en verificar que el prestador de servicios cuente con la correspondiente habilitación de servicios, lo cual se realizó frente a Servicios Médicos La Camelia.

vi) Inexistencia de solidaridad entre Asmet Salud EPS y la IPS Servicios Médicos La Camelia, hoy Grupo Empresaria Restrepo S.A.S. sobre el presunto daño causado a **María Alejandra Vélez Montoya**. De acuerdo con el régimen jurídico aplicable prima la voluntad plasmada en los contratos de prestación de servicios médicos; en este caso, el contrato suscrito con la IPS mencionada excluye cualquier tipo de responsabilidad solidaria.

vii) Falta de legitimación en la causa por pasiva material debido a que mi representa no participó en la presunta falla. Ello porque la E.P.S. no dio lugar a una falla en la prestación del servicio, ni a la generación del daño.

viii) Inexistencia de responsabilidad de **Asmet Salud E.P.S.** por tardanza en la autorización de servicios médicos, por ser ello consecuencia de la actuación de María Alejandra Vélez Montoya y sus familiares. Conforme a la normatividad vigente para la época la EPS tiene la obligación de expedir la correspondiente autorización dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes a partir del momento en que se pone en conocimiento la orden médica. En este caso la solicitud de los servicios requeridos fue elevada en su gran mayoría a través de la Personería Municipal de Anserma y no por la paciente y sus familiares de manera oportuna; una vez se pusieron en conocimiento estos se atendieron oportunamente.

3.4 Comfama.

Con respecto a los hechos de la demanda acepta que **María Alejandra Vélez Montoya** se encontraba afiliada para el 16 de septiembre de 2012, así como las anotaciones registradas en la historia clínica de la **E.S.E. Metrosalud**.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones y propone las siguientes excepciones:

i) Inexistencia de responsabilidad administrativa e inexistencia de falla o error de conducta. Basada en que la atención se brindó de manera adecuada y atendiendo los protocolos médicos adecuados; los hechos de la demanda son inherentes a la patología que padecía la joven.

ii) Inexistencia de responsabilidad administrativa por seguimiento de la lex artis. No existió negligencia ni imprudencia en los actos médicos porque las entidades prestadoras de salud brindaron una atención enmarcada en los protocolos según las condiciones de la paciente. Argumenta que la paciente no continuó con el tratamiento indicado y que el análisis de la culpa debe realizarse a priori teniendo en cuenta las medidas razonables que pudieron adoptarse en el caso específico.

iii) Culpa exclusiva de la víctima. Fundamentada en que la paciente interrumpió la atención médica por lo menos durante cinco meses; esta circunstancia pudo haber causado el daño reclamado en la demanda.

iv) Inexistencia de obligaciones por parte de Comfama luego de producido el hecho de la desvinculación del afiliado. Tal y como se describe la demanda, la joven **María Alejandra Vélez Montoya** se trasladó y por tanto, a partir de ese momento la accionada no tenía ninguna obligación con la paciente

v) Ausencia de nexo causal. No se acredita este elemento de la responsabilidad debido a que la atención médica brindada a la paciente se ajustó a la *lex artis* sin que medie falla o error de conducta.

vi) Ausencia por error de diagnóstico. El tratamiento brindado correspondió a la impresión diagnóstica obtenida conforme a la sintomatología que presentaba la paciente.

vii) Causa extraña. La causa del daño se debe a un acontecimiento imprevisible e irresistible y no al actuar del personal médico o de Comfama.

viii) La obligación que asiste a los profesionales de la salud es de medios más no de resultado. La obligación médica ha sido clasificada de esta manera según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la doctrina.

ix) Inexistencia de la obligación de indemnizar. Como consecuencia de los medios exceptivos ya descritos.

x) Indebida y exagerada tasación de los perjuicios aducidos.

xi) Genérica

3.4 Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (Llamada en garantía Comfama)¹⁰

Se opone a la prosperidad de las pretensiones acogiendo los argumentos expuestos por **Comfama** y propone las siguientes excepciones:

i) Excepción de ausencia de cobertura. De acuerdo con la fecha de reclamación a la asegurada esta se efectuó por fuera de la vigencia de la póliza.

ii) Excepción de límite asegurado. Mapfre ostenta la calidad de coaseguradora en un 10%.

iii) Excepción de coexistencia de seguros. Dado que son varias las aseguradoras vinculadas al proceso deben aplicarse el contenido del artículo 1092 del Código de Comercio.

¹⁰ Páginas 351 a 366 archivo 002

iv) Excepción Genérica.

3.5 Seguros Generales Suramericana S.A. (llamada en garantía Comfama) ¹¹

Se opone a las pretensiones formuladas en contra de Comfama y propone las siguientes excepciones:

i) Cumplimiento de las obligaciones a cargo de la Caja de Compensación Familiar Antioquia- Comfama. La demandada puso a disposición de la paciente todos los servicios médicos disponibles actuando de manera oportuna y diligente.

ii) Inexistencia de falla del servicio- Ausencia de culpa diligencia y cuidado de la **E.S.E. Metrosalud** Unidad Hospitalaria Castilla y Clínica Antioquia. Las instituciones prestadoras del servicio de salud contratadas por **Comfama** brindaron la mejor atención médica posible para la paciente de acuerdo a su nivel de complejidad.

iii) Rompimiento del nexo causal respecto de la **Caja de Compensación Familiar de Antioquia- Confama-** causa extraña. No se configura este elemento de la responsabilidad debido a que no se acredita una actuación culposa de la demandada. El daño al que hace alusión la demanda se configuró cuando la paciente ya no se encontraba afiliada a Comfama y por esta razón se configura una causa extraña que la exonera de responsabilidad

iv) Ausencia del carácter directo del daño, como característica configurativa del mismo. El daño no tiene relevancia jurídica para **Comfama** porque no fue producto de un actuar imprudente que le sea imputable.

v) Ausencia de solidaridad. La responsabilidad de las demandadas debe ser analizada de manera individual conforme al artículo 140 de la Ley 1437 de 2011.

vi) Excesiva cuantificación de perjuicios inmateriales – perjuicio moral. Las pretensiones de la demanda no se ajustan a los parámetros jurisprudenciales que rigen el tema.

vii) Inexistencia de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente. Partiendo de que no obra prueba de los ingresos que

11

devengaba María Alejandra Vélez Montoya no resulta procedente el reconocimiento de la indemnización por lucro cesante.

viii) Genérica.

Frente al llamamiento en garantía propone las siguientes excepciones.

i) Inexistencia de obligación contractual derivada del seguro que surge de base al llamamiento en garantía respecto de Seguros Generales Suramericana S.A. por ocurrencia de la reclamación que da base a la acción por fuera del periodo de vigencia del contrato de seguro. El contrato de seguro contiene la cláusula bajo la modalidad “Claims made” bajo la cual se exige que la reclamación se realice durante la vigencia del seguro; en este caso no se verifica esta condición.

ii) Excepción subsidiaria- Límite de cobertura de 50% del seguro asumido por Seguros Generales Suramericana S.A. dentro del contrato de seguro de póliza RC profesional para clínicas y hospitales N° RCCH 128, expedido en coaseguro con Allianz Seguros S.A. y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. Esta circunstancia elimina cualquier posibilidad de condena solidaria.

iii) Límites de valores asegurados y deducibles.

iv) Disponibilidad en cobertura del valor asegurado

v) Cualquier otra exclusión que resulte probada dentro del plenario.

3.6 La Previsora S.A. (Llamada en garantía E.S.E. Metrosalud)¹²

Se opone a la prosperidad de las pretensiones basada en que a **la E.S.E. Metrosalud** no le asiste responsabilidad alguna y propone los siguientes medios defensivos contra la demanda.

i) Obligaciones de medio y no de resultado. La obligación médica implica que se otorgue al paciente una atención oportuna y eficaz sin que sea posible garantizar resultados. La carga de la prueba sobre una falla en el servicio le corresponde a la parte actora.

ii) La innominada.

¹² Página 422 a 430 archivo 002

Frente al llamamiento en garantía acepta la existencia de la póliza, pero propone las siguientes excepciones:

- i) Ausencia de obligación indemnizatorio por no realización del riesgo asegurado. Explica que la actuación de la entidad asegurada fue diligente y oportuna y por ello no se configura el riesgo asegurado.
- ii) Sujeción a las condiciones particulares y generales del contrato de seguro. Una eventual condena en contra de la asegurada debe ceñirse a los derroteros acordados por los contratantes.
- iii) La póliza RC Clínicas y Hospitales opera bajo la modalidad claims made. Lo anterior indica que lo cubierto por la póliza es el reclamo que el tercero formule al asegurado y éste debe producirse durante la vigencia de la misma.
- iv) Límite del valor asegurado. De acuerdo con los acuerdos pactados en el contrato de seguro.
- v) Reducción del valor asegurado. Este valor se puede reducir por el pago de otros siniestros reclamados con anterioridad.

3.7 Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. (llamada en garantía por Servicios Médicos La Camelia Limitada)¹³

Se opone a las pretensiones formuladas en contra de su asegurada y propone las siguientes excepciones frente a la demanda:

- i) Inexistencia de negligencia o impericia imputable al personal de **Servicios Médicos La Camelia Limitada**. Destaca que se formularon los procedimientos y exámenes médicos adecuados para la paciente sin que la demora en las autorizaciones de los mismos le sea imputable.
- ii) Las obligaciones del personal médico tratante fueron de medio y no de resultado.
- iii) Cuantificación excesiva y sin prueba de los perjuicios morales que se pretenden cobrar. Las pretensiones de la demanda no se ajustan a los parámetros jurisprudenciales aplicables al tema.

¹³ Páginas 8 a 53 archivo 002

iv) Los perjuicios por pérdida de oportunidad y alteración grave a las condiciones de existencia se encuentran inmersos en los perjuicios por daño a la salud deberán ser probados dentro del proceso.

v) Improcedencia de reconocimiento y pago de perjuicios por lucro cesante por ausencia de prueba. Esta clase de perjuicios no se presumen y en el expediente no se acreditan los ingresos de la paciente ni la pérdida de la capacidad laboral.

vi) Improcedencia de reclamación de perjuicios por daño emergente por falta de prueba.

Excepciones frente al llamamiento en garantía.

i) Ausencia de cobertura de pago y perjuicios extrapatrimoniales. Esta clase de perjuicios fueron objeto de expresas exclusiones pactadas en el contrato de seguro.

ii) Ausencia de cobertura del lucro cesante. En igual sentido que la excepción anterior.

iii) Deducible pactado para el amparo básico de RC profesional contenido en las pólizas expedidas por Seguros Confianza S.A. Este equivale al 10% de la condena impuesta al asegurado y únicamente en cuanto a perjuicios por daño emergente.

3.8 Royal & Sun Alliance Seguros: esta posición fue asumida por Seguros Generales Suramericana S.A. según contestación de la demanda.

4. Alegatos de conclusión.

4.1 Parte demandante¹⁴.

Reitera los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en la demanda resaltando que **María Alejandra Vélez Montoya** fue remitida a la Clínica Antioquia de Itagüí el 17 de septiembre de 2012: en esa oportunidad el médico ortopedista realizó reducción cerrada en un solo intento sin fijación de las partes desplazadas y no desplazadas como medida efectiva.

¹⁴ Archivo 109

Sostiene que en las prestadoras de servicio de salud de la ciudad de Medellín no se realizó un diagnóstico adecuado; se consideró que cursaba una luxación lateral de cúbito y radio, pero lo cierto es que la paciente tenía una fractura. **Asmet salud E.P.S.** por su parte, es responsable por cuanto no expidió las autorizaciones para los servicios médicos de manera oportuna.

Con las pruebas periciales y testimoniales recaudadas se acredita la existencia de un daño antijurídico atribuible a las demandadas.

4.2 Metrosalud E.S.E.

No intervino en esta oportunidad procesal

4.3 Grupo Empresarial Restrepo S.A.S. (Clínica la Camelia).

Guardó silencio en el término para presentar sus alegatos.

4.4 Asmet Salud E.P.S.¹⁵

Reitera que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva en lo que tiene que ver con la atención médica brindada entre el 16 de septiembre al 19 de noviembre de 2012; ello porque la demandante se encontraba afiliada a otra Entidad Promotora de Salud.

Tampoco se configuran los presupuestos jurisprudenciales de una pérdida de oportunidad tal y como lo explica el Consejo de Estado. **Asmet Salud E.P.S.** autorizó todos los servicios de manera oportuna teniendo en cuenta la fecha en que los requerimientos fueron puestos en conocimiento; su actuar no influye en la presunta falla reclamada por los accionantes.

4.5 Comfama¹⁶.

Reitera los argumentos de la contestación de la demanda destacando que la paciente se trasladó a **Asmet Salud E.P.S.-S** para continuar con su tratamiento médico. Desde su punto de vista, se encuentra acreditado que la causa del daño está representada en el evento del año 2012 y precisamente se califican como secuelas propias de este tipo de accidentes.

4.6 Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.¹⁷

¹⁵ Archivo 106

¹⁶ Archivos 110 y 111

Ratifica que su asegurada **Comfama** no tiene responsabilidad alguna en el caso porque atendió a la paciente de acuerdo con los requerimientos de su patología. Realiza un resumen sobre las condiciones particulares del contrato de seguro.

4.7 Seguros Generales Suramericana S.A.¹⁸

No se aporta prueba de la falla en el servicio como elemento del juicio de responsabilidad en la medida en que no se aprecia que las entidades hayan dejado de brindar la atención médica requerida por la paciente; lo anterior se confirma por el médico Mauricio Mejía Mejía quien en la sustentación del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas refirió que la lesión tuvo una mejoría aceptable o buena.

En cuanto a la presunta demora en la atención para esa fecha la señora **Vélez Montoya** ya no se encontraba afiliada a **Comfama** y frente a al contrato de seguro reitera que para la época de la reclamación el vínculo jurídico ya no se encontraba vigente.

4.8 La Previsora S.A.¹⁹

Se reafirma en los argumentos presentados en la contestación de la demanda con las cuales defiende una ausencia de responsabilidad de la **E.S.E. Metrosalud**; ello porque la entidad atendió a la paciente con todos los recursos disponibles y la remitió a un nivel de complejidad superior para su tratamiento.

4.9 Royal & Sun Alliance Seguros: esta posición fue asumida por Seguros Generales Suramericana S.A. según contestación de la demanda.

4.10 Ministerio público: No intervino dentro de esta etapa procesal.

Consideraciones

1. Problema y análisis jurídico:

De acuerdo con la fijación del litigio efectuado en la audiencia inicial, la controversia se centra en establecer lo siguiente²⁰:

¹⁷ Archivo 105

¹⁸ Archivo 108

¹⁹ Archivo 107

²⁰ Páginas 11 y 12 archivo 019

¿La Caja de Compensación Familiar Antioquia – COMFAMA, LA E.S.E. METRO SALUD – Unida Hospitalaria de Castilla; Servicios Médicos la Camelia LTDA (hoy GRUPO EMPRESARIAL RESTREPO S.A.S.; la Asociación Mutual la Esperanza - ASMET SALUD EPS-S, son patrimonialmente responsables de los perjuicios reclamados por la parte demandante, con ocasión de la presunta pérdida de la oportunidad en el tratamiento médico, así como la omisión y la deficiente e inadecuada atención en salud, recibida por MARÍA ALEJANDRA VÉLEZ MONTOYA, en consideración a la lesión padecida por esta como consecuencia de una caída que le ocasionó trauma en el codo izquierdo; o por el contrario, se configura alguna de las causales de exclusión de la responsabilidad del Estado?

Si la respuesta al anterior interrogante es afirmativa se deberá establecer:

¿En el proceso se encuentran debidamente demostrados los daños y su cuantificación?

Así mismo, en caso de demostrarse los hechos de la demanda, se deberá resolver la relación de garantía entre los llamantes y los llamados en garantía.

Lo anterior, sin descartar que en el desarrollo del problema jurídico se aborden algunos subproblemas.

2. Elementos de responsabilidad del Estado

El presente proceso se originó en ejercicio del medio de la acción consagrada el entonces artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Esta norma faculta al interesado para demandar del Estado la reparación del daño, cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

El régimen de responsabilidad del Estado al que obedece tal acción tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución de 1991; esta norma le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

El elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber jurídico de soportar y de una lectura literal del

mencionado artículo es posible entender que el régimen de responsabilidad allí consagrado es un eminentemente patrimonial; esto porque el Estado presta su garantía pecuniaria a los daños que en el ejercicio de su actividad pueda causar a los particulares.

Sin embargo, es importante precisar que una interpretación sistemática del texto constitucional lleva a una conclusión más amplia. En efecto, al analizar el régimen de responsabilidad del Estado por daños no se puede perder de vista que la Constitución de 1991 es garantista de la dignidad humana y de los derechos humanos²¹ y propende porque éstos abandonen su esfera retórica para convertirse en una realidad palpable.

Es de mayúscula importancia que, a través de la responsabilidad, el juez de lo Contencioso Administrativo adelante una labor de diagnóstico de las falencias en las que incurre la Administración; al mismo tiempo, una labor de pedagogía, a fin de que aquellas no vuelvan a presentarse, sobre todo si esos daños vulneran en alguna medida los derechos humanos o la dignidad de las personas²².

La reparación de los daños comprende que la lesión a los derechos humanos, no se agota con el simple resarcimiento o la compensación económica. Es importante que el juez adopte medidas -en cuanto su ámbito de competencia lo permita- a través de las cuales las víctimas, efectivamente queden indemnes ante el daño sufrido, conozcan la verdad de lo ocurrido, recuperen su confianza en el Estado y tengan la certeza de que las acciones u omisiones que dieron lugar al daño por ellas padecido no volverán a repetirse.

Una noción amplia de reparación va más allá de la esfera estrictamente pecuniaria del individuo; en ella se deben incluir los bienes jurídicos -como es el caso de la dignidad y los derechos humanos- que generalmente no pueden ser apreciados monetariamente, pero que, si resultan lesionados por el Estado, deben ser reparados mediante compensación. Solo así el principio de la reparación integral del daño cobra una real dimensión para las víctimas²³.

²¹ Artículos 1, 2 y 89 C.P.

²² En igual sentido ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de noviembre 27 de 2006, Exp. 15835, sentencia de 27 de noviembre de 2006, Exp. 16571, sentencia de mayo 3 de 2007, Exp. 25020, sentencia de 3 de mayo de 2007, Exp. 21511 y, sentencia de junio 6 de 2007, Exp. 15781 todas con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra.

²³ Ley 446 de 1998, artículo 16.

La anterior óptica debe ser tenida en cuenta por el juez al momento de verificar si se configura o no la responsabilidad de la Administración en cada caso concreto, sea cual fuere el título de imputación que se emplee.

Atendiendo a lo anterior, las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado, por sus hechos u omisiones, son las siguientes:

- Un daño antijurídico indemnizable y
- Un juicio de imputación desde un punto de vista fáctico y jurídico.

En cuanto al **daño**, según el profesor Juan Carlos Henao, se define como:

(...) toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil – imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos²⁴

Cuando en el caso se ha determinado la existencia del daño es menester deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede o no calificarse como **antijurídico**, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado. En este último evento, el juzgador se releva de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado.

El daño por el cual se reclama el resarcimiento, además debe tener la característica de ser **indemnizable**; en este sentido su reparación debe tener como objetivo dejar indemne a quien lo padece como si el daño nunca hubiera ocurrido o en el estado más próximo.

El **Juicio de Imputación** desde un punto de vista fáctico, abarca la relación de causalidad entre el hecho u omisión alegado y demostrado con el perjuicio experimentado y probado. Debe existir un vínculo de naturaleza directa, que no sea lógicamente posible suponer la existencia del daño sin la falla, demostrándose que el perjuicio provino necesariamente de las actuaciones u omisiones de la administración con un nexo de causa a efecto; es decir, que haya

²⁴ JC Henao, artículo Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado, publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Según el principio de la causalidad, la causa produce su efecto²⁵.

Esa relación de causalidad no existe o se rompe, cuando se prueba una causa extraña a la administración, la cual se torna en eximente total o parcial de la responsabilidad. Sucede cuando en la producción del daño interviene la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor, casos en los cuales no cabe deducir la responsabilidad de la administración estatal.

Desde el punto de vista jurídico, conforme con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁶ la imputación también abarca el estudio del fundamento del deber de reparar esto es, “el título jurídico de imputación”, así en providencia del 18 de febrero de 2010, (exp 18274), puntualizó:

De otro lado, la concreción de la imputación fáctico no supone por sí misma el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere de un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico, existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios, bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

Se ha establecido jurisprudencialmente también, que es al Juzgador a quien corresponde, por aplicación del principio *iura novit curia* (el Juez conoce el derecho) y una vez sopesados los elementos de convicción aportados al proceso, determinar cuál es el régimen de responsabilidad que corresponde aplicar en cada caso concreto. Para ello, debe tener en cuenta los tres regímenes que la jurisprudencia ha desarrollado: falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial, cuyo fundamento normativo ha explicado el Consejo de Estado en sentencia del 8 de mayo de 1995 (exp. 8118) en los siguientes términos:

Mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y

²⁵ Alberto Tamayo Lombana, La responsabilidad civil extracontractual y la contractual, pág. 91

²⁶ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 18 de enero de 2012. Exp 19910.

equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” 8art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar disposiciones en el inciso 2° del artículo 90 de la C.N. y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C.N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95, n° 9, y 216 de la C.N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el Decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C.P.C.; 414 del C.P.P., etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como este del no enriquecimiento sin causa.²⁷

Con base en estas consideraciones se abordará lo que concierne al régimen de responsabilidad aplicable en el caso específico.

3. Solución al caso concreto:

3.1 El daño.

Comprendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad, en el asunto se deriva de las secuelas que presenta **María Alejandra Vélez Montoya** las cuales presuntamente tuvieron lugar con ocasión de la atención médica del accidente ocurrido el 16 de septiembre de 2012.

Al respecto obra dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas del 06 de octubre de 2022²⁸. En este documento se indica:

Análisis y conclusiones:

Paciente remitido por entidad judicial para calificación de pérdida de capacidad laboral describiendo secuelas de caída de su propia altura ocurrida el 16/sep/2012.

Paciente de quien se recibieron soporte de historia clínica consistentes en: Medicina General el 16 y 17/sep/2012 describen caída de su propia altura con trauma de codo. Radiografía con luxación de codo izquierdo por lo que

²⁷Jurisprudencia citada por M.C M'Causland Sánchez, artículo: Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades; publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

²⁸ Archivo 077

remiten a Ortopedia. Controles por Ortopedia del 5/ago/2013 al 05/dic/2014 por secuelas de luxofractura de codo izquierdo consolidada describiendo restricción de flexoextensión (-40º a 90º) con pronosupinación completa, en la última atención se indica valoración por Junta Quirúrgica. No se recibieron soportes de seguimiento y estado definitivo posterior al tratamiento hasta el alcance de mejoría máxima por lo que se solicitó valoración actualizada por el médico Fisiatra interconsultor de la Junta, valoración realizada el 19/sep/2022 encontrando secuelas de luxofractura del codo izquierdo con dolor persistente y limitación de movimientos dada por extensión -50º, flexión 90º, supinación 45º, pronación 90º, sin déficit motor ni sensitivo.

Se califica como deficiencias por dolor crónico somático y disminución de movimientos del codo. (...)

De acuerdo al dictamen pericial, se encuentra probado **que María Alejandra Vélez Montoya** presenta secuelas que se describen como con dolor persistente y limitación de movimientos dada por extensión -50º, flexión 90º, supinación 45º, pronación 90º, sin déficit motor ni sensitivo.

A continuación, se analizará si estas secuelas se encuentran originadas en la atención médica que brindaron las entidades accionadas.

3.2 Imputación del daño a las accionadas.

3.2.1 Análisis Jurisprudencial. Régimen de responsabilidad aplicable:

Sobre el régimen de responsabilidad aplicable por la prestación del servicio médico el Consejo de Estado ha establecido que el régimen jurídico por excelencia es el de falla en el servicio, salvo contadas excepciones que la jurisprudencia del Alto Tribunal ha decantado en su jurisprudencia²⁹.

En casos como el que aquí se plantea, el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ha precisado con relación al régimen de responsabilidad:

(...) La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla

²⁹ Sentencia del 25 de marzo de 2011, C.P Enrique Gil Botero, exp 20836.

propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste.

En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance (...) ³⁰.

Conforme con el análisis realizado por la Sección Tercera del Alto Tribunal, además de la existencia de un daño antijurídico, debe demostrarse que el servicio médico no cumplió con los estándares de calidad exigidos al momento de la ocurrencia del daño; igualmente, habrá de demostrarse que el prestador no fue diligente empleando todos los medios con los que disponía para brindar el servicio médico.

Una vez presentes tales elementos, la entidad demandada solo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación fue oportuna, prudente, diligente y con pericia, en otras palabras, que no hubo falla del servicio o; si logra romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o, hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

El fundamento constitucional de este título de imputación es el artículo 2 de la Carta Política que describe los fines esenciales del Estado, tal y como ha sido explicado la jurisprudencia en materia contencioso administrativa. Este órgano también ha señalado que la falla en el servicio puede consistir en el incumplimiento de las obligaciones consagradas no sólo en esta disposición del orden constitucional, sino también en normas que regulan temas específicos. Como consecuencia de la aplicación de un régimen subjetivo es que la prueba de la falla, que pueda estar representada en el descuido, impericia, violación a reglamentos y en general el desconocimiento al deber objetivo de cuidado, está a cargo de la parte demandante con base en el marco normativo aplicable.

En un momento dado de la evolución jurisprudencial el Consejo de Estado llevó a analizar la responsabilidad médica bajo los postulados de la falla presunta que trasladaba la carga de la prueba a la entidad de demandada y especialmente a

³⁰ Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2015, C.P Danilo Rojas Betancur; exp 30102

los médicos, quienes debían probar haber cumplido una conducta carente de culpa³¹. Sin embargo, como ya se mencionó, en la actualidad no existe discusión de que casos como el que hoy se decide deben ser analizados por regla general dentro de los márgenes de responsabilidad subjetiva y salvo contadas excepciones decantadas por el Alto Tribunal en su jurisprudencia³², es procedente la aplicación de un título objetivo bajo los planteamientos del denominado riesgo excepcional.

Entre los eventos en los que resulta procedente aplicar un régimen de responsabilidad objetivo, en la sentencia del 25 de marzo de 2011 el Consejo de Estado describe:

Cuando se usan o se apliquen procedimientos o tratamientos, siempre que la herramienta de riesgo cause el daño de manera directa o por ella misma, es decir, sin que haya habido una ejecución irregular del acto médico.

Cuando se usan medicamentos o se apliquen tratamientos o procedimientos novedosos, cuyas consecuencias o secuelas a largo plazo se desconocen.

Cuando en el acto médico se emplean sustancias peligrosas (como las usadas en la medicina nuclear)

Cuando se aplican vacunas, “porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los distintos organismos.

Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria.

Cuando el daño “se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo el elemento la responsabilidad es objetiva”.³³

Conforme al texto de la demanda la reclamación por responsabilidad médica se fundamenta en una presunta falla en el servicio derivada de la falta de oportunidad en la atención médica brindada y un error de diagnóstico; hipótesis en las no resulta aplicable el régimen objetivo de daño especial.

Claro lo anterior a continuación se analizará la responsabilidad de la entidad demandada.

³¹ Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 1992 C.P Daniel Suárez Hernández; exp 6897

³² Sentencia del 25 de marzo de 2011, C.P Enrique Gil Botero, exp 20836.

³³ M.C M'Causland Sánchez, artículo: Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades; publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

3.2.2 Imputación Jurídica.

La Constitución Política protege como derechos fundamentales de todas las personas, los de la dignidad humana, la vida, la salud y las garantías de no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes y de recibir protección especial del Estado, cuando, por condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. Es por ello que la administración pública se encuentra en la obligación de atender a quienes acuden a las instituciones públicas en demanda de alivio a sus dolencias, sin perjuicio de su gravedad.

Así mismo, con la Ley 1715 de 2015, con la cual se regula el derecho fundamental a la salud, se fijaron parámetros para su protección y goce efectivo, a través de políticas de prevención, promoción, rehabilitación, seguimiento continuo para garantizar el flujo de recursos para la atención de manera oportuna a la población, en armonía con los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad, universalidad, eficiencia y solidaridad.

De otro lado, con la Ley 100 de 1993 el legislador estableció la naturaleza de las entidades encargadas de la prestación del servicio denominándolas empresas sociales del Estado y a través del Decreto 1876 de 1997, se establecieron los principios básicos de estas empresas. En el artículo 185 del mismo cuerpo normativo, se define a las Instituciones Prestadoras de Salud I.P.S. como las encargadas de prestar el servicio de salud en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en dicha ley

En cuanto al marco normativo de referencia y contrarreferencia, el Decreto 4747 de 2007³⁴, organizó y reguló, actividades del sector salud, entre prestadoras del servicio de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo; así mismo para entidades con regímenes especiales y de excepción que suscriban acuerdos de voluntades con prestadores de servicios de salud.

Este Decreto en el literal e, del artículo 3, define el régimen de referencia y contrarreferencia como el conjunto de procesos, procedimientos y actividades técnicos y administrativos que permiten prestar adecuadamente los servicios de

³⁴ Decreto 4747 de 2007, Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones

salud a los pacientes, garantizando la calidad, accesibilidad, oportunidad, continuidad e integralidad de los servicios, en función de la organización de la red de prestación de servicios definida por la entidad responsable del pago y los definió así:

(...) La referencia es el envío de pacientes o elementos de ayuda diagnóstica por parte de un prestador de servicios de salud, a otro prestador para atención o complementación diagnóstica que, de acuerdo con el nivel de resolución, de respuesta a las necesidades de salud.

La contrarreferencia es la respuesta que el prestador de servicios de salud receptor de la referencia, da al prestador que remitió. La respuesta puede ser la contrarremisión del paciente con las debidas indicaciones a seguir o simplemente la información sobre la atención prestada al paciente en la institución receptora, o el resultado de las solicitudes de ayuda diagnóstica.
(...)

Artículo 17. Proceso de referencia y contrarreferencia. El diseño, organización y documentación del proceso de referencia y contrarreferencia y la operación del sistema de referencia y contrarreferencia es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud, quienes deberán disponer de una red de prestadores de servicios de salud que garanticen la disponibilidad y suficiencia de los servicios en todos los niveles de complejidad a su cargo, así como la disponibilidad de la red de transporte y comunicaciones

3.2.3 La actuación de las accionadas.

Sobre las condiciones en que se prestó el servicio médico obran las siguientes pruebas:

Historia clínica E.S.E. Metrosalud³⁵.

Resumen de Atención, Evolución y Examen Físico.

Sep. 16/2012 15:53 MOTIVO DE CONSULTA=PTE DE 17 AÑOS QUE EN EL DÍA DE HOY PRESENTA CAIDA MIENTAS CORRIA, LO CUAL ACUSO TRAUMA EN CODO IZQUIERDO.

(...)

OM: DEFORMIDAD CON PERDIDA DE ANATOMIA EN CODO IZQUIERDO SE SEDA A LA PACIENTE CIB NEOERUDUBA Y MIDAZOLAM Y POSTERIOR SE REDUCA, EN LA RADIOGRAFIA DE CONTROL PRESENTA LUZACIÒN

³⁵ Página 237 archivo 001

LATERAL DE CUBITO Y RADIO, SIN FX EVIDENTE, SE SOSPECA DE RUPTURA DE LIGAMEN TO INTRAARTICULAR
(...)

PTE CON TRAUMA DE CODO CON POSIBLE RUPTURA DE LIGAMENTO INTRAARTICULAR SE SOLICITA EVLAUACION Y MAENO POR ORTOPEDIA. (SIC)

Historia Clínica Antioquia³⁶.

17/09/2012

Usuar ia cons ciente, orientada, hidratada afebril, presentando leve dolor, por orden médica aplica 10 mg metoprolol 1v en 20cc s. salina 0,9% (...) sin complicación, médico ortopedista realiza procedimiento reducción cerrada de codo, sin complicación, queda bajo efectos de medicamentos en compañía de la madre.

Usuar ia cons ciente, orientada hidratada, afebril, presentando mejoría notable a dolor, tolera la vía oral, sin efectos de medicamentos, evaluada por médico ortopedista con Rx de control, dada de alta, sale del servicio por sus propios medios en compañía de la madre, con efectos del yeso en brazo y antebrazo izquierdo, se hace entrega de la fórmula médica con instrucciones y recomendaciones sobre signos y síntomas de alarma.

Historia Clínica Servicios Médicos La Camelia Ltda³⁷

Fecha de registro: 05/08/2013

ANÁLISIS CLÍNICO: ORTOPEDIA

MC: ME CAI

EA: CAIDA DE SU ALTURA SEP 2012. MANEJO CON REDUCCION CERRADA PARA LUZACION MAS inmovilización en clínica Antioquia de Medellín.

Se retiro el yeso a los 20 días y no inició terapia física

Ahora con sensación de dolor y con el frio con gran limitación para ARCOS DE MVTO DE CODO IZQUIERDO DE -40 A 90. PRONOSUPINACIÓN completa.

ANÁLISIS PRACLÍNICO: aporta r

Tac codo sin 3d. en la cual evidencia topopes óseos múltiples anterior y posterior pero las imágenes no son adecuadas pues los cortes están mu espaciados y no es fácil definir que tipo de cirugía se realizará. (...)

³⁶ Páginas 94 y 95 archivo 001

³⁷ 316 a 330 Archivo 001

Fecha de registro 17/03/2014

ANÁLISIS CLÍNICO: junta de ortopedia

Antecedente de luxofractura de codo izquierdo en Medellín en el 2012 según TAC de codo izquierdo reporta lesión severa fractura de cúpula radial (...)

Fecha de registro 05/12/2014

ANÁLISIS CLÍNICO: VIENE DE ANSERMA POR PROBLEMA DE CODO IZDO

EA: CAIDA DE SU ALTURA SEP 2012, MANEJO OCN REDUCCIÓN CERRADA PARA LUZACIÓN INMOVILIZATRON (sic) CON FERULA DE YESO POR 20 DÍAS, CON POSTERIOR LIMITACIÓN FUNCIONAL SEVERA. HA TRAIDO VARIOS EXÁMENES.

AL EF LO SIGUIENTE GRAN LIMITAICON A LOS ARCOS DEL MVTO DEL CODO IZQUIERDO DE 90° A LA FELXION A 140° A LA EXTENSIÓN CON PROPOSUPINACION COMPLETA, NO HAY ATROFIAS, SENSIBILIDAD Y PARTE MOTORA CONSERVADA, VASCULAR NORMAL.

ANÁLISIS PARACLÍNICO: APORTA TAC QUE EVIDENCIA: TOPES OESOS ANTERIORES Y POSTERIROES EN CODO CON FRACTURA ANTIGUA CONSOLIDADA.

CTA VALORACION POR CX DE M SUP PARA TOMAER (sic) CONDUCTA DEFINITIVA.

NO ACEPTA LA TERAPIA POR EL DOLOR Y LO LIMITADA QUE QUEDA.
(...)

DIAGNOSTICOS

(...)

Diagnóstico Clínico: FX CONSOLIDADA DE HUMERO.

Responsabilidad de la E.S.E. Metrosalud., el Grupo Empresarial Restrepo S.A.S. (Clínica La Camelia).

Las dos entidades mencionadas son las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud que atendieron a la paciente y que fueron demandadas en este proceso. Desde ya se advierte que **María Alejandra Vélez Montoya** también fue atendida en la Clínica Antioquia después de su paso por la **E.S.E. Metrosalud**; no obstante, esta IPS no fue vinculada al proceso.

Revisando los fundamentos fácticos de la demanda frente a la **E.S.E. Metrosalud** se cuestiona que no se hubiera realizado un diagnóstico adecuado en la medida

en que se consideró que cursaba una luxación lateral de cúbito y radio cuando realmente tenía una fractura.

Tal y como se desprende de la historia clínica aportada, en la E.S.E. efectivamente fue diagnosticada con luxación lateral de cúbito y radio sin fractura evidente y sospecha de ruptura de ligamento intraarticular. Sin embargo, del mismo documento también se desprende que la paciente fue remitida al siguiente nivel de atención porque la entidad no contaba con la especialidad de ortopedia.

En este sentido el Juzgado observa que la **E.S.E. Metrosalud** actuó con la diligencia y cuidado que le son exigibles; ello en la medida en que se trata de una entidad del primer nivel y su obligación legal se enfoca a remitir a la paciente a otra institución donde cuenten con la especialidad y la tecnología que se requiere para su atención.

Este deber fue observado por la accionada según la historia clínica allegada. Allí se evidencia que la paciente ingresó el 16 de septiembre de 2012 a la una de la tarde (1:00 p.m), recibió medicamentos para el dolor y al día siguiente a las siete y media de la mañana (7:30 a.m) sale en ambulancia para la Clínica Antioquia ubicada en el municipio de Itagüí.

En la Clínica Antioquia es atendida por la especialidad de ortopedia y es en ella donde realmente se decide que el tratamiento para la lesión es la reducción cerrada de codo.

Conforme a estas pruebas es claro que la decisión de implementar el tratamiento médico no fue tomada por el personal de la **E.S.E. Metrosalud** porque precisamente carecía de la especialidad médica para hacerlo; ello se llevó acabo en otra institución prestadora de los servicios de salud que no fue demandada y que, por la misma razón, su actuación no puede ser juzgada en este medio de control.

En lo que tiene que ver con la **Clínica Servicios Médicos La Camelia Ltda**, la demanda no realiza ningún cuestionamiento directo a la atención médica brindada en esa I.P.S, lo que se ratifica de la lectura de los alegatos de conclusión. Aunado a ello, el Juzgado observa que las pruebas recaudadas en este proceso tampoco permiten determinar si las decisiones adoptadas por los profesionales de la salud que atendieron a **María Alejandra Vélez Montoya** fueron adecuadas o no. Si bien se solicitó y practicaron pruebas de carácter pericial, de ellas no se puede concluir que la actuación de la **E.S.E. Metrosalud**.

o de la **Clínica La Camelia** no eran las apropiadas para la lesión que presentaba la paciente.

Así, el informe presentado por la doctora Lina Mercedes Patiño Giraldo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses fue claro en explicar que “la manera de procurar la solución a las limitaciones funcionales en el miembro superior izquierdo...” debe ser establecida por especialista en ortopedia³⁸. En la sustentación del dictamen la misma profesional ratificó su concepto con las siguientes palabras: “¿Tiene experiencia sobre esa clase de luxación (...) requiere que se haga alguna intervención quirúrgica en un determinado tiempo (...)? debe ser un profesional especialista en ortopedia en este concepto, no es mi campo”

Los demás interrogantes planteados por la parte actora, no tienen por objeto cuestionar el tratamiento médico brindado a la paciente, sino ratificar las secuelas que padece la señora Vélez Montoya. Así también lo explicó la funcionaria del Instituto de Medicina Legal en la sustentación del dictamen:

Realmente este peritaje se convirtió más que en un peritaje en unas respuesta a unos cuestionarios que hizo un señor abogado frente a una atención médica. Entonces eran unas respuestas que salían de la historia clínica que se anexó (...) realmente no iban enfocadas a analizar un acto médico ni nada, sino a unas condiciones de acuerdo con la historia clínica de una paciente

En cuanto a la evaluación practicada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez su objetivo no es valorar la actuación del personal médico; el dictamen fue decretado para determinar el grado de invalidez que dejaron las secuelas del accidente del 16 de septiembre de 2012. Al punto, el doctor Mauricio Mejía Mejía explica:

(...) Nosotros no valoramos la calidad del servicio o la buena o mala actitud de un paciente para su recuperación (...) Desde su experiencia (...) usted nos diría que fue tratada conforme a lo que se debía realizar en su momento? No es mi competencia en la junta y no lo miré en desde ese ángulo (...) recibió el tratamiento que es usual y tiene una secuela ...que podría ser esperada en este tipo de lesiones

De igual manera, vale la pena destacar que de las historias clínicas aportadas al expediente se infiere un intervalo aproximado a 11 meses en los que la demandante no registra atención médica y aunque en el texto del libelo se

³⁸ Archivo 51

refiere a que la paciente tuvo que trasladarse de Medellín al municipio de Anserma como un desplazamiento forzado, no existe prueba de estas circunstancias y tampoco se explica por qué en un interregno tan prolongado **María Alejandra Vélez Montoya** o su familia no buscaron atención médica para continuar con el tratamiento iniciado la Clínica Antioquia.

Precisamente, la historia clínica de Servicios Médicos La Camelia inicia indicando que el yeso se retiró a los 20 días y no inició terapia física y aunque no se acredita que esta circunstancia sea la causa de las secuelas que presenta la paciente, si deja claro que la señora Vélez Montoya y su grupo familiar no dieron continuidad al tratamiento médico iniciado en Medellín.

Se concluye entonces que al expediente no fueron aportadas pruebas para acreditar con certeza que la actuación desplegada por los profesionales de la **E.S.E. Metrosalud** y la **Clínica La Camelia** no se ajusta a la Lex Artis aplicable para este momento. No existe un dictamen pericial de un profesional de la medicina para indicar que en un caso como el evaluado en esa fecha, debían practicarse otro tratamiento médico para la luxación del codo izquierdo de la señora **María Alejandra Vélez Montoya** y por tanto, no pudo establecerse que la pérdida de capacidad laboral de 16.80% es atribuible a las falencias del tratamiento médico.

Sobre la importancia de la prueba técnica o pericial cuando de responsabilidad médica se refiere, el Consejo de Estado indicó en sentencia del 03 de febrero de 2023³⁹:

Sin embargo, dicha carga no se cumplió, en tanto no obran en el plenario medios de prueba -verbigracia concepto técnico o dictamen pericial- tendientes a determinar que la secuencialidad y oportunidad de los actos médicos, incluyendo la intervención en las lesiones encontradas y las tres transfusiones de sangre (G.R.E.), en realidad comportan una atención negligente -falla en la prestación del servicio médico- por parte del Hospital Universitario Cari E.S.E., como causa eficiente del desenlace fatal.

El Tribunal Administrativo de Caldas en sentencia del 29 de marzo de 2019⁴⁰, ratifica que la parte actora tiene la carga de la prueba para desvirtuar que la actuación médica brindada no era idónea:

³⁹ Sección Tercera, C.P María Adriana Marín Marín; exp 54941.

⁴⁰ M.P Dohor Edwin Varón Vivas, radicado 17-001-33-33-002-2012-00293-03

Si bien es cierto, el hecho de que al señor John Ever González, en la atención inicial le fuese suministrado un medicamento sin prescripción médica, puede ser tomado como irregular, no existe elemento probatorio que permita afirmar que esa situación fuese la causa o el motivo que llevó al deterioro y posterior fallecimiento del paciente. Tampoco se encuentra acreditado en el expediente, ni existe elemento de prueba que permita inferir que hubiese fallado la técnica en la aplicación de la inyección o que el paciente hubiese informado o advertido una posible reacción alérgica. No se practicó necropsia ni se allegó un dictamen pericial que determinara la causa de la muerte (...)

Ahora bien, de conformidad con el régimen de imputación aplicable a este caso en concreto, era la parte actora quien debía acreditar a través de algún medio probatorio que el procedimiento en que se hace hincapié, fue el que provocó el fallecimiento del señor González Cardona, o al menos allegar elementos de juicio que permitieran establecer, con “...un grado suficiente de probabilidad”⁴¹ la existencia de la falla del servicio endilgada y su nexo causal; lo cual no ocurrió en el presente asunto.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para denegar las pretensiones presentadas en contra de la **E.S.E. Metrosalud** y la **Clínica La Camelia** sin que sea necesario analizar los medios exceptivos propuestos por sus llamadas en garantía.

Responsabilidad de Comfama y Asmet Salud E.P.S.

Sobre la responsabilidad de las E.P.S. tanto la Corte Suprema de Justicia⁴² como el Consejo de Estado han señalado lo siguiente⁴³

Al respecto, es necesario precisar que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido la imputabilidad jurídica que le asiste a las entidades públicas por el hecho de sus contratistas respecto de los daños que se causen con ocasión del ejercicio de funciones administrativas confiadas a aquellos. Dicha afirmación encuentra sustento jurídico en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, los contratistas vinculados a la administración ofician como agentes suyos, dado que “al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales (...) colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social”⁸. En materia de salud, igualmente esta Subsección, en reciente sentencia consideró que “las actuaciones desplegadas por los médicos de una

⁴¹ Consejo De Estado, Sección Tercera. 22 de marzo de 2001. Rad.: 25000-23-26-000-1992-8384-01(13166).

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC13925-2016, sentencia de 30 de septiembre de 2016, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2014, rad. 31182, M.P. Ramiro Pazos Guerrero

EPS, se entienden realizadas por ésta última, ya que estos profesionales están ejerciendo funciones en su representación, tal como sucede con las IPS con las que suscriben contrato las EPS para que sean aquellas las que físicamente presten los servicios de atención médica

Reiterado de la siguiente manera⁴⁴:

En cuanto a la E.P.S Solsalud S.A la parte demandante cuestiona su conducta en el sentido que la afiliación y su permanencia no eran sus únicas obligaciones, sino que así mismo le correspondía garantizar una atención médica oportuna e integral a la señora Norma Suárez. En efecto, como empresa promotora de salud el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 prevé que su función principal es la de organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados, del mismo modo, el artículo 179 de la ley previamente citada reitera que este tipo de entidades para garantizar el Plan de Salud Obligatorio, deben prestar directa o contratar los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales correspondiente.

De acuerdo con la posición del Consejo de Estado es claro que, a pesar de tratarse de instituciones privadas, dado el régimen contractual le son aplicable los postulados de la responsabilidad médica como garantes de la prestación del servicio; por lo tanto, los argumentos que sustentan la excepción de inaplicación de responsabilidad por falla en el servicio propuesta por **Asmet Salud E.P.S.** carecen de fundamento jurídico.

Partiendo de los anteriores pronunciamientos del máximo Tribunal de esta jurisdicción, en el caso específico se observa que en la demanda se argumenta que **Comfama** era la responsable de la prestación del servicio en cuanto a la calidad de la atención médica brindada en la **E.S.E. Metrosalud**; entre tanto, **Asmet Salud E.P.S.** es responsable del daño por las reiteradas demoras para expedir las autorizaciones de los servicios requeridos por la paciente.

Frente a **Comfama**, la imputación atribuida por la parte actora perdió todo su fundamento cuando en el apartado anterior se concluyó que no logró acreditarse que la actuación de la **E.S.E Metrosalud** fue la causa de las secuelas que presenta **María Alejandra Vélez Montoya**. A partir de esta premisa, sin mayores esfuerzos se infiere que tampoco se acreditó falla alguna atribuible a **Comfama**.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 8 de octubre de 2021, rad: 53190, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas

En lo que refiere a **Asmet Salud E.P.S.** con el certificado de información de afiliación se comprueba que la demandante fue usuaria de esta entidad entre el 20 de noviembre de 2012 al 31 de agosto de 2016⁴⁵. Con la contestación de la demanda la entidad indica que las demoras a las que refiere la demandante no son su responsabilidad porque las solicitudes de servicio fueron puestas en conocimiento de manera tardía y por lo general a través de la Personería de Anserma.

Al punto fueron aportadas las siguientes autorizaciones de servicios⁴⁶:

Numero de Autorización	Servicio requerido	Fecha de solicitud	Fecha de entrega
178197	Consulta por ortopedia	08 de julio de 2013	01 de agosto de 2013
279366	Tomografía axial computada	04 de septiembre de 2013	04 de septiembre de 2013
279374	Terapia Física Integral	04 de septiembre de 2013	04 de septiembre de 2013
736311	Consulta por ortopedia	15 de enero de 2014	15 de enero de 2014
592582	Consulta por ortopedia	29 de enero de 2014	12 de noviembre de 2013
934248	Junta médica especializada	18 de febrero de 2014	21 de febrero de 2014
1777415	Consulta por medicina especializada	29 de junio de 2014	29 de julio de 2014
1781697	Resonancia nuclear magnética de articulaciones miembro superior	10 de julio de 2014	08 de agosto de 2014
1217714	Consulta por ortopedia	10 de julio de 2014	08 de agosto de 2014

De la relación anterior se evidencia que sí existió demora en la autorización, pero solamente para las consultas en ortopedia; en los demás servicios la entidad respondió a los requerimientos rápidamente.

⁴⁵ Archivo 26 página 6

⁴⁶ Páginas 483 a 490 cuaderno 001

Ahora, la parte actora refiere que de manera recurrente se veía en la obligación de dirigirse a la Personería de Anserma con el fin de que con su intervención **Asmet Salud E.P.S.** atendiera de manera diligente sus requerimientos. Para probar sus afirmaciones con la demanda se allega el oficio PM 0340 del 02 de abril de 2013 en el que el Personero del mencionado municipio solicita se gestione la autorización del TAC simple de codo y la cita para control.⁴⁷

De la comunicación del 04 de septiembre de 2013 procedente de **Asmet Salud E.P.S** y dirigida al Personero de Anserma, se concluye que en esa oportunidad también se solicitó la intervención del ministerio público para obtener las terapias físicas y tac de codo⁴⁸.

Para el 08 de enero de 2014, la señora Martha Cecilia Vélez Montoya, madre de la entonces menor de edad **María Alejandra Vélez Montoya**, se dirigió a la E.P.S. para solicitar que se asignaran controles por ortopedia y manifestando sus inconformidades con el servicio. Nuevamente, el 10 de enero de 2014, la personería solicita la colaboración de la accionada para tramitar de manera urgente los mismos servicios.

Para esta Sede Judicial, los documentos aportados con la demanda, especialmente la petición de la madre de la paciente, son indicios de los cuales se puede inferir razonablemente que **Asmet Salud E.P.S.** no fue diligente en todas las ocasiones para expedir las correspondientes autorizaciones.

En la solicitud de la señora Martha Cecilia Vélez Montoya se refiere a las falencias en la prestación del servicio sin que la entidad le hubiera respondido a la demandante en esa época que sus afirmaciones no correspondían a la realidad o que la demora le era atribuible únicamente a las usuarias. Además, debe tenerse en cuenta que, según la relación de servicios autorizados aportada por la misma entidad, se observa que en algunas de ella se expidieron cuando ya había transcurrido un lapso de tiempo considerable.

A pesar de lo anterior, tal y como se indicó en el análisis de la responsabilidad de las Instituciones Prestadoras de Salud, este supuesto no resulta suficiente para establecer que existe nexo causal entre la conducta de **Asmet Salud E.P.S.** y las secuelas que presenta **María Alejandra Vélez Montoya**. Se reitera, no fue aportada prueba pericial alguna donde se pueda determinar que la demora en

⁴⁷ Página 112 cuaderno 001

⁴⁸ Páginas 122 y 123 cuaderno 001

expedir las autorizaciones para las citas con ortopedista y de las terapias, es la causa de que la accionante perdiera movilidad en su codo izquierdo.

En este sentido la parte actora no cumplió con la carga de la prueba que le corresponde en el régimen de responsabilidad de falla en el servicio y aunque acredita algunas falencias en la prestación del servicio, ello no resulta suficiente para impartir una condena en contra de la Entidad Promotora de Salud.

4. Conclusión.

La parte actora no cumplió con la carga impuesta por el artículo 167 del Código General del Proceso y no acreditó la existencia de una omisión o acción negligente o irregular atribuible a las accionadas y su relación causal con el daño.

No se demostró que la **E.S.E. Metrosalud** y la **Clínica La Camelia** fueron negligentes en la atención médica brindada o hubiesen omitido atender a la paciente de acuerdo con el personal y el recurso tecnológico disponible conforme al nivel de complejidad. Para la primera, su obligación se sintetizaba en brindar una atención básica y proceder a remitir al paciente a un nivel de atención superior. En cuanto a la segunda, no se allega prueba alguna en la que se defina que sus actuaciones médicas no fueron adecuadas para la patología de la señora **María Alejandra Vélez Montoya**.

En cuanto a las Entidades Promotoras de Salud en las cuales estuvo afiliada, a pesar de que en Asmet Salud E.P.S. se demostró que se presentaron algunas demoras en la expedición de las autorizaciones para la prestación de los servicios médicos, no se acreditó que esta circunstancia fuera la causa de las secuelas.

En coherencia con lo concluido, con la presente providencia se declararán probadas las excepciones “ausencia de responsabilidad” y “diligencia y cuidados necesarios por parte de la demandada”, propuestas por la **E.S.E. Metrosalud**; “Inexistencia de nexo de causalidad”, “Ausencia de nexo de causalidad”, “Cumplimiento adecuado de las obligaciones a cargo de la entidad demandada” e “Inexistencia de falla en la prestación del servicio médico, actuación ajustada a la lex artis y a los protocolos de atención según los niveles de complejidad autorizados para la entidad” propuestas por la **Clínica La Camelia** e “Inexistencia de responsabilidad administrativa e inexistencia de falla o error de conducta” y “ausencia de nexo causal”, propuestas por **Comfama**.

Finalmente se declarará no probada la excepción denominada “Inaplicación de responsabilidad por falla del servicio en virtud de que Asmet Salud E.PS.-S es una entidad de derecho privado”.

5. Condena en costas

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, y como quiera que la condena en costas no opera de forma automática en atención a lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., no se emitirá condena porque no se observa que la parte accionada hubiese incurrido en gastos procesales.

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

FALLA

Primero: Declarar no probada la excepción “Inaplicación de responsabilidad por falla del servicio en virtud de que **Asmet Salud E.PS.-S** es una entidad de derecho privado”.

Segundo: Declarar probadas las excepciones “Ausencia de responsabilidad” y “Diligencia y cuidados necesarios por parte de la demandada”, propuestas por la **E.S.E. Metrosalud**; “Inexistencia de nexo de causalidad”, “Ausencia de nexo de causalidad”, “Cumplimiento adecuado de las obligaciones a cargo de la entidad demandada” e “Inexistencia de falla en la prestación del servicio médico, actuación ajustada a la lex artis y a los protocolos de atención según los niveles de complejidad autorizados para la entidad” propuestas por la **Clínica La Camelia** e “Inexistencia de responsabilidad administrativa e inexistencia de falla o error de conducta” y “ausencia de nexo causal”, propuestas por **Comfama**.

Tercero: Negar las pretensiones de la demanda por lo explicado en la parte considerativa de este fallo.

Cuarto: Sin costas conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Quinto: La presente sentencia quedan notificadas en estado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A.C.A., precisando que contra ella procede el recurso de apelación en la forma prevista en el artículo 247 del C.P.A.C.A.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvanse** los remanentes si los hubiere y **archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

Plcr/ P.U

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 11/ENE/2024


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES**

Manizales, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA Nro.:	313/2023
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor(a):	ALBA MARINA ARIAS BETANCUR
Accionado:	E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA
Vinculado:	COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO Y PRODUCTIVIDAD SOLIDARIA – COOPROSOL y COOPERATIVA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS VARIOS – COOPRESERVA.
Radicado:	17-001-33-39-007-2017-00144-00
Instancia:	Primera

En los términos del inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A. y teniendo en cuenta que no se advierten irregularidades que afecten o vicien el trámite del proceso, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia; para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en la audiencia inicial respecto a las excepciones y la fijación del litigio.

ANTECEDENTES:

I. La demanda.

Por intermedio de apoderada judicial, la parte actora, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho demandó a la E.S.E.

HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA
solicitando lo siguiente:

“PRETENSIONES

Se declare frente E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO VILLAMARÍA la NULIDAD del acto administrativo DG 760.082 de noviembre 2.016 mediante el cual la gerente del hospital niega el reconocimiento de prestaciones sociales derivados de una relación laboral que esta invocó ante ente demandado.

Que a modo de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se declare que E.S.E EL HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO VILLAMARIA sea condenada a pagar a ALBA MARINA ARIAS BETANCUR: lo siguiente:

PRIMERA: El pago de las cesantías e intereses a las cesantías durante la vigencia de la relación laboral.

SEGUNDA: El pago de los aportes para seguridad social en el porcentaje que le correspondía al empleador.

TERCERA: El pago de las vacaciones que nunca disfrutó ni le pagaron, durante su relación laboral.

CUARTA El pago de las primas de diciembre y mitad de año.

QUINTA: El valor de los uniformes que de acuerdo con la ley laboral debía suministrar el Hospital en la forma indicada en esta legislación.

SEXTA: La sanción por no pago de las cesantías de conformidad con el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1995.

SEPTIMA: El excedente del valor de los salarios en relación con los devengados con las enfermeras vinculadas por nómina.

OCTAVO: La indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales adeudadas desde el 1 de septiembre de 2.015 hasta el pago de las prestaciones.”

En cuanto a los hechos expuestos por la parte actora se tiene:

Sostiene que la accionante prestó sus servicios personales como auxiliar de enfermería en la E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA, desde el 01 de abril de 2001 hasta el 31 de agosto de 2015, de forma directa a través de contratos de prestación de servicios y en dos oportunidades a través de las cooperativas COOPROSOL CTA y COOPRESERVA, así:

(i) Del 01 de abril de 2001 hasta el 30 de abril de 2003 como trabajadora directa recibiendo salario, (ii) Del 01 de mayo de 2003 hasta el 30 de abril de 2008 en forma ininterrumpida a través de la cooperativa COOPRESERVA, (iii) desde el 01 de mayo de 2008 hasta el 31 de enero de 2009 mediante contratación directa con el hospital, (iv) a partir del 01 de febrero de 2009 a través de la cooperativa COOPROSOL CTA, en la que estuvo afiliada desde febrero de 2009 hasta el 31 de enero de 2012, y (v) desde el 01 de febrero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015 a través de contratos de prestación de servicios.

Durante todo el tiempo en que estuvo laborando para la demandada estuvo cobijada bajo la realidad de un contrato laboral prestando personalmente el servicio como auxiliar de enfermería, con continua subordinación o dependencia que le exigía que cumpliera órdenes de las enfermeras jefes y médicos que trabajan en el hospital, cumpliendo turnos, remisión de pacientes, participación en rondas de enfermería, aplicando medicamentos, y recibiendo un salario como retribución del servicio.

Respecto a la vinculación con las cooperativas, afirma que el hospital les pagaba a estas el salario que dichas organizaciones le pagaban a la demandante, de suerte que esta modalidad se utilizó como una forma de intermediar la relación laboral, ya que las labores de enfermera las hacía para el hospital y eran sus directivos los que daban las órdenes, fijaban horarios, otorgaban permisos y elaboraban turnos.

Hace referencia a los comprobantes de egreso por el servicio prestado, a los contratos de prestación de servicios con la entidad demandada, e indica que durante toda la relación laboral la E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA tuvo en su nómina enfermeras que trabajaban en las mismas condiciones y que cumplían las mismas funciones de la demandante.

Normas violadas y concepto de violación.

Refiere que con la expedición del acto demandado se violan los artículos 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 10, 143, 186, 230, 249 y 303 del Código Sustantivo del Trabajo.

Afirma que se transgrede el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el principio de garantía a la seguridad social, el derecho de la trabajadora al descanso necesario. No se tuvo en cuenta el postulado que a trabajo igual debe corresponder salario igual establecido en el artículo 143 del C.S.T., y hace referencia a los supuestos contemplados en el artículo 23 *ibidem* que define los elementos del contrato de trabajo.

II. Trámite procesal

Con Auto 742 del 13 de julio de 2017 se admitió la demanda¹ luego de haber sido remitida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Manizales que declaró su falta de jurisdicción y competencia.

El 10 de octubre de 2019 se instaló la audiencia inicial², ordenándose la vinculación de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO Y PRODUCTIVIDAD SOLIDARIA – COOPROSOL y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS VARIOS – COOPRESERVA, y el 14 de diciembre de 2021 se dio continuidad a la audiencia inicial³, fijándose el litigio y decretándose las pruebas. En la misma diligencia se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de pruebas y se concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación presentado por la vocera de la demandante.

El Tribunal Administrativo de Caldas con providencia del 27 de septiembre de 2022 confirmó la decisión adoptada por el Despacho⁴

Los días 04 de octubre⁵ y 03 de noviembre de 2022⁶ se llevó a cabo la audiencia de pruebas.

Con auto 683 del 02 de diciembre de 2022⁷ se puso en conocimiento la documental allegada como consecuencia de su decreto en audiencia inicial, y con proveído del 13 de diciembre de 2022 se corrió traslado para alegar de conclusión⁸.

¹ Archivo “20AutoAdmiteDemanda” del cuaderno “C01Principal” del expediente electrónico.

² Archivo “09ActaAudiencialInicial” del cuaderno “C01PrincipalA “expediente electrónico.

³ Archivo “23ActaAudiencia” *ibidem*.

⁴ Archivo “42AutoResuelveRecursoApelacion” *ibidem*.

⁵ Archivo “44ActaAudiencia” *ibidem*.

⁶ Archivo “49ActaAudiencia” *ibidem*.

⁷ Archivo “52AutoPoneConocimiento” *ibidem*.

⁸ Archivo “54AutoCorreTrasladoAlegatosConclusion” *ibidem*.

Vencido el término de traslado de alegatos el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

III. Actuación de la parte demandada.

La entidad demandada **E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA** en su contestación, expuso que la vinculación con la demandante corresponde a la modalidad de contratación directa por prestación de servicios profesionales, mediante contratos y órdenes de tal modalidad, y que, en tal sentido, no se prestaron servicios personales como esta lo aduce.

Indicó que es cierto lo referente a la vinculación de la actora con las cooperativas COOPROSOL CTA y COOPRESERVA, pero no lo referente a la simulación.

Así, la demandante no fue trabajadora directa de la demandada, y tampoco percibía salario sino honorarios por tratarse de una relación que no comparte elementos constitutivos de una auténtica relación laboral.

La señora Arias Betancur, en el marco de los contratos de prestación de servicios, le era posible elegir el turno de conveniencia, desarrollar su labor con libertad observando siempre la calidad del servicio, y le habría sido posible delegar la prestación de los servicios pues se trataba de una relación exenta de subordinación o dependencia.

Afirma que la demandante tenía total autonomía, pues era ella quien coordinaba con las auxiliares de enfermería los turnos que realizaría, no recibía órdenes, simplemente se coordinaba la ejecución de las actividades.

Presentó como excepciones de mérito las siguientes:

- Falta de integración del contradictorio: Sustentada en la necesidad de vincular a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO Y PRODUCTIVIDAD SOLIDARIA – COOPROSOL y a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS VARIOS – COOPRESERVA, en tanto en caso de acceder a las pretensiones se configurarían los presupuestos de la solidaridad patronal entre la ESE y las cooperativas mencionadas.
- Falta de configuración de los elementos que integral el contrato de trabajo: La sustentó en que brilla por su ausencia la acreditación de los

elementos del contrato de trabajo establecidos en el artículo 23 del C.S.T. Respecto a la subordinación, la demandante elegía los turnos en los que prestaría el servicio según su disposición de tiempo, y el cumplimiento de un horario no es muestra inequívoca de subordinación por cuanto ello se requiere para la adecuada prestación del servicio; en lo que respecto a la remuneración, es un elemento típico y común también de los contratos de prestación de servicio; y la prestación personal del servicio no se acredita porque la enfermera prestaba sus servicios de conformidad con su disponibilidad, de allí que no pueda decirse que sus funciones únicamente podían ser cumplidas por ella, pues existía otro personal que agendaba los turnos.

- Prescripción: La demandante prestó sus servicios a favor de la demandada en periodos de tiempo interrumpidos que se comprenden desde el 01 de abril de 2001 y el 31 de agosto de 2015. Si se admitiese que a la demandante le asiste algún derecho laboral, se tiene que ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción, en tanto la reclamación administrativa la presentó el 16 de febrero de 2016, interrumpiendo el término prescriptivo, por lo que los créditos presuntamente adeudados con anterioridad al 16 de febrero de 2013 se encuentran prescritos.
- Genérica:

La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO Y PRODUCTIVIDAD SOLIDARIA – COOPROSOL y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS VARIOS – COOPRESERVA, no contestaron la demanda.

IV. Alegatos de conclusión.

Parte demandante: Se pronunció mediante escrito allegado el 17 de enero de 2023 insistiendo en que las funciones desempeñadas por la accionante son las mismas que las correspondientes a los auxiliares de enfermería de planta; en consecuencia, le corresponde el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Reitera que se configuraron los elementos que acreditan la existencia de un contrato de trabajo, e hizo referencia a un pronunciamiento del Consejo de Estado sobre la intermediación laboral a través de Cooperativas de Trabajo Asociado.

Parte demandada: Con escrito allegado el 17 de enero de 2023 expuso que la relación que se presentó entre las partes correspondió a la de una auténtica contratación por prestación de servicios conforme con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Afirmó que la prueba documental allegada por la entidad demandada con la contestación de la demanda da cuenta de la verdadera naturaleza del vínculo existencia, y durante su ejecución no se vio desvirtuada su naturaleza, ya que la señora Arias Betancur conocía las condiciones, obligaciones y naturaleza de la prestación de sus servicios con la entidad.

Afirma que no se demostró por la demandante que careciera de autonomía, no hay elementos para probar la subordinación, el uniforme era adquirido por ella misma y se le pagaba mensualmente de acuerdo con la cuenta de cobro o factura equivalente presentada.

Indicó que la ESE podía pactar directrices o instrucciones básicas sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista sin que ellos configure una dependencia o subordinación, como quiera que es necesaria la supervisión so pena de incurrir en detrimento patrimonial

Expuso que no se evidenció una orden, llamado de atención, regaño, amonestación con copia a la hoja de vida o inicio de proceso disciplinario, y solicita hacer parte de los alegatos de conclusión la sustentación fáctica y jurídica de las excepciones de mérito propuestas.

Ministerio Público: No rindió concepto.

CONSIDERACIONES

I. Excepciones.

En Audiencia Inicial iniciada el 10 de octubre de 2019 este Despacho resolvió sobre la excepción de *falta de integración del litisconsorcio necesario* ordenando la vinculación de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO Y PRODUCTIVIDAD SOLIDARIA – COOPROSOL y de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS VARIOS – COOPRESERVA, por lo que los demás medios de defensa propuesto serán objeto de análisis y decisión en esta providencia.

II. Problema y análisis jurídico.

De acuerdo con la fijación del litigio efectuado en la audiencia inicial la controversia se centra en establecer lo siguiente:

¿Se ajustan o no a derecho el acto administrativo por medio del cual la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Villamaría, negó a la demandante el reconocimiento de una relación laboral entre el 1 de abril de 2001 y el 31 de agosto de 2015?

¿Las prestaciones o demás prestaciones de las demandantes deben equivaler al derecho a la igualdad de las demás personas que se desempeñaban la misma labor en la entidad?

¿Se dan los presupuestos para declarar la existencia de una relación laboral entre la señora ALBA MARINA ARIAS BETANCUR y el Hospital Departamental San Antonio de Villamaría, pese a haber sido contratada en la modalidad de prestación de servicios?

En caso afirmativo, ¿a qué prestaciones sociales y demás emolumentos tendría derecho la demandante? y si en el caso, ¿opera o no el fenómeno de la prescripción?

Para resolver los interrogantes planteados se abordarán los siguientes puntos i) Diferencia entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral; ii) tratamiento jurisprudencial respecto a los contratos de prestación de servicios con auxiliares de enfermería, (iii) régimen jurídico y jurisprudencial de las vinculaciones a través de cooperativas de trabajo asociado, y iv) Caso Concreto.

Lo anterior sin perjuicio de que sea necesario abordar otros aspectos relacionados con los planteamientos anteriores.

2.1 Diferencia entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral.

En el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se define el contrato estatal de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

“(…) Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a

continuación:

(...) 3. Contrato de Prestación de Servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la Entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral, ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (...)."

Respecto a la norma citada, la H. Corte Constitucional⁹, al efectuar su estudio de exequibilidad, expresó:

"(...) El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

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

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

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto

⁹ H. Corte Constitucional. Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Referencia: Expediente D-1430. Norma acusada: Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa". Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero.

concierno a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

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

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

Se infiere entonces, que el contrato estatal de prestación de servicios presenta las siguientes características:

- Es eminentemente temporal, es decir, que sólo dura mientras se cumple su objeto mientras se supera una situación transitoria que puede ser coyuntural, o de emergencia, o altamente especializada, para actividades ocasionales o de momento; por ello mismo, estas situaciones no pudieron programarse e incluirse en los planes de carácter permanente de la entidad oficial.
- El contratista dispone de plena autonomía e independencia frente a los servidores de la entidad contratante; sin embargo, como es de saber, con éstos debe llevar a cabo labores de coordinación para cumplir a plenitud con el fin del contrato.
- El contratista percibe honorarios, no devenga salario ni lo hace acreedor de las prestaciones sociales.
- No genera relación laboral.

Es importante detenerse en la característica del contrato de prestación de servicios, según el cual *no generan relación laboral*. Para ello, resulta oportuno formular el siguiente interrogante: ¿Qué constituye una relación laboral?. Para

dar respuesta a esa pregunta, es preciso citar el Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.) en su artículo 23:

Elementos esenciales. 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse durante todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.
- c) Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Si bien este estatuto rige las relaciones individuales de trabajo de carácter particular, la definición de lo que constituye contrato de trabajo es válida en tratándose del sector público; en nada se diferencia la labor subordinada que realiza un trabajador particular y otro público, aunque sean bien distintas las formas de acceder a un servicio y otro.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago; además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia. Este último elemento es entendido como aquella facultad para exigir al servidor el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos y debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la

equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta. Éstos requisitos son establecidos por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

En todo caso debe señalarse, que si bien puede declararse la existencia de la relación laboral y reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, ocultándose una verdadera relación laboral, por este sólo hecho no se le puede otorgar la calidad de empleado público. Para adquirir esta calidad es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado la jurisprudencia.

2.2. Tratamiento jurisprudencial respecto a la vinculación por prestación de servicios con auxiliares de enfermería.

El Consejo de Estado desde el 21 de abril de 2016¹⁰, y posteriormente en recientes pronunciamientos, entre ellos el realizado en sentencia del 13 de abril de 2023 de la Sección Segunda¹¹, refirió que, por regla general, la labor desempeñaba por las auxiliares de enfermería no está dotada de la autonomía propia de las relaciones contractuales que se estructuran con el contrato de prestación de servicios, en consideración a las particularidades propias de dicha labor. Así, consideró la Corporación lo siguiente:

“Como se desprende de lo anterior, se ha considerado que la labor de enfermera no puede desempeñarse de forma autónoma, ya que quienes ejercen dicha profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios. Además de lo anterior, la actividad que desarrollan no se puede suspender sin justificación pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud.

Adicionalmente, se debe tener en consideración que en términos generales les corresponde a los médicos dictar las directrices y órdenes respecto de los cuidados especiales que requiere cada paciente, así como establecer condiciones respecto de cómo asistirlos en todo procedimiento médico y cómo se debe realizar el control de los pacientes en los centros de salud. Lo anterior implica que la relación entre médicos y enfermeras por lo general va más allá de la

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 21 de abril de 2016 Rad. No. 13001-23-31-000-2012-00233-01(2820-14).

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, 13 de abril de 2023. Rad. 41001-23-33-000-2018-00085-01 (0999-2021)

simple coordinación y pasa a ser de subordinación. Lo expuesto no impide que en determinados casos éstas puedan actuar de manera independiente puesto que se pueden presentar excepciones. Sin embargo, la regla general es la de la subordinación, por lo que ésta se debe presumir.”

La Corte Constitucional, por su parte, ha establecido que en tratándose de contratos de prestación de servicios celebrados con auxiliares de enfermería, el elemento de la subordinación se presume teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad desplegada, correspondiéndole a la entidad pública contratante desvirtuar tal presunción.

Al respecto, ha indicado el máximo tribunal constitucional que¹²:

“(…) Al respecto, la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara¹³ en definir que cuando se trata de un presunto contrato realidad oculto en la sucesiva suscripción de contratos de prestación de servicios para el ejercicio de las funciones de auxiliar de enfermería en una entidad prestadora de salud, el elemento de la subordinación se presume de la naturaleza misma de las funciones y de la necesidad, por regla general, de que aquellas se ejerzan bajo el control y mando sobre sus actividades¹⁴. Por lo tanto, es la entidad contratante la que debe, en estos casos, demostrar la ausencia de una relación de dependencia entre las partes.”

Ha sido consciente la Corte Constitucional que al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se han presentado posturas jurisprudenciales diferentes respecto a si debe aplicarse la presunción indicada, o si la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, como se indicó, entre otros pronunciamientos del Consejo de Estado, en el efectuado el 21 de julio de 2016¹⁵. Sin embargo, también consideró la Corte Constitucional que la posición que más se acerca a la protección de los derechos de las auxiliares de enfermería vinculadas por medio de contratos de prestación de

¹² Corte Constitucional, T – 366 de 2023.

¹³ También puede verse, Sentencia T-159 de 2000 y T-638 de 2008.

¹⁴ En la Sentencia T-388 de 2020, la Corte Constitucional conoció de la solicitud de amparo de los derechos al trabajo, debido proceso, dignidad humana, vida, mínimo vital y a la estabilidad reforzada por salud presentada por una auxiliar de enfermería en contra del Hospital Comunal Las Malvinas E.S.E. con quien suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios por más de 6 años. La corporación concluyó que en estos casos se presume la subordinación en la relación contractual, por la naturaleza misma de las funciones de una auxiliar de enfermería ya que *“quienes ejercen dicha profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios”*. Por estas razones, la Corte , amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó el reintegro y pago de salarios dejados de percibir desde la desvinculación hasta el reintegro.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 21 de julio de 2016. Rad. 25000-2325-000-2010-00373-01(2830-13).

servicios es la que aplica tal presunción, en tanto “(...) resulta ser más garantista y (...), además, ha sido también defendida por una parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado”¹⁶

Por la labor propia que desempeñan las auxiliares de enfermería que se relacionan con el cumplimiento de las directrices que imparten las enfermeras jefe y los médicos tratante, la subordinación se presume, correspondiéndole a la entidad demandada desvirtuar tal presunción mediante los medios probatorios establecidos en la normativa procesal aplicable a la materia.

2.3. Régimen jurídico y jurisprudencial de las vinculaciones a través de cooperativas de trabajo asociado.

El artículo 80 de la Ley 79 de 1988 contempla que las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus socios para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, puesto que son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía; su objeto social es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno.

La misma normativa refiere que existe una prohibición referente a que el asociado sea enviado a una persona natural o jurídica a prestar sus servicios, y, si esto ocurre, se considerará trabajador dependiente de quien obtenga dicho beneficio. También se prohíbe que las cooperativas de trabajo asociado actúen como empresas de intermediación laboral remitiendo trabajadores en misión a un tercero beneficiario.

El Consejo de Estado en Sentencia del 27 de abril de 2016¹⁷, citada en providencia del 02 de marzo de 2023¹⁸

“En la práctica, el trabajo asociado en algunos casos se ha utilizado como instrumento para escapar a la legislación laboral y así eludir las obligaciones para con los trabajadores dependientes o subordinados. Por ello, el Legislador consagró la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actúen como empresas de intermediación laboral, dispongan del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios, remitan a los asociados como trabajadores en misión con la

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T – 366 de 2023.

¹⁷ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, fallo de 27 de abril de 2016, expediente 66001-23-31-000-2012-00241-01 (2525-14).

¹⁸ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, fallo de 02 de marzo de 2023, expediente 66001-23-33-000-2017-00473-00 (1870-2021)

finalidad de que atiendan labores propias de un usuario o tercero beneficiario del servicio, o permitan que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes; y como consecuencia, estableció que el asociado que acuda a estas prácticas se considerara trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo. De tal manera que el tercero contratante, la Cooperativa y sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas generadas a favor del trabajador asociado¹⁹. Sin perjuicio de que queden incursas en causal de disolución y liquidación y que les sea cancelada la personería jurídica²⁰.

También consideró el Consejo de Estado que²¹:

“(…) se defrauda la finalidad con la que se creó este tipo de asociaciones cuando, a través del funcionamiento de una cooperativa de trabajo asociado, se encubre el desarrollo de relaciones de labor dependiente, es decir, cuando el cooperado presta sus servicios con el propósito de atender funciones propias de un tercero beneficiario bajo los tres elementos del contrato de trabajo, cuales son: (i) prestación de un trabajo o una labor en forma personal, (ii) subordinación y (iii) contraprestación por la función desarrollada.”

2.4. Caso Concreto:

Para demostrar la relación laboral, como se dijo precedentemente, es necesario establecer los tres elementos existentes para este tipo de vinculación, esto es: i) La prestación personal del servicio, ii) La subordinación y iii) La remuneración.

Respecto a la subordinación, no obstante presumirse en tratándose de labores desempeñadas por auxiliares de enfermería, se analizarán los elementos probatorios que dan cuenta de si existió o no este elemento, y los allegados por la entidad demandada para desvirtuar la presunción.

El Despacho procederá a estudiar cada uno de estos elementos, para determinar si se encuentran configurados en el sub examine:

i) La prestación personal del servicio:

¹⁹ «Artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006, que reglamentan la organización y funcionamiento de las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado».

²⁰ «Artículo 7º de la Ley 1233 de 2008. Ley por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Pre cooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones».

²¹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, fallo de 02 de marzo de 2023, expediente 66001-23-33-000-2017-00473-00 (1870-2021)

Para demostrar este elemento se allegaron al proceso las siguientes pruebas documentales:

- Certificación expedida por la tesorera de la entidad demandada en la que se indica que la señora ALBA MARINA ARIAS BETANCUR *“prestó el servicio como Auxiliar de enfermería en la E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARIA, CALDAS, desde el 1 de Abril de 2.001 hasta el 31 de Agosto de 2.015.”*²²

- Certificación expedida por el gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado Cooprosol C.T.A., refiriendo que *“ALBA MARINA ARIAS BETANCUR (...) fue asociada a nuestra cooperativa, desde el 01 de Febrero de 2009 hasta el 31 de Enero de 2012 con convenio de asociación indefinido, se desempeñaba como AUXILIAR DE ENFERMERIA, en cumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios existente entre el HOSPITAL SAN ANTONIO de Villamaria Caldas y LA COOPERATIVA”*²³

- Certificación expedida por la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPESERVA en la que se indica que la demandante suscribió convenios de trabajo asociado desde el 01 de mayo de 2003 hasta el 30 de abril de 2008²⁴

- La E.S.E. HOSPITAL SAN ANTONIO DE VILLAMARIA mediante oficio DG760-092 del 23 de noviembre de 2016, le entregó a la demandante los comprobantes de egreso de los meses de junio, julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2001; marzo, agosto y septiembre de 2002; enero, febrero y abril de 2003; mayo, junio, julio, agosto, septiembre y diciembre de 2008; y enero de 2009, en los que se hace referencia a los pagos efectuados a la demandante por los *“servicios prestados como auxiliar de enfermería”*²⁵

- El 15 de diciembre de 2022, como respuesta a la prueba decretada por este Despacho, se allegaron al expediente los comprobantes de egreso expedidos por el hospital San Antonio de Villamaría de febrero, julio, noviembre y diciembre de 2002, febrero, marzo, abril, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012, en los que se detalla que corresponde al pago de servicios prestados como *“auxiliar de enfermería urgencias”*.²⁶

²² Archivo “05AnexosDemanda” del cuaderno “C01Principal” del expediente electrónico, p. 6

²³ *Ibidem*, p. 9

²⁴ *Ibidem*.p. 7

²⁵ *Ibidem*, p. 14 a 43

²⁶ Archivo “51RespuestaRequerimientoHospitalSanAntonio” del cuaderno “C01PrincipalA” del expediente electrónico.

- Se aportaron también comprobantes de egreso de la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Villamaría de los meses de enero a diciembre de 2013, enero a diciembre de 2014, y enero a agosto de 2015, en los que se hace referencia al pago por los servicios prestados como auxiliar de enfermería en el área de urgencias y hospitalización.

- Se allegaron al plenario los siguientes contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora ALBA MARINA ARIAS BETANCUR y la E.S.E., demandada: (i) 027 del 01 de febrero de 2012 con duración hasta el 31 de marzo de 2012, (ii) 089 del 01 de julio de 2012 con duración hasta el 31 de agosto de 2012, (iii) 019 con duración a partir del acta de inicio y hasta el 31 de marzo de 2013, (iv) Sin número con duración a partir del acta de inicio y hasta el 31 de julio de 2013, (v) 05 con duración a partir del acta de inicio y hasta el 31 de marzo de 2015, (vi) Sin número con duración a partir del acta de inicio y hasta el 30 de mayo de 2015²⁷.

- Por la entidad demandada, y como respuesta a la prueba decretada por el Despacho, se allegaron los siguientes contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora ALBA MARINA ARIAS BETANCUR y la E.S.E., demandada: (i) 368 del 01 de noviembre de 2013 con duración a partir del acta de inicio y hasta el 30 de noviembre de 2013, (ii) 130 con duración a partir del acta de inicio y hasta el 31 de octubre de 2014, (iii) 119 con duración a partir del acta de inicio y hasta el 30 de mayo de 2015²⁸

En los contratos de prestación de servicios referidos se estipuló como objeto contractual que *“EL CONTRATISTA se compromete para con el HOSPITAL a prestar sus servicios profesionales, realizando actividades: AUXILIAR DE ENFERMERIA URGENCIAS – HOSPITALIZACIÓN”*. De igual manera, se plasmó en todos los contratos la siguiente cláusula: *“NOVENA.- CESIÓN: LA CONTRATISTA no podrá ceder total o parcialmente el presente contrato, ni subcontratar servicios objeto del mismo con persona alguna, salvo previa autorización por parte de la Gerencia del Hospital”*

También, en los referidos contratos, se estipularon las siguientes obligaciones contractuales a cargo de la demandante:

“(…) 2. Prestar sus Servicios en urgencias, hospitalización y partos de la entidad y realizar las actividades propias del área y de su cargo 3. Participar en la ronda de enfermería 4. Realizar turnos diurnos, nocturnos de acuerdo a programación

²⁷ *Ibidem*, p. 121 a 156

²⁸ Archivo “51RespuestaRequerimientoHospitalSanAntonio” *ibidem*.

entregada por la Jefe del área; 5. Hacer la evolución de enfermería de las historias clínicas de urgencias y hospitalización, (Aplicación de medicamentos y notas de enfermería). 6. Realizar y/o participar el manejo de los eventos catastróficos que se presenten 7. Realizar los turnos de acuerdo a programación realizada por la enfermera jefe. 8. Cumplir con las disponibilidades de acuerdo a programación previamente realizada por la enfermera jefe. 9. Ayudar a coordinar con el personal médico y administrativo la remisión de los usuarios según los parámetros establecidos. 10. Apoyar el programa de AIEPI clínico cuando el servicio lo requiera. 11. Asistir a reuniones y capacitaciones programadas por la DTSC y por la Institución (...)"

Para el Despacho las labores desempeñadas por la auxiliar de enfermería **Alba Marina Arias Betancur** necesariamente implicaban la prestación personal del servicio, ya que las funciones para las cuales fue contratada requerían poner en práctica de manera continua sus conocimientos como profesional del área de la salud

Las anteriores pruebas dan cuenta entonces de la existencia del primer elemento de la relación laboral, vale decir la prestación personal del servicio, en la que se requiere poner directamente el esfuerzo personal en el cumplimiento de una labor. Las cláusulas que imposibilitaban la cesión del contrato sin la autorización previa de la entidad demandada confirman que la accionante debía desarrollar el objeto contractual directamente y no a través de terceras personas.

ii) La continuada subordinación o dependencia:

Conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales citados en precedencia, este elemento del contrato de trabajo se presume cuando se trata de auxiliares de enfermería que demandan la verdadera existencia de una relación laboral, atendiendo a la naturaleza propia de las funciones que realizan, las cuales necesariamente están atadas a las directrices del médico, de las enfermeras jefes y del establecimiento hospitalario. Corresponde entonces a la entidad demandada desvirtuar la anterior presunción con los medios probatorios que sean procedentes.

Pese a lo anterior, al plenario se allegaron elementos probatorios que dan cuenta de la continuidad subordinación a la que estaba sometida la auxiliar de enfermería demandante durante su vinculación con la entidad demandada, no solo en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados directamente, sino cuando fue enviada a prestar los servicios a través de las cooperativas de trabajo asociado a las que se encontraba vinculada, aspecto que

se reafirma no solo con la documental que se allegó al proceso y que se citó en precedencia, sino con la pruebas testimonial practicada en el proceso.

En Audiencia de pruebas celebrada el 04 de octubre de 2022²⁹ el testigo JOSE DUVAN AGUIRRE, en respuesta al cuestionario efectuado por el Despacho, refirió lo siguiente:

“(…) Yo tuve la oportunidad de desempeñarme como jefe de personal en el año 2012, de febrero a diciembre de 2012, y de enero al 31 de julio de 2013. Dentro de mis funciones como jefe de personal, en este tiempo Alba Marina se desempeñaba como auxiliar de enfermería en las diferentes áreas, en hospitalización, en urgencias, acorde a los turnos que le fueran asignados. Pregunta Despacho: ¿Qué tipo de vinculación tenía la señora Alba Marina con el municipio de Villamaría?: Responde: Ella era estaba contratada con el hospital; no era personal de planta. Pregunta Despacho: Infórmele al Despacho cuáles eran las funciones que cumplía la señora Alba Marina con el hospital San Antonio de Villamaría. Responde: Dentro de lo que me acuerde realmente es las funciones inherentes a las que desempeña cualquier auxiliar de enfermería propia de una ESE. Como le dije anteriormente, la rotaban en turnos y en diferentes áreas. Me imagino que es diferente las funciones de urgencias a las de hospitalización, pero en general son las funciones que desempeña cualquier auxiliar de enfermería propia de una ESE. Pregunta Despacho: respecto a lo que nos informa en cuanto a que la rotaban en turno y diferentes áreas y cumplía funciones inherentes al cargo de auxiliar de enfermería, ¿nos puede indicar por favor por qué le consta esa afirmación? Responde: a ver, me consta porque en mi calidad de jefe de personal cuando de pronto la auxiliar necesitaba retirarse o ausentarse de las instalaciones de hospital ella debería de tramitar un permiso comunicado a su jefe inmediato y con el visto bueno del jefe de personal, en caso concreto el suscrito. Pregunta Despacho: Infórmele por favor al Despacho que tipo de horario cumplía la señora Alba Marina Arias en el hospital San Antonio de Villamaría si lo cumplía: Responde: Le repito, acorde a las funciones cuando le tocaba urgencias le tocaba a veces en las noches, otra vez todo el día, mejor dicho ella vivía permanentemente en el hospital dispuesta a cumplir sus funciones en el área en que estaba signada. Pregunta Despacho: Infórmele por favor al Despacho si la señora Alba Marina Arias desempeñaba sus labores de manera autónoma o recibía algún tipo de directriz u orden de algún otro empleado o funcionario de la entidad. Responde: A ver, autónoma no era. O sea, uno es autónomo en desempeñar su labor como tal, pero en el manual de funciones en que este establecido en el hospital y para cualquier funcionaria, ella debe desempeñar las funciones que le fuera encomendada por su jefe inmediato, en el área en que estaba trabajando. Pregunta Despacho: Cuando se refiere a su

²⁹ Archivo “45GrabaciónAudiencia” del expediente electrónico.

jefe inmediato a quien se refiere específicamente. Responde: Al jefe de área, por ejemplo todos tiene jefe de área; si es odontología es el odontólogo coordinador; si es un médico hay un médico coordinador y en este caso la auxiliares de enfermería los jefes de inmediato eran las enfermeras jefes del área en que estaba. Pregunta Despacho. Infórmele por favor al Despacho si la señora Alba Marina Arias debía portar algún uniforme distintivo de la entidad. Responde: Sí, claro. Es más, tengo entendido que el hospital le da dotación al personal de planta, y ella lo debían comprar con recursos propios porque no podíamos *empayazar* la institución y debía portar el uniforme que la territorial o el ministerio de salud establecía para estos casos. Pregunta Despacho: Indíqueme por favor al Despacho si dentro de la planta de personal del Hospital San Antonio de Villamaría existían empleados que desempeñaran las mismas funciones que desempeñaba la señora Alba Marina Arias. Responde: Sí, claro, pero había que contratar personal por la deficiencia ya que con el personal que exista en planta no era suficiente para la demanda que tenía la institución y que creo que tiene actualmente. Pregunta Despacho: Por favor infórmele al Despacho cuál era el procedimiento en caso de que la señora Alba Marina Arias debiera retirarse de sus labores, ¿Lo podía hacer autónomamente o debía solicitar alguna autorización especial y de quién?: Responde: lo dije al inicio de esta entrevista: ellos deben formalizar un formato. El procedimiento a seguir es inicialmente quien deba ausentarse le solicita verbalmente al jefe inmediato respectivo; este le concede un visto bueno y lo refrenda el jefe de personal o la gerente. Si el jefe no está es la gerente, y viceversa. Pregunta Despacho: usted nos hablaba en el principio de la diligencia que la señora Alba Marina debía cumplir con unos turnos. Indíqueme por favor al Despacho quien asignaba esos turnos. Responde: Los turnos los asignaba los jefes de área, o sea, en este caso las enfermeras jefes (...) los turnos cuando yo estaba laborando se hacían para un mes o quincenalmente los turnos, entonces se les asignaba a ellos, ahí sabía que horario debían manejar y en qué área debían desempeñarse. Pregunta Despacho: infórmele por favor al Despacho si Alba Marina Arias específicamente podía cambiar, modificar sus turnos asignados. Responde: Directamente no, pero puede que implícitamente con alguna otra compañera como ocurre en muchas instituciones se haga. Si yo necesito un permiso y de pronto yo tengo una compañera con la cual pueda que me sustituya una o dos horas lo hacía, lo acostumbran los médicos y allá el personal, pero ella autónomamente no podía abandonar el cargo ni podía irse, no. Pregunta Despacho: Infórmele por favor al Despacho qué tipo de remuneración recibía la señora Alba Marina Arias por la labor o funciones desempeñabas dentro de la entidad. Responde: Lo establecido en el contrato de trabajo. Pregunta Despacho. ¿Sabe usted si la vinculación de la señora Alba Marina Arias era directamente con la entidad o si existía algún intermediario para la prestación de sus funciones o labor?. Responde: Ella lo hacía directamente con la entidad aunque hubo un personal que lo hacía a través de una cooperativa. O sea, cuando yo llegué ellos lo hacía directamente con el

personal porque ya prácticamente lo que era la cooperativa se estaba terminando (...) los trabajos a través de las cooperativas, Pregunta Despacho: ¿Recuerda usted por sus funciones como jefe de personal si la señora Alba Marina Arias recibía prestaciones sociales como retribución a sus servicios? Responde: No, ninguna. (...)”

El Ministerio Público también interrogó al testigo en los siguientes términos:

“(...) Pregunta Ministerio Público: ¿Usted como jefe de personal tenía relación directa con estas auxiliares de enfermería, es decir, usted les impartía directrices, usted les hacía llamados de atención, usted les hacía solicitud es de asistencia bien sea a seminarios, a capacitaciones, o llamados de atención por los horarios si los incumplía? ¿Qué relación tenía usted directamente con estas auxiliares y específicamente con la señora Alba Marina? Responde: Sí, claro. O sea, en la cuestión de funciones directamente al desempeño lo hacía el jefe de área, pero en función de horarios, de permisos, de capacitaciones, sí lo hacía directamente yo como jefe de personal porque a través de circulares se citaban a capacitaciones en el auditorio, entonces todo el mundo convergía, por ejemplo si había alguna falta digamos de tipo de incumplimiento en sus labores se hacía conocer (*inaudible*) de área al jefe de personal. En este caso, (*inaudible*) de todas las auxiliares de enfermería es lógico, primero había como un diálogo directo por así decirlo con la jefe inmediato, y luego se procedía desde la oficina de jefatura de personal: Pregunta Ministerio Público: Si lo recuerda, ¿Usted directamente tuvo este tipo de tratos con la señora Alba Marina, es decir, ¿En algún momento la citó para hablar de sus horarios, de presuntos incumplimientos, la citó específicamente ella para asistir a cursos, a capacitaciones, etcétera?. Responde: Bueno, directamente a ella no, pero sí a todo el grupo, porque sacaba un listado para que la gente firmara y se le comunicara de la convocatoria a la respectiva capacitación o reunión que se tuviera. Con Alba Marina si tuve alguna situación debió haber sido algún permiso, porque lo permisos sí los firmaba yo directamente. Pregunta Ministerio Publico: Cuando usted habla que se citaba a todo el grupo, todo el grupo es qué, planta de personal y contratistas?. Responde: Si hay una capacitación, digamos, si hay una capacitación, por ejemplo en pausas activas a través de seguridad y salud en el trabajo, se citaba a todo el personal entonces asistían a la sala de juntas y se tomaba asistencia. Pregunta Ministerio Público, Pero vuelvo y le repito, ¿personal es qué?, ¿personal de planta y además contratistas, o solo personal de planta? Responde: A todo el mundo en general, porque usted debe saber que cuando uno trabaja en una entidad el hecho que yo sea contrato no me exime de cumplir las funciones y de que ponga en riesgo también la entidad o ponga en riesgo mi vida personal o laboral por no hacer o no seguir las indicaciones de la seguridad en el trabajo.”

El testimonio rendido por el señor JOSE DUVÁN AGUIRRE es claro en manifestar que durante el tiempo en el que estuvo vinculado con la entidad demanda, esto es, de febrero a diciembre de 2012, y de enero al 31 de julio de 2013, la señora Alba Marina Arias prestaba sus servicios como auxiliar de enfermería cumpliendo con las directrices y órdenes que le daba la entidad, incluso él mismo como jefe de personal, que era el encargado de autorizar los permisos que las auxiliares de enfermería debían solicitar, entre ellas Alba Marina, si requerían ausentarse de sus labores. Es claro en reiterar que para efectos de permisos, capacitaciones y demás no existía diferencia entre personal de planta y personal vinculado a través de contratos de prestación de servicios en lo que a las auxiliares de enfermería respecta, porque si bien se les citaba para asistir a actividades relacionadas con el Sistema de Salud y Seguridad en el Trabajo, lo cual se torna exigible en los términos del Decreto 1072 de 2015, también se ejercía un control subordinante en lo que respecta a los turnos que debía cumplir la demandante, las funciones que debían desempeñar, la ausencia de autonomía para las mismas, y el procedimiento para solicitar y tramitar permisos, pese a que su vinculación era por prestación de servicios.

La testigo MARIA ZULMA GIRALDO GALLEG0 que rindió testimonio en la misma fecha, manifestó:

“(…) Conozco a Alba Marina Arias hace más o menos 21 o 22 años. Pregunta Despacho: ¿Por qué la conoce? Responde: Porque ella trabajó en el hospital de Villamaría donde yo también laboré por 30 años. Pregunta Despacho: Inicialmente infórmenos usted entre qué épocas laboró en el hospital de Villamaría. Responde: Yo laboré desde junio de 1978 a abril de 2008. (...) Alba Marina Arias laboró como auxiliar de enfermería con contratación porque desde la Ley 100 no volvió a existir gente de planta. Yo era de planta, pero desde la ley 100 ya todo el mundo era por contrato. Yo la conocí en esa época que ella entró, más o menos 2001, creo que ella entró al hospital como auxiliar de enfermería. Pregunta Despacho: Infórmele por favor al Despacho durante el tiempo en que usted estuvo vinculada durante qué épocas desempeñó ese cargo o esa función de auxiliar de enfermería la señora Alba Marina Arias: Responde: Ella trabajó como desde 2001 hasta 2015, yo me jubilé en el 2008, pero yo seguí en contacto con ella y supe que trabajó hasta el 2015. Pregunta Despacho: ¿Recuerda usted durante la época en la cual usted estuvo vinculada con la entidad si esa vinculación que tuvo la señora Alba Marina en algún momento fue interrumpida? Responde: No, no fue interrumpida. Pregunta Despacho: ¿Sabe usted qué tipo de contrato tenía la señora Alba Marina Arias con el Hospital San Antonio de Villamaría? Responde: Yo sabía que había personal de planta y otro de contrato; ella era de contrato, eso es lo que yo sé. Pregunta Despacho: ¿Recuerda usted cuáles eran las funciones o actividades que desarrollaba la

señora Alba Marina en el hospital? Responde: Pues ella tenía funciones en urgencias, en crecimiento y desarrollo, en psicología, en consulta externa, donde la enfermera jefe le asignara. Pregunta Despacho: ¿Sabe usted si la señora Alba Marina cumplía con algún horario laboral u horario dentro de la entidad? Responde: Sí, ella cumplía siempre con su horario porque yo por lo regular para yo ir a mi trabajo yo entraba a las 07:00 am, mi trayecto era pasar, yo siempre pasaba por la casa de ella y yo la recogía, y llegábamos a tiempo al trabajo. Ella entraba a las 07 cuando tenía sus turnos en el día. Pregunta Despacho: ¿Recuerda usted el horario de ese turno que me acaba de manifestar? Responde: Tenían diferentes horarios, tenía turnos que eran de corridos, otros que era de medios tiempo y así, tenía diferentes horarios, otros eran de noche, eso sí lo manejaba allá con la enfermera jefe, ella les asignaba sus turnos. Pregunta Despacho: Infórmele por favor al Despacho si la señora Alba Marina Arias recibía órdenes de algún empleado o funcionario de la entidad. Responde: Ella recibía órdenes, todas las auxiliares reciben órdenes de la enfermera jefe tanto de consulta externa o de urgencias (*inaudible*) capacitaciones allá porque yo era la coordinadora del comité de lactancia materna., entonces yo tenía que capacitarlas, yo citaba a las capacitaciones a todo el personal y ella siempre asistía. Pregunta Despacho: ¿Sabe usted cada cuánto ella recibía esas órdenes, instrucciones o directrices por parte de la enfermera jefe? Responde: Pues yo entiendo que las enfermeras jefes hacen sus turnos por un mes, asignan los turnos por un mes (...) Pregunta Despacho: ¿Qué tipo de órdenes o instrucciones recibía la señora Alba Marina Arias para el ejercicio de sus labores como auxiliar de enfermería? Responde: pues eso sí era las que les asignara la enfermera jefe, porque yo como odontóloga no sabría decirle todo minuciosamente. Pregunta Despacho: Infórmele por favor al Despacho si la señora Alba Marina debía portar algún uniforme o distintivo de la entidad. Responde: Sí, ella siempre portaba su uniforme con el distintivo de la entidad. Pregunta Despacho: ¿Sabe usted quien le suministraba ese uniforme o distintivo? Responde: Ellas mismas lo compraban porque al que se lo daba el hospital era al personal de planta. Pregunta Despacho: Infórmele por favor al Despacho si dentro de la planta de personal del hospital San Antonio de Villamaría existan empleados o empleadas que desempeñaran las mismas actividades que desarrollaba la señora Alba Marina Arias. Responde: Sí, allá había varias de planta, varias auxiliares, pero tenían las mismas funciones (...)"

No duda la testigo en hacer referencia a que por su cercanía con Alba Marina Arias, en razón a que trabajaron en la misma entidad demandada, esta desempeñó las funciones propias de auxiliar de enfermería en urgencias, en crecimiento y desarrollo, en psicología, en consulta externa, cumpliendo turnos y recibiendo instrucciones de las enfermeras jefes respecto al desarrollo de su labor. También es determinante el testimonio como indicio respecto a que pese a que la demandante estuvo vinculada a través de Cooperativas de Trabajo Asociado,

como se referenció previamente con la documental allegada, la actora siempre prestó sus servicios en el hospital San Antonio de Villamaría como auxiliar de enfermería, lo que denota que en realidad su vinculación a través de los mecanismos de asociación se realizó para suministrar personal a una entidad pública o privada, desatendiendo la prohibición establecida en la Ley 79 de 1988.

Así, refirió la testigo que la demandante trabajó desde 2001 hasta 2015, ya que aquella se pensionó en el 2008, sin embargo, siguió en contacto con ella. No existe para la testigo diferenciación entre si el tiempo en el que la demandante prestó sus servicio en la E.S.E. demandada fue vinculada a través de una cooperativa, o directamente con el hospital, precisamente porque no existió tal diferencia, en razón a que el tiempo en el que la demandante prestó sus servicio como auxiliar de enfermería, incluso con anterioridad a la fecha de suscripción de los contratos de prestación de servicios, lo realizó como consecuencia del suministro de personal que las cooperativas demandadas realizaron a la entidad demandada, contraviniendo la normativa sobre las organizaciones cooperativas previamente citada.

Ante la pregunta del Despacho sobre la vinculación de la señora Alba Marina Arias con el hospital o algún otro intermediario, la testigo indicó lo siguiente:

“(...) Pregunta Despacho: ¿Sabe usted si la vinculación de la señora Alba Marina Arias era directamente con la entidad o había algún intermediario? Responde: No, con la entidad directamente (...)”

En lo que respecta al uniforme, es claro la testigo, al igual que como lo manifestó el testigo JOSE DUVAN AGUIRRE, que la demandante debía usarlo de forma obligatoria, lo que pasaba era que en busca de adelantar maniobras para evitar que se evidenciara de manifiesto una verdadera relación laboral entre las partes, la ESE demandada exigía a la actora que lo sufragara con sus propios medios, lo que no desplaza la obligatoriedad de su porte.

La testigo MARIA EUGENIA ZAPATA JIEMENEZ en su intervención refirió que:

“(...) Pregunta Despacho: (...) Sírvase indicarle al Despacho inicialmente si conoce a la señora Alba Marina Arias, hace cuánto y por qué la conoce: Responde: Yo a ella la conocí desde que empezó a trabajar en el hospital de Villamaría, yo ya llevaba como 25 años trabajando en el hospital cuando ella ingresó y yo me retiré en el 2014 y allá quedó trabajando cuando yo me retiré. Pregunta Despacho: ¿Recuerda usted en qué época empezaron las labores de la señora Alba Marina Arias con el hospital San Antonio de Villamaría? Responde:

En el 2001. Pregunta Despacho: Infórmele al Despacho qué tipo de vinculación tenía la señora Alba Marina con el hospital San Antonio de Villamaría. Responde: Ella era auxiliar de contrato. Pregunta Despacho: ¿Contrato se refiere a contrato laboral o a contrato de prestación de servicios? Responde: Contrato de prestación de servicios, porque a nosotros nos llamaban de planta, que éramos nombradas por el hospital. Pregunta Despacho: Muy bien, indíqueme por favor al Despacho cuáles eran las actividades o labores desempeñabas por la señora Alba Marina para el hospital San Antonio de Villamaría. Responde: Ella desempeñaba las mismas funciones que cualquier auxiliar desempeñaba en el hospital, las mismas que desempeñaba yo como auxiliar de planta. Pregunta Despacho: ¿Nos podría por favor especificar un poco más esas funciones? Responde: Nos desempeñábamos en sala de partos, en urgencias, en consulta externa, en remisiones cuando nos tocaba en urgencias y nos tocaba salir con un paciente remitido por allá a otro pueblo a alguna parte. Salíamos a hacer esas revisiones. Pregunta Despacho: Infórmele por favor al Despacho si la señora Alba Marina Arias debía cumplir con algún tipo de horario en la entidad. Responde: Ella desempeñaba el mismo horario de nosotras los de planta. Pregunta Despacho: ¿Cómo era ese horario? Responde: Eran turnos de 12 horas de 7 de la mañana a 7 de la noche, o de 7 de la noche a 7 de la mañana. A veces había turnos también hubo una época donde había turnos partidos que eran turnos de 7 de la mañana a 1 de la tarde y volver de las 7 de la noche a las 7 de la mañana del día siguiente. Pregunta Despacho: Indíqueme por favor al Despacho si la señora Alba Marina como auxiliar en la entidad debía rendir algún tipo, debía recibir algún tipo de orden por parte de algún empleado o funcionario de la entidad. Responde: La que nos daba las órdenes era la jefe de enfermería. Pregunta Despacho: ¿Qué tipo de órdenes emitía la jefe de enfermería para la señora Alba Marina?. Responde: No, pues, la asignación se daba según el servicio donde se iba a desempeñar (...) Pregunta Despacho: Indíqueme por favor al Despacho si la señora Alba Marina podía desempeñar sus funciones de manera autónoma e independiente o si por el contrario, debía recibir directrices constantes de algún empleado o funcionario de la entidad. Responde: No, lo que le asignaran y nada más. Allá no puede uno hacer lo que se le venga pues, no, lo que le asignan a uno eso es lo que uno hace. Pregunta Despacho: ¿Podía la señora Alba Marina disponer de qué horario prestaba ala entidad? Responde: Según el turno que les pusieran, si les ponían un corrido era de 7 de la mañana 7 de la noche, y si era una noche era de 7 de la noche a 7 de la mañana, y si era mañana y noche entonces se hacia de 7 de la mañana a 1 de la tarde y regresaba a las 7 de la noche hasta las 7 de la mañana del día siguiente. Pregunta Despacho: ¿Qué sucedía si la señora Alba Marina se debía ausentar en ese turno asignado?, ¿cuál era el procedimiento? Responde: Lo solicitaba por escrito el permiso, o a veces hasta la conseguía ella misma conseguía quien la pudiera reemplazar para que le pudieran dar fácil el cambio de turno. Pregunta Despacho: Infórmele por favor al Despacho si la vinculación de la señora Alba Marina Arias con el hospital fue

durante todo el término en el cual usted estuvo, es decir, hasta el año 2014, o si se vio interrumpida por algún motivo. Responde: No, ella trabajó derecho, desde que se vinculó al hospital hasta que yo me retiré quedó trabajando allá. Pregunta Despacho: ¿Sabe usted si existió algún intermediario en esa contratación de la señora Alba Marina Arias? Responde: No, fue siempre con el hospital. (...)”

La testigo no solo cuenta un relato de hechos coherentes, sino que también refuerza la condición de subordinación a la que se veía sometida la demandante en su calidad de auxiliar de enfermería por parte de funcionarios de la entidad demandada, sin olvidar que también hace referencia a los extremos temporales que, por demás, concuerdan con la documental allegada al proceso y a la que se hizo referencia con antelación.

Alba Marina Aria como auxiliar de enfermería debía cumplir con las funciones y actividades que en los mismos términos eran asignadas al personal homólogo de planta, debía cumplir a cabalidad con los turnos asignados, y si bien se presentaba la posibilidad de cambiar el turno, tal situación no hace que no debiera prestar personalmente el servicio; al contrario, refuerza la ausencia de autonomía e independencia en el desarrollo de sus funciones porque para ello debía contar con la autorización del jefe respectivo.

También resalta el Despacho que para esta testigo, al igual que para la testigo MARIA ZULMA GIRALDO GALLEG0, ALBA MARINA ARIAS siempre prestó sus servicios directamente al hospital San Antonio de Villamaría, precisamente porque su vinculación a través de las cooperativas demandadas pasó desapercibida para el resto de personal de la entidad porque las funciones y actividades siempre las desempeñó en la sede de la entidad demandada, evidenciándose una vez más que lo que se presentó fue un suministro de personal por parte de las cooperativas demandas en favor de la ESE también convocada a este proceso, desnaturalizando la génesis propia del contrato asociativo celebrado.

También da cuenta la testigo que no existió interrupción alguna en el servicio que Alba Marina Arias prestó a la entidad demandada como auxiliar de enfermería.

Debe resaltar el Despacho que el Ministerio Público cuestionó a la testigo sobre la claridad que presentó respecto a la fecha en la que recordaba ingresó la señora Alba Marina a prestar sus servicios al hospital, pues indicó con vehemencia que correspondía al año 2001, ante lo cual se contestó por la testigo lo siguiente: “(...) Ah, sí, claro. Yo tengo muy claro la fecha, pues, más o menos el año en que ella

entró porque en esa época yo me había separado de mi esposo, y entonces por eso me acuerdo de más o menos el tiempo que yo llevaba de separada con el tiempo que ella empezó en el hospital.”

La anterior manifestación de la testigo, en criterio de este Despacho, y atendiendo a las reglas de la sana crítica, se torna coherente, en tanto una situación relativa a la finalización de una relación de índole conyugal puede ser de fácil recordación y por tanto servir de marco de referencia para atar al mismo periodo otras situaciones que a la par se hayan presentado en ese tiempo y que por ende permitan en el testigo una referencia mayor respecto de ella que de otro tipo de situaciones en otros periodos.

La testigo NORA CONSUELO JURADO HINCAPIÉ también dio cuenta de conocer a la demandante dado que aquella indicó trabajar como auxiliar de enfermería en el hospital San Antonio de Villamaría desde noviembre de 1984 hasta marzo de 2017, hizo referencia a las actividades que desempeñaba la demandante con la demandada relacionadas con las correspondientes a auxiliares de enfermería, hizo alusión a los turnos que debía cumplir Alba Marina, a que debía cumplir órdenes e instrucciones, a que la vinculación de la demandante no fue interrumpida.

Por último, la testigo YENIFFER ALEJANDRA CAICEDO HERNÁNDEZ también dio cuenta de las manifestaciones de subordinación que la entidad demandada tenía con respecto a la señora Alba Marina Arias Betancur evidenciadas durante la vinculación de aquella con el hospital San Antonio de Villamaría, esto es, desde el 2012 a 2015, las funciones desempeñadas por la demandante en urgencias, atención en partos, consulta externa; cumplimiento de horario relacionada con turnos corridos o noche definidos por la jefe de servicio; la ausencia de autonomía de la demandante para cambiar su turno, en tanto debía tener autorización de la jefe y de talento humano; y que la actora estuvo, durante el tiempo en que la testigo trabajó con el hospital, trabajando de tiempo corrido sin vacaciones o descansos e hizo referencia a la retribución recibida por sus servicios.

Reitera el Despacho que para el caso de las auxiliares de enfermería se ha establecido jurisprudencialmente una presunción que su vinculación está dotada de subordinación en especial atención a las funciones que desempeñan, correspondiéndole entonces a la entidad demandada desvirtuar dicha presunción.

Pese a lo anterior, con los testimonios rendidos por JOSE DUVÁN AGUIRRE, MARIA CONSUELO JURADO HINCAPIÉ, MARIA ZULMA GIRALDO GALLEGU, ALBA MARINA ARIAS y YENIFFER ALEJANDRA CAICEDO HERNÁNDEZ, se evidenció la subordinación a la que se veía sometida la demandante respecto al cumplimiento de órdenes, la sujeción a un horario de trabajo, la ausencia de autonomía para desempeñar sus funciones, la necesidad de solicitar permisos para ausentarse y el sometimiento a directrices generales de la entidad emitidas por el área de talento humano y las enfermeras jefes. Tales circunstancias refuerzan probatoriamente la tesis de la parte demandante, aunado a la presunción ya establecida.

Ahora bien, debía entonces la entidad demandada desvirtuar tal presunción, lo cual no ocurrió como pasa a exponerse.

En primera medida, la entidad demandada desistió de la recepción de los testimonios decretados a su instancia en audiencia inicial referente a recibir la declaración de LUISA FERNANDA DUQUE CARDONA, ANDRÉS FELIPE GARICA RÍOS y WILLIAN ANDRES ESTRADA BLANDÓN.

Pese a que consideró necesario insistir en la recepción de los testimonios de los señores STELLA VALLEJO RENDÓN y JAIRO ENRIQUE GONZÁLEZ RAMIREZ que no asistieron a rendir testimonio en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 04 de octubre de 2022, en la continuación de la referida audiencia adelantada el 03 de noviembre del mismo año la apoderada del extremo activo manifestó que desistía de la recepción de los referidos testimonios; también desistió de la declaración de parte de la demandante.

Es decir, fue la misma parte pasiva la que atendiendo a sus facultades optó por desistir de la prueba testimonial y de la declaración de parte que había solicitado con la contestación de la demanda, omitiendo, al menos en punto de este medio probatorio, desvirtuar la presunción de subordinación que recae sobre la parte demandante, y, en todo caso, demostrar que la parte actora era autónoma en el desempeño de las labores que desempeñaba.

Por otro lado, con los contratos de prestación de servicios allegados con la contestación de la demanda no se desvirtúa la existencia de subordinación, ni dicha documental constituye elemento probatorio para concluir que el pacto de no subordinación allí establecido es una verdadera manifestación de tal característica, atendiendo al principio de primacía de la realidad sobre las formas. Así, no basta con indicar que no existió un contrato realidad por allegar los contratos de prestación de servicios que establezcan tal cláusula; debe

demostrarse, desde el punto de vista probatorio, que el contratista gozaba de la autonomía e independencia que caracteriza a este tipo de vinculación.

Se destaca que el conjunto de testimonios resultan coherentes entre sí sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la demandante ejecutó los objetos contractuales señalados y prestó sus servicios en la entidad demandada como auxiliar de enfermería, independientemente de que haya sido contratada de manera directa por la ESE, o a través de cooperativas de trabajo asociado, pues se concluye que tal situación a través de las cooperativas de trabajo asociado COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO Y PRODUCTIVIDAD SOLIDARIA – COOPROSOL y COOPERATIVA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS VARIOS – COOPRESERVA se realizó con la finalidad de efectuar suministro de personal al servicio de la ESE Hospital San Antonio de Villamaría, lo que lleva consigo que deba entenderse a la demandante como trabajadora de la entidad beneficiaria de dicho suministro, haciendo solidariamente responsable a las organizaciones solidarias y a la beneficiaria del suministro de personal de las obligaciones pecuniarias establecidas en favor del trabajador asociado.

Se encuentra acreditado también que el ejercicio de las actividades de la accionante no tuvo por objeto la prestación de servicios especializados, ni cubrir las labores de atención de pacientes de manera temporal. Por el contrario, su labor fue ejecutada por el término de varios años continuos para lo cual se asignaban turnos por parte de la entidad para desempeñar sus funciones.

Adicionalmente, las labores desempeñadas por la auxiliar de enfermería no podían desarrollarse en un lugar diferente a las instalaciones de la Empresa Social del Estado; esta circunstancia lo obligaba a cumplir con un horario.

Así las cosas, de todo el material probatorio allegado al presente trámite se tiene que en efecto, además de la prestación personal del servicio por parte de **ALBA MARINA ARIAS BETANCUR**, en la relación “contractual” con la **E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARIA** existió subordinación.

El Juzgado considera que no obstante la presunción que cobija a la demandante, logró acreditarse, además, el elemento de subordinación que identifica la relación laboral de un contrato de prestación de servicios; este elemento se presentó de manera permanente en la ejecución de los contratos y se concretó en las funciones que la accionante debía desempeñar en la dependencias de la entidad, con los medios brindados por la **E.S.E. HOSPITAL**

DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARIA y durante los turnos de trabajo previamente informados por la empresa social accionada.

iii) La retribución.

Al respecto, con las copias de los contratos de prestación de servicios y con los comprobantes de egreso emitidos por la entidad demandada pudo demostrarse claramente como se pactaba una retribución por los servicios prestados como auxiliar de enfermería, lo que da por probado este elemento.

iv) Extremos laborales

Conforme con la documental aportada al proceso, se tiene que la demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería de la ESE Hospital Departamental San Antonio de Villamaría, durante los siguientes periodos:

Tipo de vinculación	Entidad con la que se hacia la vinculación	Inicio	Finalización	Interrupción respecto al periodo anterior
Directa	E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaría.	Junio/2001	Julio/2001	
Directa	E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaria.	Septiembre/2001	Diciembre/2001	1 mes
Directa	E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaria.	Febrero/2002	Marzo/2002	1 mes
Directa	E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaria.	Julio/2002	Septiembre/2002	2 meses
Directa	E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaria.	Noviembre/2002	Diciembre/2002	1 mes
Directa	E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaria.	Enero/2003	Febrero/2003	No hubo interrupción

Directa	E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaria.	Abril/2003	Abril/2003	1 mes
Convenio de Trabajo Asociado	COOPRESERV A	01/05/2003	30/04/2008	No hubo interrupción
Directa	E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaria.	Mayo/2008	Septiembre/2008	No hubo interrupción
Directa	E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaria.	Diciembre/2008	Diciembre/2008	2 meses
Directa	E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaria.	Enero/2009	Enero/2009	No hubo interrupción
Convenio de Asociación Indefinido	Cooperativa de Trabajo Asociado Productividad Solidaria – en liquidación – COOPROSOL C.T.A.	01/02/2009	31/01/2012	No hubo interrupción
Directa	E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaria.	Febrero/2012	Diciembre/2012	No hubo interrupción
Contrato de prestación de servicios	E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaria.	Enero/2013	Agosto/2015	No hubo interrupción

Lo anterior teniendo en cuenta la documental allegada al proceso conforme se hizo referencia en el punto “i) La prestación personal del servicio” de esta providencia.

Debe también indicar el Despacho que si bien se allegó certificación expedida por la tesorera de la entidad demandada en la que se indica que la señora ALBA MARINA ARIAS BETANCUR “prestó el servicio como Auxiliar de enfermería en la

E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARIA, CALDAS, desde el 1 de Abril de 2.001 hasta el 31 de Agosto de 2.015.”³⁰, tal certificación no puede tomarse de forma aislada para indicar que en ese lapso se presentó una vinculación a través de contratos de prestación de servicios, por ejemplo, u otra forma de vinculación, o si fue a través de contrato de trabajo, porque la certificación no da claridad al respecto, y también obran en el expediente, tal como se hizo referencia con antelación, certificaciones de vinculaciones a través de cooperativas de trabajo asociados para periodos dentro del lapso comprendido entre 2001 a 2015 que dan cuenta de la existencia de otras formas de vinculación.

Por otro lado, en los hechos de la demanda se indica lo siguiente:

“TERCERO: Cronológicamente los periodos encajan perfectamente como paso a explicarlo:

A- Como trabajadora directa, sin intermediación recibiendo salario de parte del hospital desde el 1 de abril de 2.001 hasta el 30 de abril de 2.003 (...)”

C- Desde el 1 de mayo de 2.008 hasta el 31 de enero de 2.009 regresó la contratación directa con el HOSPITAL, en las mismas condiciones que venían prestándolos desde su vinculación (...)”

La parte demandante hace referencia a que durante dichos periodos tuvo contratación directa con el hospital y devengó “salario”, pero más allá de eso no allegó al expediente elementos de prueba que permitieran verificar que durante dichos lapsos se presentó una contratación a través de prestación de servicios sin derecho a prestaciones sociales, o una contratación verbal en la que se recibió salario pero no prestaciones sociales, u otro tipo de vinculación. Los comprobantes de egreso allegados con la demanda y arrimados también por la entidad demandada dan cuenta que se recibieron unos pagos en favor de la actora por “servicios prestados como auxiliar de enfermería”, pero de los mismos no puede establecerse, porque no se probó, si correspondieron a una vinculación a través de prestación de servicios, u otra forma de vinculación en la que no se reconocieran prestaciones sociales.

Es decir, tales comprobantes de egreso si bien son soporte para probar la retribución pagada a la demandante como consecuencia de una prestación de un servicio con la entidad demandada, no lo son para probar el tipo de vinculación que la actora tuvo con la ESE Hospital San Antonio de Villamaría, en razón a

³⁰ Archivo “05AnexosDemanda” del cuaderno “C01Principal” del expediente electrónico, p. 6

que se torna necesario saber si la vinculación que existía es de aquellas que no traen consigo el reconocimiento de prestaciones sociales, como sucede, por ejemplo, con la contratación a través de contratos por prestación de servicios en los términos del Estatuto General de la Contratación Pública.

Como no se probó que durante los periodos comprendidos entre el 01 de abril de 2001 hasta el 30 de abril de 2003 y el 01 de mayo de 2008 hasta el 31 de enero de 2009 la vinculación directa que tuvo la demandante con la entidad demandada fuera de aquellas que no contemplan el pago de prestaciones sociales, y es precisamente esto lo que se pretende en la presente litis, el Despacho negará las pretensiones de la demanda en lo que a estos periodos respecta.

Ahora bien, durante los periodos comprendidos entre el 01 de mayo de 2003 al 30 de abril de 2008, y el 01 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2012 prestados para la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Villamaría como consecuencia de los convenios de asociación suscritos con las Cooperativas de Trabajo Asociado COOPRESERVA y COOPROSOL, es claro para el Despacho que la actora prestó sus servicios para la ESE demandada desempeñándose como auxiliar de enfermería, recibiendo retribución y prestando personalmente el servicio, circunstancias que originaron una relación laboral distinguida por la permanencia y continuidad en su ejecución.

En el presente caso hubo subordinación, habida cuenta de que el desempeño de las funciones por parte de la demandante estaba sujeto a las medidas y órdenes de la ESE accionada, tales como: un horario prácticamente inmodificable debido al funcionamiento de la institución y turnos pactados, imposibilidad en la prestación del servicio por otras personas, sino en forma directa, y, además, la situación referente a que debía cumplir diferentes labores relacionadas con la entidad.

Conforme lo contempla el artículo 5 del Decreto 4588 de 2006, compilado en el 2.2.8.1.5 del Decreto 1072 de 2015, el objeto social de las cooperativas de trabajo asociado es *«el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos se deberá precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales, sobre la materia»*.

Así, y retomando la jurisprudencia citada en precedencia, se torna inviable que la cooperativa de trabajo asociado, en virtud del contrato de asociación, utilice el

mismo para suministrar personal a una entidad pública o privada, o desempeñarse como empresas de intermediación laboral como lo son, por ejemplo, las Empresas de Servicios Temporales con los condicionamientos que establece la Ley 50 de 1990, artículos 71 y siguientes.

Las anteriores prohibiciones fueron desatendidas claramente por parte de las Cooperativas de Trabajo Asociado demandadas, en tanto utilizaron la modalidad de vinculación que tenía la actora con ellas para enviarla a la ESE accionada a desempeñar sus servicios como auxiliar de enfermería, con los elementos propios de un contrato de trabajo con la referida institución hospitalaria como subordinación prestación personal del servicio y remuneración.

En los términos del Consejo de Estado³¹, el asociado que acuda a estas prácticas se considerara trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo. De tal manera que el tercero contratante, la Cooperativa y sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas generadas a favor del trabajador asociado.

Por lo anterior, se determinará la responsabilidad de la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Villamaría como consecuencia de la condena que se imponga por los periodos comprendidos entre el 01 de mayo de 2003 al 30 de abril de 2008, y del 01 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2012, periodos frente a los cuales considera el Despacho que existió una verdadera relación de índole laboral entre la señora Alba Marina Arias Betancur y la ESE demandada como beneficiario del suministro ilegal de personal efectuado por las cooperativas demandadas también en este proceso.

Por último, concluye el Despacho que durante el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2013 y el 31 de agosto de 2015, existió una verdadera relación de índole laboral entre la señora Alba Marina Arias Betancur y la ESE Hospital Departamental San Antonio de Villamaría encubierta bajo la figura de contratos de prestación de servicios que no generaban el derecho a pago de prestaciones sociales, pero cuya realidad material evidencia una prestación personal del servicio, una retribución, y una continuidad subordinación como consecuencias de las órdenes y directrices que impartían los representantes de la entidad demandada, el cumplimiento de horarios, la sujeción a turnos obligatorios, la imposibilidad de cesión de los contratos sin autorización de la contratante, y el desempeño propios de las funciones que atañen a las auxiliares de enfermería.

³¹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, fallo de 27 de abril de 2016, expediente 66001-23-31-000-2012-00241-01 (2525-14).

En conclusión, los periodos en los que considera el Despacho que existió una verdadera relación laboral entre la ESE demandada y la señora Alba Marina Arias Betancur corresponden a los siguientes:

- Entre el 01 de mayo de 2003 al 30 de abril de 2008, prestados a la ESE Hospital Departamental San Antonio de Villamaría a través de la Cooperativas de Trabajo Asociado COOPRESERVA.

- Entre el 01 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2012 prestados para la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Villamaría a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPROSOL.

- Entre el 01 de enero de 2013 al 31 de agosto de 2015 a través de contratos de prestación de servicios con la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Villamaría.

Así las cosas, al asunto le es aplicable el principio de *«la primacía de la realidad sobre formalidades»*, pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados públicos de la planta de personal de la entidad, toda vez que desempeñaba personalmente la labor en un cargo que revestía las características de permanente y necesario para su funcionamiento, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia

2.5 Conclusión:

De lo expuesto, resulta evidente que la situación de la accionante se enmarca en una relación laboral y no de prestación de servicios; durante su vinculación se encontraba subordinada a las directrices impartidas por la entidad demandada lo que deja de ser una mera coordinación para convertirse en verdaderas órdenes de cómo, cuándo y dónde prestar sus labores.

También se evidenció que pese a que la accionada estuvo vinculada a través de cooperativas de trabajo asociado durante algunos años, siempre desempeñó sus actividades en y para la ESE demandada como auxiliar de enfermería, denotándose un verdadero suministro de personal por parte de tales organizaciones asociativas en favor de la entidad pública demandada, aspecto prohibido por la Ley 79 de 1988 y desarrollado ampliamente por la jurisprudencia antes citada, que lleva a entender que la trabajadora es dependiente de la entidad beneficiaria del suministro de personal, y que hace

responsable a dicha entidad de las obligaciones pecuniarias que se deriven en favor del trabajador asociado.

Al probarse la prestación personal de manera continua y por un tiempo prolongado, cumpliendo una jornada laboral por turnos y percibiendo a cambio de sus servicios una remuneración, se configura la existencia del contrato realidad quedando desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter sustancial laboral³² – configuración de contrato realidad alegado por la parte actora –. Con base en estos mismos argumentos se declarará no probada la excepción de *falta de configuración de los elementos que integral el contrato de trabajo* propuesta por la entidad demandada.

Los periodos en los que se encuentra acreditada la existencia de una verdadera relación laboral encubierta a través de convenios con cooperativas de trabajo asociados y contratos de prestación de servicios corresponden a los siguientes:

- Entre el 01 de mayo de 2003 al 30 de abril de 2008, prestados a la ESE Hospital Departamental San Antonio de Villamaría a través de la Cooperativas de Trabajo Asociado COOPRESERVA.

- Entre el 01 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2012 prestados para la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Villamaría a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPROSOL.

- Entre el 01 de enero de 2013 al 31 de agosto de 2015 a través de contratos de prestación de servicios con la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Villamaría.

III. Restablecimiento del derecho.

Una de las consecuencias de la relación laboral es precisamente otorgar al trabajador los derechos, obligaciones y beneficios inherentes a su condición, siendo la justificación principal para reconocer dicho *status*.

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño; esta, desde luego, no podrá consistir en un restablecimiento del derecho

³² Ver sentencia del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante, sentencia del 10 de febrero de 2005.

como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

En ese orden de ideas, se reconocerá el *contrato realidad* existente entre la señora **Alba Marina Arias Betancur** y la **E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Villamaría** durante los siguientes periodos: **(i) 01 de mayo de 2003 al 30 de abril de 2008, (ii) 01 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2012, y (iii) 01 de enero de 2013 al 31 de agosto de 2015.** En consecuencia, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2013 al 31 de agosto de 2015 una suma equivalente de las prestaciones sociales legales ordinarias pagadas a quienes desempeñan empleos de características similares a la actividad cumplida por la parte actora, sin incluir prestaciones extralegales, conforme el criterio adoptado por el Consejo de Estado³³. Para el efecto, se tomará como base de liquidación el valor pactado en los diferentes contratos.

Para los periodos en los que la vinculación se realizó a través de las cooperativas de trabajo asociado demandadas, y dado que se entiende que la demandante fue trabajadora dependiente de la ESE Hospital Departamental San Antonio de Villamaría solo para los efectos que se indican en esta providencia, se ordenará pagar una suma equivalente de las prestaciones sociales legales ordinarias pagadas a quienes desempeñan empleos de características similares a la actividad cumplida por la parte actora, sin incluir prestaciones extralegales, tomando como base de liquidación el valor percibido por una auxiliar de enfermería de la planta de personal de la ESE demandada o un empleo equivalente, descontando lo que en todo caso se haya pagado por prestaciones sociales, si se efectuó dicho pago.

La liquidación de prestaciones sociales deberá realizarse de manera proporcional al tiempo laborado por la señora **ALBA MARINA ARIAS BETANCUR**.

3.1 Prescripción.

³³ Expediente 660012333000201300091 01 (237-2014).«el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a la declaración de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público, por lo que no es posible reconocer prestaciones sociales de carácter extralegal que devenguen otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado, máxime cuando la accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas».

La posición del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016³⁴ hace referencia a que (...) *quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual*". Posteriormente, en sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021, estableció *"un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario"*.

En el caso y de acuerdo con las pruebas recaudadas en el proceso, la última relación laboral de la señora **Alba Marina Arias** terminó el 31 de agosto de 2015, por tanto contaba hasta el 31 de noviembre de 2018 para presentar su reclamación.

La accionante presentó escrito ante la entidad solicitando el reconocimiento de las pretensiones el 16 de febrero de 2016³⁵, por tanto, no se configuró la prescripción de sus derechos respecto al periodo comprendido entre el **01 de enero de 2013 al 31 de agosto de 2015**.

Ahora bien, respecto a los demás periodos en los que se reconocerá la existencia de una relación laboral entre la actora y la ESE demandada, esto es, **del 01 de mayo de 2003 al 30 de abril de 2008 y del 01 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2012**, se tiene que, en principio, estos estarían afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Sin embargo, en la Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021, el Consejo de Estado al unificar su jurisprudencia respecto al término de prescripción para el reconocimiento de los derechos prestacionales que surgen como consecuencia de la relación laboral, también determinó que:

"150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un

³⁴ C.P Carmelo Perdomo Cuéter, Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16

³⁵ Archivo "05AnexosDemanda", p. 2 a 5

periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, **sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.**

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurran todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse

Del anterior pronunciamiento jurisprudencial puede concluirse que el Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ocupó de estudiar, en sentencia de unificación, lo concerniente a la prescripción cuando se trata de interrupciones presentadas en diferentes contratos de prestación de servicios que encubrían una relación laboral, no respecto a otras formas de vinculación, como, por ejemplo, la referente al suministro ilegal de personal a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, y determinó que en todo caso tal criterio no constituía una camisa de fuerza para el juez de lo contencioso administrativo, quien debía analizar cada caso concreto y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

Como se indicó líneas atrás de este proveído, no se probó que durante los periodos comprendidos entre el 01 de abril de 2001 hasta el 30 de abril de 2003 y el 01 de mayo de 2008 hasta el 31 de enero de 2009 la vinculación directa que tuvo la demandante con la entidad demandada careciera del pago de prestaciones sociales porque no se logró establecer, siquiera, la forma de vinculación para catalogarla como una dotada o no del derecho al pago de tales emolumentos, pero sí se logró determinar que prestó los servicios como auxiliar de enfermería en la ESE demandada.

Así, considera el Despacho que durante los periodos de interrupción *aparentes* que se presentarían entre los periodos que con esta sentencia se reconocen como de existencia de una verdadera relación laboral la demandante prestó sus servicios a la ESE demandada, solo que a través de una forma de vinculación diferente a la de prestación de servicios o de suministro de personal por una Cooperativa de Trabajo Asociado, situación que le habría imposibilitado a la actora ejercer en su momento la reclamación que correspondiera para el reconocimiento de la relación laboral que ahora se evidencia.

Durante el primer periodo de *interrupción* que correspondería del 01 de mayo de 2008 al 31 de enero de 2009, si bien supera el término de 30 días, la demandante estuvo vinculada de forma *directa* con la ESE demandada, como se evidencia con los comprobantes de egreso de los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre y diciembre de 2008; y enero de 2009³⁶, solo que no se probó por la parte demandante si la vinculación directa que se alega en dicho periodo estuvo o no revestida del pago de prestaciones sociales, porque no se probó la forma de vinculación en sí misma.

Durante el segundo periodo de interrupción que correspondería del 01 de febrero de 2012 al 31 de diciembre de 2012, si bien supera el término de 30 días, la demandante también estuvo vinculada de forma *directa* con la ESE demandada, como se evidencia con los comprobantes de egreso de los meses de febrero, marzo, abril, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012³⁷, solo que tampoco se probó por la parte demandante si la vinculación directa que se alega en dicho periodo estuvo o no revestida del pago de prestaciones sociales, porque no se probó la forma de vinculación en sí misma.

Así las cosas, y con los argumentos antes expuestos, encuentra el Despacho que a la demandante no le era exigible efectuar la reclamación por los periodos

³⁶ *Ibidem*, p. 14 a 43

³⁷ Archivo “51RespuestaRequerimientoHospitalSanAntonio” del cuaderno “C01PrincipalA” del expediente electrónico.

reconocidos en esta sentencia durante los tramos de interrupción que atrás se definen, en cuanto durante los mismos continuó vinculada con la E.S.E. demandada.

En conclusión, no se declarará la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

3.2 Aportes en seguridad social.

Con base en la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado³⁸, se ordenará a la E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaría tomar (durante el tiempo comprendido entre el 01 de mayo de 2003 al 30 de abril de 2008 y 01 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2012) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (sueldo y demás factores salariales percibidos por una auxiliar de enfermería de la planta de personal de la entidad demandada o un empleo equivalente y que aplican para el efecto), mes a mes, teniendo como base de liquidación los mismos conceptos.

Se ordenará también a la E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaría tomar (durante el tiempo comprendido entre el 01 de enero de 2013 al 31 de agosto de 2015) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (sueldo y demás factores salariales pagados y que aplican para el efecto), mes a mes, teniendo como base de liquidación el valor pactado en cada uno de los contratos.

Si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, deberán cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo laboral y en la eventualidad que no la hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador. En todo caso, no habría lugar a devolución alguna en favor de la demandante por estos conceptos, conforme con lo dispuesto por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 09 de septiembre de 2021³⁹

³⁸ C.P Carmelo Perdomo Cuéter, Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUIJ2-005-16 y Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia del 19 de febrero de 2009, radicado: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05).

³⁹ Expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016). La regla de unificación fijada es «*que frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal*»

Igualmente se declarará que el tiempo laborado para la **E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaría** durante los siguientes periodos: **i) 01 de mayo de 2003 al 30 de abril de 2008, (ii) 01 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2012, y (iii) 01 de enero de 2013 al 31 de agosto de 2015**, se debe computar para efectos pensionales.

Totas las sumas aquí reconocidas deberán ser ajustarse al contenido del artículo 178 del C.P.A.C.A. de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación).

La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

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

3.3 Sanción moratoria.

En las pretensiones de la demanda el actor reclama el pago a título de sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo. Esta solicitud será negada porque conforme a la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en este aspecto⁴⁰, la obligación de pagar las prestaciones sociales surge con la sentencia que las reconoce, no antes.

IV. Cumplimiento de la sentencia.

En el presente caso, la demandada cumplirá la presente providencia en la forma y términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

V. Costas.

⁴⁰ Sentencias del 05 de diciembre de 2019, C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp 1667-17 y del 25 de octubre de 2018, C.P Carmelo Perdomo Cueter; exp 28821-16; entre otras.

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandada **E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Villamaría**, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se generaron gastos procesales y se evidenció la intervención del apoderado judicial de la accionada en cada una de las etapas del proceso; ello conforme con recientes pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴¹, en donde se advierte la necesidad de atender al criterio objetivo-valorativo al momento de estudiar sobre la imposición de costas. Se fijan Agencias en derecho por el equivalente a tres (03) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes⁴².

La liquidación de las costas se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de *falta de configuración de los elementos que integran el contrato de trabajo* propuesta por la **ES.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: SE DECLARA la existencia de la relación laboral entre la **ES.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA** y la señora **ALBA MARINA ARIAS BETANCUR** durante los siguientes periodos: i) **01 de mayo de 2003 al 30 de abril de 2008**, (ii) **01 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2012**, y (iii) **01 de enero de 2013 al 31 de agosto de 2015**.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del oficio DG760-082 de noviembre de 2016, procedente de la **ES.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA** por medio del cual se negó la existencia del vínculo laboral con la accionante.

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

⁴² Según el Acuerdo No. PSAA-10-554 de 2016 que rige para los procesos iniciados a partir de su vigencia.

CUARTO: A título de indemnización y por las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión, la **ES.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA PAGARÁ** a **ALBA MARINA ARIAS BETANCUR**:

- Por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2013 al 31 de agosto de 2015, una suma equivalente de las prestaciones sociales legales ordinarias pagadas a quienes desempeñan empleos de características similares a la actividad cumplida por la parte actora, sin incluir prestaciones extralegales. Para el efecto, se tomará como base de liquidación el valor pactado en los diferentes contratos.
- Por el periodo comprendido entre el 01 de mayo de 2003 al 30 de abril de 2008, y del 01 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2012, una suma equivalente de las prestaciones sociales legales ordinarias pagadas a quienes desempeñan empleos de características similares a la actividad cumplida por la parte actora, sin incluir prestaciones extralegales. Para el efecto, se tomará como base de liquidación el valor percibido por una auxiliar de enfermería de la planta de personal de la ESE demandada o un empleo equivalente, descontando lo que en todo caso se haya pagado por prestaciones sociales, si se efectuó dicho pago.
- Tomar (durante el tiempo comprendido entre el 01 de mayo de 2003 al 30 de abril de 2008 y 01 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2012) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (sueldo y demás factores salariales percibidos por una auxiliar de enfermería de la planta de personal de la entidad demandada o un empleo equivalente y que aplican para el efecto), mes a mes, teniendo como base de liquidación los mismos conceptos.
- Tomar (durante el tiempo comprendido entre el 01 de enero de 2013 al 31 de agosto de 2015) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (sueldo y demás factores salariales pagados y que aplican para el efecto), mes a mes, teniendo como base de liquidación el valor pactado en cada uno de los contratos.

Si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, **COTIZAR** al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo laboral y en la

eventualidad que no la hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador, conforme a la parte motiva de esta decisión. En todo caso, no habría lugar a devolución alguna en favor de la demandante por estos conceptos.

QUINTO: La **E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA** hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del C.P.A.C.A, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la siguiente fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

SEXTO: La **E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA DARÁ** cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A, **PREVINIÉNDOSE** a la parte demandante de la carga prevista en el inciso 2º del artículo 192 ibídem.

SÉPTIMO: DECLÁRESE que el tiempo laborado por la señora **ALBA MARINA ARIAS BETANCUR** durante los siguientes periodos: **i) 01 de mayo de 2003 al 30 de abril de 2008, (ii) 01 de febrero de 2009 al 31 de enero de 2012, y (iii) 01 de enero de 2013 al 31 de agosto de 2015**, se debe computar para efectos pensionales.

OCTAVO: A costa de la parte interesada, expídanse las copias auténticas que soliciten de esta providencia, teniendo en cuenta la Secretaría los lineamientos del artículo 114 del C.G.P.

NOVENO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandada **E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA**, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

Se fijan Agencias en derecho por el equivalente a tres (03) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

DÉCIMO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

DÉCIMO PRIMERO: La presente sentencia se notificará en los términos señalados en el artículo 203 del C.P.A.C.A. y contra la misma procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ

JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 11/ENE/2024


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Sentencia:	314 -2023
Radicación:	17-001-33-39-007-2018-00374-00
Acción/medio de control:	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
Demandante:	JAIME JUSEP ZULUAGA GIRALDO
Demandado:	MUNICIPIO DE VITERBO
Vinculado:	CORPOCALDAS y DEPARTAMENTO DE CALDAS

ASUNTO

Procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

I. La demanda:

El señor **JAIME JUSEP ZULUAGA GIRALDO** mediante escrito presentado el día 28 de agosto de 2018, en ejercicio del medio de control consagrado en la Ley 472 de 1998, demandó al **MUNICIPIO DE VITERBO** al considerar que se están vulnerando los derechos e intereses colectivos al goce de un ambiente sano, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de

la calidad de vida de los habitantes.

Como fundamentos fácticos de la demanda señala que en el Barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo (caldas), sobre el margen del río Risaralda, desde el año 2011 se construyó por parte de la administración municipal una estructura de protección de orilla bajo la normativa vigente, consistente en un muro en gaviones revestido en concreto, con una longitud de 30m aproximadamente, desde la cancha de futbol hacia aguas arriba, complementando con un espolón en material filtrante, el cual ha cumplido su labor eficientemente, pero necesita reparación.

El río Risaralda ha venido destruyendo el muro de contención, el cual tiene como coordenadas geográficas 5°3'32.25 N. y 75°51'55.83, y con el pasar del tiempo el río cada vez se aproxima a las viviendas del barrio Pueblo Nuevo, así como al matadero municipal ubicado en la misma localidad.

Expone que se realizó por parte CORPOCALDAS visita técnica en la cual señala que *"(...) el río Risaralda ha continuado socavando sobre esta orilla y amenazando con acabar las instalaciones de la cancha de futbol de barrio Pueblo Nuevo, donde se han presentado procesos de socavación lateral y de fondo, que ameritan una intervención inmediata"*

Que siguiendo las recomendaciones dadas por CORPOCALDAS, el municipio de Viterbo realizó intervención en el río Risaralda en el mes de agosto de 2018, la cual no cumplió los parámetros legales, ni se tuvieron en cuenta conceptos técnicos y recomendaciones de CORPOCALDAS dados en visita previa por la misma entidad, ya que la alcaldía municipal realizó intervención técnica con el fin de alterar el cauce del río Risaralda, ampliando este hacia el margen derecho del río poniendo en peligro la seguridad de los habitantes del condominio Villa del Rio.

Indica que la intervención realizada sobre el río Risaralda, barrio Pueblo Nuevo, fue suspendida por CORPOCALDAS, y hasta la fecha no se han adelantado acciones para evitar un desastre previsible técnicamente.

Con base en los anteriores fundamentos fácticos realiza las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Declarar que el municipio de Viterbo (Caldas) ha vulnerado los derechos e intereses colectivos a (i) derecho al goce de un ambiente sano, (ii) derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y (iii) la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

SEGUNDA: Amparar los derechos e intereses colectivos (i) derecho al goce de un ambiente sano, (ii) derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y (iii) la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, vulnerados por el municipio de Viterbo (Caldas).

TERCERA: Ordenar al municipio de Viterbo Caldas realizar las obras de intervención conforme las recomendaciones de la corporación regional de caldas (CORPOCALDAS) del muro de contención, el cual tiene como coordenadas geográficas 5°3'32.25 N. y 75°51'55.83 a saber:

- a. Realizar obras de infraestructura a fin de reforzar el muro de contención existente.
- b. Instalar lloraderos en el muro existente, con el fin de drenar este talud posterior y mejorar la estabilidad del mismo.
- c. Construcción de una aleta finalizando el muro, como la existente al inicio del mismo.
- d. Iniciar campaña de reforestación sobre estas orillas del río Risaralda.
- e. Demás recomendaciones de la entidad ambiental competente. (...)” (Sic)

II. Trámite Procesal

La demanda se presentó el día 28 de agosto de 2018 y fue admitida mediante auto del 30 de agosto de la misma anualidad, ordenándose la vinculación de

CORPOCALDAS¹.

Con proveído del 11 de octubre de 2018², previo traslado a las partes³, el Despacho se abstuvo de decretar la medida cautelar solicitada en la demanda.

El municipio de Viterbo contestó la demanda el 03 de octubre de 2018⁴, y CORPOCALDAS contestó la demanda el 01 de octubre de 2018⁵ solicitando la vinculación del departamento de Caldas.

Mediante auto 621 del 26 de abril de 2019 se ordenó la vinculación del departamento de Caldas⁶, entidad que contestó la demanda el 20 de mayo de 2019⁷

El 06 de septiembre de 2019 se realiza la Audiencia de Pacto declarándose fallida porque no se pudo establecer un pacto de cumplimiento⁸.

Con Auto del 06 de julio de 2020 se decretaron las siguientes pruebas:

De la parte demandante:

- Se otorgó valor probatorio a los documentos aportados visibles de folios 19 a 38 del cuaderno No. 1.
- Se requirió a CORPOCALDAS para remitiera la siguiente documentación:
(i) Estudios técnicos, recomendaciones, intervenciones, quejas, solicitudes de la comunidad, denuncias y en general toda la información que repose en dicha entidad en relación con: (a) El muro de contención ubicado en el barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, Caldas, y el cual tiene como coordenadas geográficas 5°3'32.25 N. y 75°51'55.83., y (b) Intervenciones al

¹ Archivo “01Cuaderno1” del expediente electrónico, p. 46

² *Ibidem*, p. 135

³ *Ibidem*, p. 48 a 50

⁴ *Ibidem*, p. 118 a 134.

⁵ *Ibidem*, p. 143 a 208.

⁶ Archivo “02Cuaderno1A” del expediente electrónico, p.50

⁷ *Ibidem*, p. 57 a 89.

⁸ Archivo “05GrabaciónAudienciaPacto” del expediente electrónico.

río Risaralda, realizadas por la Alcaldía Municipal de Viterbo, a partir del 11 de agosto de 2018 y hasta la fecha.

De la parte demandada, municipio de Viterbo.

- Los documentos aportados con la contestación de la demanda.

De la parte vinculada, CORPOCALDAS.

- Se otorgó valor probatorio a los documentos aportados con la contestación de la demanda visibles de folios 164 as 188 y de folios 189 a 121 del expediente.
- Se requirió al MUNICIPIO DE VITERBO, para que remitiera informe en el que se aporten: (i) Esquema de Ordenamiento Territorial del Municipio de Viterbo, incluyendo los documentos técnicos de soporte, Acuerdos Municipales de adopción y modificaciones, fichas normativas y demás documentos complementarios., (ii) Plan de manejo integral de todas las cuencas actuales, a través del cual se dio cumplimiento al proyecto que en tal sentido se ordenó ejecutar en el Plan de Ordenamiento Territorial., (iii) Estudio realizado por EMPOCALDAS donde se contempla: la adquisición de terrenos en las microcuencas, el alindramiento de las quebradas, la recuperación de franjas sobre el río Risaralda, el río Guarne y el río Mapa y a su vez establecer corredores biológicos sobre las quebradas que surten los acueductos, citado en el documento resumen del Esquema de Ordenamiento Territorial de ese Municipio adoptado en el año 2000.

De la parte vinculada, departamento de Caldas.

- Se otorgó valor probatorio a los documentos aportados con la contestación de la demanda visibles de folios 253 as 267 del cartulario N° 1 .

En la referida providencia se negó la prueba común de inspección judicial y se citó para audiencia de testimonios para el 06 de agosto de 2020, recibándose en dicha fecha las declaraciones de Jhon Jairo Garcia Marin y Jhon Jairo Chisco Leguizamon,

en tanto se desistió de la practica del testimonio de Alejandro Marulanda Aguirre⁹.

A través de proveídos 868 del 28 de octubre de 2021¹⁰, 255 del 01 de abril de 2022¹¹, y 581 del 26 de agosto de 2022¹², se requirió a las entidades competentes para que allegaran la documental decretada y se puso en conocimiento la documental allegada para que se ejerciera el derecho de contradicción sobre la misma.

Con auto 944 del 06 de septiembre de 2022 se corrió traslado para alegar de conclusión¹³, ingresando el proceso a Despacho para proferir la sentencia respectiva.

Por medio de providencia del 19 de abril de 2023 se decretó la reconstrucción parcial del expediente teniendo en cuenta que consultado el proceso, no obraba el archivo de audio y video de la audiencia de testimonios celebrada el 06 de agosto de 2020, por lo que se fijó fecha para llevara a cabo la audiencia de que trata el numeral 2° del artículo 126 del C.G.P., para el 23 de mayo de 2023 a las 09:00 am.¹⁴

Instalada la diligencia, CORPOCALDAS allegó el registro de audio y video de la audiencia de testimonios celebrada el 06 de agosto de 2020 que obra en el archivo “44AudienciaTestimoniosAportadaCorpocaldas” del expediente electrónico, se corrió traslado a los sujetos procesales, y se declaró reconstruido el expediente. En la misma audiencia se corrió traslado por el término de cinco (05) días para que, si las partes y el Ministerio Público lo consideraban, complementaran sus alegatos de conclusión.

Vencido el anterior término, el proceso ingresó a Despacho para proferir la sentencia respectiva.

III. Contestación de la demanda.

⁹ Archivos “08ActaAudienciaPruebas” y “44AudienciaTestimoniosAportadaCorpocaldas” del expediente electrónico.

¹⁰ Archivo “15AutoRequierePruebaPopular” del expediente electrónico.

¹¹ Archivo “20AutoRequierePruebaIncorporaPruebas” del expediente electrónico.

¹² Archivo “26AutoPoneConocimiento” del expediente electrónico.

¹³ Archivo “29AutoTrasladoAlegatosPopular” del expediente electrónico.

¹⁴ Archivo “40OrdenaReconstruccionExpedienteFijaFechaAudiencia” del expediente electrónico.

MUNICIPIO DE VITERBO:

Plantea las siguientes excepciones como parte de su defensa:

i) Improcedencia de la acción popular – mitigación de la vulneración, daño o amenaza actual contra los derechos colectivos. Se indica que lo pretendido por el actor no corresponde con el objeto de una acción popular, aunado a que no se acreditó la relación de indica que la acción popular consiste en prevenir o dar fin a un daño existente en la actualidad, y de esta manera terminar con una vulneración inminente y real de los derechos e intereses colectivos enunciados por la Ley. En el caso concreto, para la fecha en la que fue admitida la acción popular ya se habían iniciado las labores tendientes a la recuperación, prevención y mitigación del riesgo en el sector del barrio Pueblo Nuevo, obras en cabeza de la administración municipal con aporte y colaboración de la gobernación de Caldas, iniciadas la segunda semana de agosto de 2018.

Así, una vez mitigada la vulneración o amenaza a los derechos colectivos citados por el demandante, no tiene sentido ni razón jurídica hacer efectiva una acción por naturaleza preventiva o restaurativa de un daño que a la fecha se encuentra subsanado, y en ejecución de obras preventivas y restaurativas tendientes a la protección de los habitantes del sector, recuperación de las obras desgastadas por el transcurso del tiempo y evitar un daño ambiental.

CORPOCALDAS: Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda en lo que a esa entidad respectiva, indicando que CORPOCALDAS ha actuado en todo momento en su condición de autoridad ambiental, apegándose al rigor técnico y científico, sin que exista el más mínimo indicio de yerro o negligencia en su proceder.

Refiere que la demanda carece de sustento probatorio de naturaleza científica o técnica que permita da respaldo a lo planteado, al tiempo que los señalamientos son resultado de un análisis superficial de lo señalado en el oficio 2018-IE-00011016 del 24 de mayo de 2018, al igual que de la dinámica natural del cauce del río Risaralda en la zona puntual a la que se alude, lo cual se ve condicionado por la exposición de espacios recreativos en zona considerada como espacio público y de

preservación estricta.

Considera que no se sustenta en la demanda cuál es la razón técnica o científica para afirmar el decreto de una medida suspensiva impuesta por CORPOCALDAS al municipio de Viterbo, pues el apoyo técnico brindado al ente territorial se hizo a título de recomendación, tal como obra en el oficio 2018-IE-00020296 del 29 de agosto de 2018. También se desconoce con la demanda que el carácter meándrico del río Risaralda en dicha zona, como está contemplado en el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica – POMCA-, conlleva a que su dinámica natural implica necesariamente esa situación.

Expone que no se ha transgredido derecho fundamental alguno, en tanto las afectaciones presentes en orillas son consecuencia de la dinámica natural del río Risaralda en la zona puntual, lo cual se ve favorecido por la eliminación de la faja forestal protectora para el establecimiento de espacios recreativos y la realización de llenos conformados a partir de la disposición de escombros tal como se da cuenta en los diferentes informes emitidos por CORPOCALDAS.

Refirió que respecto al seguimiento a la ejecución de la actividad de las obras de mantenimiento y remoción de barras, CORPOCALDAS ha sido respetuosa de los principios supra legales y los postulados normativos que rigen su actuar. Por su parte, el municipio de Viterbo a través de su Esquema de Ordenamiento Territorial estableció que constituye suelo de protección del sector rural todas las micro cuencas hidrográficas que se encuentran dentro del municipio, lo mismo que las rondas de los ríos y quebradas las cuales son consideradas como de conservación activa, entre los que se encuentra el río Risaralda.

Por último, expuso que es el municipio de Viterbo con apoyo del departamento de Caldas a quienes les corresponde proceder a la adopción de las medidas concretas, estructurales o no estructurales, para afrontar el riesgo que se presenta en el sector conocido como Pueblo Nuevo, frente a lo cual CORPOCALDAS ya le ha cedido los insumos técnicos necesarios y le recomendó realizar las obras de mantenimiento y protección que se vienen adelantando en la actualidad.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: Refiere que el departamento de Caldas no es la

entidad llamada a realizar las actividades de mitigación del riesgo ni la encargada del ordenamiento territorial del municipio de Viterbo, ya que tal entidad, de acuerdo con los principios y competencias definidas constitucionalmente, como complementariedad, subsidiariedad y concurrencia, llevó a cabo unas actividades de mitigación del riesgo sobre el río Risaralda de conformidad con lo recomendado por CORPOCALDAS mediante oficio 2018-IE-00020269 del 28 de agosto de 2018.

Propuso como excepciones las que denominó:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva: Considera que el departamento de Caldas no es la entidad llamada a realizar protección y conservación de la faja forestal del río Risaralda, ya que dicha responsabilidad radica única y exclusivamente en el municipio de Viterbo, dado que el río se encuentra en su territorio, y es esa entidad la encargada de expedir la normativa respectiva para determinar en su ordenamiento territorial las zonas objeto de protección, cuidado y conservación. El departamento de Caldas no está a cargo de realizar obras de mitigación el riesgo a los habitantes del barrio pueblo Nuevo con fundamento en el artículo 14 de la Ley 1523 de 2012.
- Ausencia de amenaza o vulneración de derechos e intereses colectivos por parte del departamento de Caldas: Reitera que el responsable del cuidado, protección y conservación de la faja del río Risaralda es el municipio de Viterbo por mandato legal y por las facultades otorgadas en materia de prevención del riesgo de acuerdo con la Ley 1523 de 2012. A partir de eso, se deduce claramente que no existe amenaza o vulneración de derechos colectivos por parte del departamento de Caldas.

IV. Alegatos de conclusión

PARTE DEMANDANTE. Guardó silencio durante esta oportunidad procesal.

MUNICIPIO DE VITERBO. En escrito del 12 de septiembre de 2022¹⁵ hace referencia a los informes 2018-IE-00011016, 2018-IE-00020296 y 2018-IE-0002-1848,

¹⁵ Archivo “33AlegatosMunicipioViterboCaldas” del expediente electrónico.

para indicar que en el 2011 fue construido un muro por parte de la administración municipal como estructura de protección de la orilla, el cual consistía en un muro de gaviones revestido en concreto con una longitud de 30 metros, cumpliendo la labor para la cual se tenía determinado, la estructura presentó agrietamientos y la dinámica del río por su característica sinuosa conllevó a un proceso de socavación en la base, recomendándose dar inicio a campañas de reforestación sobre las orillas del río Risaralda.

Refiere que se identificó como causa de las necesidades de protección de las orillas en 2018 el desplazamiento típico de cauces sinuosos. Se hicieron recomendaciones relacionados a la recuperación y corrección de la problemática y así contrarrestar la erosión presentada en la orilla objeto de intervención determinándose que las labores sobre el canal natural cumplieron su objetivo, pero que se trata de soluciones temporales, ya que para que sean definitivas deben ser planificadas de manera adecuada con los correspondientes estudios.

En informe del 20 de septiembre de 2018 de la Secretaría de Planeación se plantea que el 19 de septiembre del mismo año se presentaron lluvias de gran intensidad que no generó inundaciones en el sector de Pueblo Nuevo, lo que podría permitir pensar que las obras preventivas temporales ejecutadas han resultado.

Expuso que no se allegó por parte de la parte accionante medios de convicción que desvirtúen lo referido tanto en los informes técnicos allegados al plenario y menos aún controvertir lo expuesto por los testigos expertos, pruebas éstas que al ser valoradas bajo el principio de unidad probatoria, ofrecen certeza sobre la inexistencia de responsabilidad de los entes demandados, amén no estar presentándose un riesgo o por lo menos una amenaza de riesgo a derechos colectivos, como se pretende hacer ver en el libelo introductorio.

Refirió que respecto a la presunta responsabilidad del ente territorial, existe un hecho inexistente o superado en tratándose del manejo de las obras que se adelantaron en conjunto con la Gobernación de Caldas, bajo la supervisión de CORPOCALDAS, actuaciones que única y exclusivamente estaban dirigidas a la protección de las orillas y no a la mitigación de riesgos de inundación, tal como se ha expuesto por parte de los ingenieros Jhon Jairo García y Jhon Jairo Chisco

Leguizamón, quienes con suficiente ilustración dan a conocer que para los actores populares, la ubicación en la que se encuentran no presenta riesgo alguno, puesto que éste se cataloga como “riesgo bajo”, razón más que suficiente para determinar que las obras que allí se realicen no convergen con la finalidad expuesta por el accionante.

CORPOCALDAS: Mediante escritos del 09¹⁶ y 14¹⁷ de septiembre de 2022, se reafirmó en todos los argumentos expresados en la contestación de la demanda.

Indicó que la problemática planteada refiere un tema de gestión del riesgo en tanto el actor popular solicita el acometimiento de obras a cargo del municipio de Viterbo-Caldas sobre el río Risaralda del barrio Pueblo Nuevo, con base en las recomendaciones dadas por la Corporación Autónoma Regional de Caldas, de donde se predica la ausencia de responsabilidad de la corporación en la intervención de las obras requeridas, las cuales recaen en cabeza de la autoridad municipal.

Considera que CORPOCALDAS ha brindado la protección de los derechos e intereses colectivos actuando siempre conforme a los principios, postulados normas jurídicas y técnicas que rigen su actuar, donde su gestión siempre ha estado enmarcada en un ejercicio de ponderación en el cual la protección del medio ambiente y los recursos naturales han constituido el valor fundamental.

Con relación a las causas identificadas como contribuyentes de la problemática referida, se ha logrado establecer que las afectaciones presentes en las orillas del río, son consecuencia de la dinámica natural del río Risaralda, lo cual se ve favorecido por la eliminación de la faja forestal protectora, al encontrarse infraestructura dispuesta en la faja de protección del cauce, tal como el establecimiento de espacios recreativos y la realización de llenos conformados a partir de la disposición de escombros tal como se constató en los diferentes informes emitidos por Corpocaldas, frente a lo cual no se ha evidenciado afectación a las viviendas ubicadas en el sector de Pueblo Nuevo, por estar

¹⁶ Archivo “32AlegatosConclusionCorpocaldas” del expediente electrónico.

¹⁷ Archivo “34AlegatosConclusionCorpocaldas” del expediente electrónico.

retiradas del río, sin que pueda predicarse vulneración alguna de los derechos colectivos a los habitantes de dicho sector.

Asevera que en el presente caso corresponde al municipio de Viterbo proceder al control de la faja forestal protectora y realizar las gestiones necesarias para su recuperación y establecimiento, lo que trasciende a una adecuada gestión del riesgo en cabeza del ente territorial. Le corresponde también a los propietarios de los inmuebles aledaños la protección de dichas fajas forestales.

Posteriormente, con escrito del 23 de mayo de 2023¹⁸, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el Despacho en audiencia celebrada el 23 de mayo del año en curso que declaró reconstruido el expediente, corriendo de nuevo traslado para complementar los alegatos de conclusión¹⁹, la parte demandada reiteró los alegatos que ya había presentado los días 09 y 14 de septiembre de 2022.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: Con escrito del 14 de septiembre de 2022²⁰ se reafirmó en lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda. Indicó que de conformidad con los hechos narrados en el escrito de la acción, las visitas técnicas y recomendaciones efectuadas por CORPOCALDAS, se trata de una problemática en jurisdicción del municipio de Viterbo.

Hizo referencia a lo dispuesto en la ley 1523 de 2012, por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres, las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales, para referir que el Municipio de Viterbo es la entidad que tiene la competencia para intervenir el sector, y de acuerdo con el material probatorio arrimado al proceso, lo ha venido haciendo, por tanto el departamento de Caldas no tiene responsabilidad alguna en la problemática planteada pues se trata de una competencia del orden municipal.

Posteriormente, con escrito del 30 de mayo de 2023²¹, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el Despacho en audiencia celebrada el 23 de mayo del año en curso

¹⁸ Archivo “48AlegatosOportunosCorpocaldas” del expediente electrónico.

¹⁹ Archivo “47ActaAudienciaReconstruccionExpediente” del expediente electrónico.

²⁰ Archivo “35AlegatosDepartamentoCaldas” del expediente electrónico.

²¹ Archivo “49AlegatosOportunosDepartamentoCaldas” del expediente electrónico.

que declaró reconstruido el expediente, corriendo de nuevo traslado para complementar los alegatos de conclusión, la parte demandada reiteró los alegatos que ya había presentado el 14 de septiembre de 2022.

CONSIDERACIONES

I. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 472 de 1998 de las acciones populares será competente el Juez del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor popular. De acuerdo con lo expuesto en la demanda se puede establecer claramente la competencia de esta instancia dado que los hechos que la fundamentan se presentan en el Municipio de Viterbo, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 15 y 16 *ibidem* que regulan la jurisdicción y competencia en las acciones populares, y lo dispuesto en el numeral 10° del artículo 155 del C.P.A.C.A.

II. Legitimación en la causa.

Entendida la legitimación de la causa 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, tenemos que:

Legitimación en la causa por activa:

El artículo 12 de la Ley 472 de 1998, atribuyó la titularidad de la acción popular a toda persona natural o jurídica, a las organizaciones no gubernamentales, a las organizaciones populares, cívicas o de índole similar, a las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión, al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo y a los Personeros Distritales y Municipales, en lo relacionado con su competencia, y a los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

En el presente asunto se trata de un particular, el señor **JAIME JUSEP ZULUAGA GIRALDO**, quien presenta esta acción popular estando facultado de acuerdo a la norma citada.

III. Problema jurídico.

Corresponde a este Despacho Judicial verificar si el **municipio de Viterbo, CORPOCALDAS** y el **departamento de Caldas** son responsables por la amenaza o vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; y a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes. Lo anterior como consecuencia de la no realización de obras de estabilidad en las orillas del río Risaralda en el sector que colinda con la comunidad del barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo.

i) Naturaleza, finalidad y procedencia de las acciones populares.

De conformidad con el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, las acciones populares, reglamentadas por la Ley 472 de 1998, tienen por finalidad proteger derechos e intereses colectivos, en aquellos eventos en que se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, en este orden de ideas el Consejo de Estado ha determinado lo siguiente²²:

“(…) Del artículo 9 de la Ley 472 de 1998, referente a la procedencia de la acción popular, se deduce que la demanda puede dirigirse contra una autoridad pública, contra un particular, o incluso contra ambos una acción popular dirigida contra un particular será de competencia de la jurisdicción ordinaria, mientras que la dirigida contra una autoridad pública o un particular que desempeñe funciones administrativas, lo será de la Contencioso Administrativa. La regla anterior tiene una excepción en los eventos en que una acción se dirija, al tiempo, en contra de

²²CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil cinco (2005) Radicación número: 25000-23-27-000-2002-90106-01(AP) Actor: NANCY MARIELA PALACIOS RUBIO Demandado: BOGOTA D.C. Y OTRO Referencia: ACCION POPULAR.

una autoridad pública y de un particular; en tal caso, la competencia para conocer de la misma reside en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tanto que ésta prevalece sobre la de la Jurisdicción Ordinaria en virtud del fuero de atracción. Nota de Relatoría: Ver Exps. AP-077 y AP- 510(...)"

Se trata de una acción principal, preventiva, cuando alude a que un derecho colectivo está siendo amenazado, y restitutiva, cuando el derecho colectivo está siendo violado, con el propósito de que vuelvan las cosas al estado anterior. Por lo antepuesto, el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 472 de 1998 establece que éstas *"(...) se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.*

Ahora bien, en la forma y términos de la reglamentación contenida en los artículos 1, 2, 4 y 9 de la ley 472 de 1998, los elementos necesarios para la procedencia de las acciones populares, según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, son los siguientes:

- a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.
- c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la ley 472 de 1998.
- e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y

entidades señalados en el artículo 12 de la ley 472 de 1998.

ii) Objeto de la Acción Popular.

La acción popular es un medio procesal por medio del cual se busca la protección de los derechos e intereses colectivos mencionados en el artículo 88 de la Constitución Nacional y otros de similar naturaleza que estén definidos por la Ley; esta acción se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre tales derechos e intereses, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

De lo anterior se desprende que la finalidad de esta acción es la protección de los derechos colectivos que estén amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Es importante, previamente al estudio del problema planteado, hacer una breve referencia al marco jurídico y conceptual sobre lo que es materia de pronunciamiento en esta oportunidad. Con base en ello el juzgado procederá a analizar los derechos colectivos incoados en la presente acción; la competencia de los departamentos y municipios en materia de prevención de desastres y la competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales al respecto.

iii) Alcance de los derechos reclamados:

3.1. Derecho a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

Según lo dicho por el H. Consejo de Estado²³, el núcleo esencial de este derecho colectivo comprende los siguientes aspectos: Respeto y acatamiento del principio de función social y ecológica de la propiedad (inciso segundo artículo 58 C.P.),

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de siete (7) de abril de dos mil once (2011), Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno, Radicación número: 63001-23-31000-2004-00688-01(AP), y Sentencia del 01 de noviembre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicado 68001-23-31-000-2012-00104-02(AP).

protección del espacio público procurando adelantar cualquier tipo de construcción o edificación con respeto por el espacio público, el patrimonio público, y la calidad de vida de los demás habitantes, respetar los derechos ajenos y no abusar del derecho propio (art. 95 numeral 1 C.P.), y atender los procesos de cambio en el uso del suelo, en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible (art. 3º ley 388 de 1997), el acatamiento a los planes de ordenamiento territorial que sirven de guía y mapa para que el desarrollo urbano se haga de manera ordenada, coherente, de tal manera que prevalezca el interés general sobre el particular, y se garantice la aplicación de las disposiciones político – administrativas – de organización física- contenidas en los mismos (art. 5º ley 388 de 1997), cumplimiento de los preceptos normativos sobre usos del suelo; alturas máximas de construcción; cupos mínimos de parqueo; especificaciones técnicas y de seguridad; cesiones obligatorias al distrito; necesidad de obtener licencias de urbanismo y construcción; existencia de conexiones para los servicios públicos domiciliarios, entre otros.

Entonces, es claro que el derecho señalado en el literal m) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, corresponde a la obligación que le impone el legislador a las autoridades públicas y particulares, en general, de acatar plenamente los preceptos jurídicos que rigen la materia urbanística; es decir, la forma como progresa y se desarrolla una determinada población, en términos de progreso físico y material, asentada en una determinada entidad territorial – bien sea en sus zonas urbanas o rurales- con miras a satisfacer plenamente las necesidades de la población.

3.2.El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

En cuanto al derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, se tiene que:

En el informe de ponencia sobre derechos colectivos, presentado por los constituyentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero se afirmó “*En verdad el ser humano tiene derecho*

a vivir libre de peligros y riesgos públicos, razón por la cual no debe estar expuesto, a sabiendas, a daños contingentes capaces de afectar su integridad personal o patrimonial.”³⁰

A su vez el numeral 8° del artículo 4 de la Ley 1523 de 2012, que adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y establece el Sistema Nacional de gestión del Riesgo de Desastres, define el desastre como:

“(…) el resultado que se desencadena de la manifestación de uno o varios eventos naturales o antropogénicos no intencionales que al encontrar condiciones propicias de vulnerabilidad en las personas, los bienes, la infraestructura, los medios de subsistencia, la prestación de servicios o los recursos ambientales, causa daños o pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales, generando una alteración intensa, grave y extendida en las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad, que exige del Estado y del sistema nacional ejecutar acciones de respuesta a la emergencia, rehabilitación y reconstrucción”

De acuerdo con las anteriores definiciones, es posible concluir que la consagración legal de este derecho colectivo pretende garantizar que la comunidad no esté expuesta a sufrir un daño grave originado en un fenómeno natural o por la acción del hombre en forma accidental, cuando estas circunstancias pueden ser evitadas.

Para que proceda la protección de este derecho a través de la acción popular, basta que una comunidad geográficamente determinada sea vulnerable a padecer un evento que tenga el carácter de catastrófico.

Tratándose de fenómenos naturales no es posible su neutralización como ocurre con los terremotos o erupciones volcánicas, pero en muchos casos si pueden evitarse o atenuarse sus efectos desastrosos disminuyendo la vulnerabilidad de la población, por ejemplo, a través de obras civiles o traslados, etc. Si el origen de estos eventos se encuentra en la actividad humana y se conocen los riesgos de la labor, también es posible tomar las medidas de prevención necesarias para que no ocurran o en caso de suceder, se atenúen sus efectos.

3.3. Competencia de los departamentos y municipios en materia de prevención de desastres.

El artículo 2° de la Ley 1523 de 24 de abril de 2012, *“Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”*, establece que la gestión del riesgo es responsabilidad de todas las autoridades y de los habitantes del territorio colombiano. La norma dispone:

“En cumplimiento de esta responsabilidad, las entidades públicas, privadas y comunitarias desarrollarán y ejecutarán los procesos de gestión del riesgo, entendiéndose: conocimiento del riesgo, reducción del riesgo y manejo de desastres, en el marco de sus competencias, su ámbito de actuación y su jurisdicción, como componentes del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.

Por su parte, los habitantes del territorio nacional, corresponsables de la gestión del riesgo, actuarán con precaución, solidaridad, autoprotección, tanto en lo personal como en lo de sus bienes, y acatarán lo dispuesto por las autoridades”.

La normativa citada estableció que son integrantes del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, a: i) las entidades públicas, ii) entidades privadas y iii) la comunidad, por lo que la gestión del riesgo debe desarrollarse bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad de todos los agentes que intervienen.

En materia de prevención de desastres, la Ley 1523 asigna a las autoridades departamentales y municipales las siguientes funciones:

“Artículo 13. *Los Gobernadores en el Sistema Nacional.* Los gobernadores son agentes del Presidente de la República en materia de orden público y desarrollo, lo cual incluye la gestión del riesgo de desastres. En consecuencia, proyectan hacia las regiones la política del Gobierno Nacional y deben responder por la implementación de los procesos de conocimiento y reducción del riesgo y de manejo de desastres en el ámbito de su competencia territorial.

Parágrafo 1º. Los Gobernadores como jefes de la administración seccional respectiva tienen el deber de poner en marcha y mantener la continuidad de los procesos de gestión del riesgo de desastres en su territorio, así como integrar en la

planificación del desarrollo departamental, acciones estratégicas y prioritarias en materia de gestión del riesgo, especialmente a través del plan de desarrollo departamental y demás instrumentos de planificación bajo su responsabilidad.

Parágrafo 2º. Los gobernadores y la administración departamental son la instancia de coordinación de los municipios que existen en su territorio. En consecuencia, están a cargo de las competencias de coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva respecto de los municipios de su departamento.

Artículo 14. *Los Alcaldes en el Sistema Nacional.* Los alcaldes como jefes de la administración local representan al Sistema Nacional en el Distrito y el municipio. El alcalde, como conductor del desarrollo local, es el responsable directo de la implementación de los procesos de gestión del riesgo en el distrito o municipio, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el área de su jurisdicción.

Parágrafo. Los alcaldes y la administración municipal o distrital, deberán integrar en la planificación del desarrollo local, acciones estratégicas y prioritarias en materia de gestión del riesgo de desastres, especialmente, a través de los planes de ordenamiento territorial, de desarrollo municipal o distrital y demás instrumentos de gestión pública.”

En lo que respecta a las funciones y responsabilidades de los municipios en la gestión del riesgo de desastres, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente²⁴:

“Administrativamente, son los municipios las entidades territoriales que ostentan la responsabilidad principal y directa en la prevención y en la atención de desastres, de allí que los alcaldes como máximas autoridades son los encargados de la implementación de los procesos de gestión del riesgo, incluyendo su conocimiento y reducción y, el manejo de los desastres en el área de su jurisdicción, en la forma señalada por el artículo 14 de la Ley 1523.”

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA
Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 17001-23-33-000-2017-00452-01(AP)

Y en lo que a la responsabilidad y funciones de los departamentos, ha considerado también el Consejo de Estado que²⁵:

“De conformidad con esta norma, a los departamentos les corresponde: i) proyectar la política del Gobierno Nacional en materia de gestión del riesgo; ii) responder por la implementación de los procesos de conocimiento y reducción del riesgo y de manejo de desastres; iii) poner en marcha y mantener la continuidad de los procesos de gestión del riesgo de desastres en su territorio; iv) integrar en la planificación del desarrollo departamental, acciones estratégicas y prioritarias en materia de gestión del riesgo, especialmente a través del plan de desarrollo departamental y demás instrumentos de planificación bajo su responsabilidad; y v) coordinar los municipios de su territorio de manera concurrente y con subsidiariedad positiva.

Las anteriores responsabilidades en el marco de la prevención del riesgo deben ejecutarse ateniendo a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos del artículo 288 de la Constitución Política de Colombia, que de forma específica para la prevención de riesgo de desastres define la Ley 1523 de 2012, así²⁶:

“12. Principio de coordinación: La coordinación de competencias es la actuación integrada de servicios tanto estatales como privados y comunitarios especializados y diferenciados, cuyas funciones tienen objetivos comunes para garantizar la armonía en el ejercicio de las funciones y el logro de los fines o cometidos del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.

13. Principio de concurrencia: La concurrencia de competencias entre entidades nacionales y territoriales de los ámbitos público, privado y comunitario que constituyen el sistema nacional de gestión del riesgo de desastres, tiene lugar cuando la eficacia en los procesos, acciones y tareas se logre mediante la unión de esfuerzos y la colaboración no jerárquica entre las autoridades y entidades involucradas. La acción concurrente puede darse en beneficio de todas o de algunas de las entidades. El ejercicio concurrente de competencias exige el respeto de las

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Artículo 3°

atribuciones propias de las autoridades involucradas, el acuerdo expreso sobre las metas comunes y sobre los procesos y procedimientos para alcanzarlas.

14. Principio de subsidiariedad: Se refiere al reconocimiento de la autonomía de las entidades territoriales para ejercer sus competencias. La subsidiariedad puede ser de dos tipos: la subsidiariedad negativa, cuando la autoridad territorial de rango superior se abstiene de intervenir el riesgo y su materialización en el ámbito de las autoridades de rango inferior, si estas tienen los medios para hacerlo. **La subsidiariedad positiva, impone a las autoridades de rango superior, el deber de acudir en ayuda de las autoridades de rango inferior, cuando estas últimas, no tengan los medios para enfrentar el riesgo y su materialización en desastre o cuando esté en riesgo un valor, un interés o un bien jurídico protegido relevante para la autoridad superior que acude en ayuda de la entidad afectada”.**

Como se expuso previamente, las funciones y responsabilidades en materia de gestión del riesgo asignadas a los departamentos se enmarcan dentro de lo que se denomina subsidiariedad positiva, es decir, obligándole a acudir a la ayuda de las autoridades municipales cuando estas no tengan los medios para enfrentar el riesgo o cuando esté en peligro un valor, interés o bien jurídico protegido relevante para la autoridad departamental.

En términos del Consejo de Estado²⁷,

“El ordenamiento jurídico propende porque las actuaciones de las autoridades departamentales y municipales referentes a la planificación y ejecución de obras de prevención y atención de desastres se desplieguen de manera articulada, en el marco de las competencias administrativas que la ley le asigna a cada uno de estos entes territoriales, puesto que, por una parte, es a los municipios a los que en primera instancia y de manera directa les corresponde adelantar todos los planes y programas, así como la ejecución de las obras y, por la otra, a los departamentos les corresponde responder por la implementación de los procesos de conocimiento y

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA
Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 17001-23-33-000-2017-00452-01(AP)

reducción del riesgo y de manejo de desastres y coordinar y complementar la gestión que desarrollan los municipios que hacen parte de su territorio.”

3.4. Competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales en materia de prevención del riesgo de desastres.

Conforme con lo estipulado en el artículo 31 de la Ley 1523 de 2012, las corporaciones autónomas regionales, como integrantes del sistema nacional de gestión del riesgo, además de las funciones establecidas por la Ley 99 de 1993 y la Ley 388 de 1997 o las leyes que las modifiquen, apoyarán a las entidades territoriales de su jurisdicción ambiental en todos los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo y los integrarán a los planes de ordenamiento de cuencas, de gestión ambiental, de ordenamiento territorial y de desarrollo.

El párrafo 1° de dicha norma indica que el papel de las corporaciones autónomas regionales es complementario y subsidiario respecto a la labor de alcaldías y gobernaciones, y estará enfocado al apoyo de las labores de gestión del riesgo que corresponden a la sostenibilidad ambiental del territorio y, por tanto, no eximen a los alcaldes y gobernadores de su responsabilidad primaria en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de desastres.

Así, el párrafo 2° de la norma citada establece que las corporaciones autónomas regionales deberán propender por la articulación de las acciones de adaptación al cambio climático y la de gestión del riesgo de desastres en su territorio, en virtud que ambos procesos contribuyen explícitamente a mejorar la gestión ambiental territorial sostenible.

Por su parte, el párrafo 3° *ibidem* refiere que las corporaciones autónomas regionales como integrantes de los consejos territoriales de gestión del riesgo, en desarrollo de los principios de solidaridad, coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva, deben apoyar a las entidades territoriales que existan en sus respectivas jurisdicciones en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de acuerdo con el ámbito de su competencia y serán corresponsables en la implementación.

3.5.Caso Concreto

Los hechos de la demanda dan cuenta de que en el barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, departamento de Caldas, se construyó en el año 2011 una estructura de protección orilla debajo del río Risaralda, que se ubica en las coordenadas 5°3'32.25 N y 75°51'55.83, construcción que con el pasar del tiempo se ha ido destruyendo por el caudal del río Risaralda, y, por demás, ha generado procesos de socavación en la orilla del río amenazando las instalaciones de la cancha de fútbol del barrio Pueblo Nuevo.

En el año 2018 el municipio de Viterbo realizó una intervención en el río Risaralda la cual no cumplió con los parámetros legales, por lo que fue suspendida por CORPOCALDAS, encontrándose en riesgo la comunidad del sector de Pueblo Nuevo.

Con la demanda se allegó el oficio 2018-IE-00011016 del 24 de mayo de 2018 mediante el cual CORPOCALDAS efectúa una serie de recomendaciones a la Secretaria de Planeación, Vivienda e Infraestructura del municipio de Viterbo referente a que se hace necesaria una intervención urgente del muro deteriorado antes de que termine de colapsar, ya que el muro de protección de orilla tiene los gaviones externos en piedra, pero su núcleo central está lleno de sucio de río de pequeñas dimensiones, lo cual lo hace muy vulnerable al ser atravesado por el agua; sugiere la construcción de una aleta finalizando el muro, el retiro de la ramada para el ganado, la instalación de lloraderos en el muro existente, y la realización de una intervención con retroexcavadora retirando las barras de sedimentos²⁸.

CORPOCALDAS, el 29 de agosto de 2018, emitió el oficio 2018-IE-00020296²⁹, en el que luego de referirse a las generalidades del río Risaralda: fluye de norte a sur, topografía fuertemente accidentada, comportamiento meandriforme aguas arriba que se comporta como río de llanura, donde el casco urbano de Viterbo se localiza sobre un extenso valle aluvial a lo ancho del cauce original, facilitando que la

²⁸ Archivo “01Cuaderno1” del expediente electrónico, p. 27 a 28

²⁹ *Ibidem*, p. 96 a 108.

corriente sea sensible a cualquier alteración natural o antrópica que se traduce en un drenaje sinuoso; hizo referencia a la problemática que se presenta en las viviendas mar cercanas al río que se relacionada con factores que facilitan el proceso erosivo sobre la margen derecha, en el muro de gaviones recubierto en concreto.

Así, recomendó a la entidad territorial (i) no profundizar el lecho del cauce existente, (ii) aumentar la sección transversal a partir de un mayor ancho del cauce, (iii) suavizar el alineamiento de la corriente removiendo barras, (iv) el material removido puede ser utilizado para conformar jarillones longitudinales, dejando el material más grueso sobre la pata y la base expuesta de la estructura, (v) evitar la disposición de escombros en las orillas del Río Risaralda, (vi) ejercer control urbano sobre nuevas edificaciones construidas en las cercanías del Rio, poniendo en riesgo el patrimonio de los propietarios de las viviendas y previniendo afectaciones por inundaciones, recordando que la Faja Forestal Protectora mínima para el río Risaralda es igual a 20 metros en ambas márgenes a partir del borde del cauce identificado, (vii) acoger las recomendaciones particulares dadas en el oficio 2018-IE- 00011016 del 24/05/218, y (viii) ante intervenciones definitivas, se recomienda adelantar el trámite de ocupación de cauce ante la Corporación.

En oficio 2018-IE-00021848 del 15 de septiembre de 2018³⁰, CORPOCALDAS le indicó al alcalde del municipio de Viterbo, entre otras cosas, lo siguiente:

“(…) Durante la última visita se pudo evidenciar el inicio de una excavación en el punto demarcado en la imagen anterior, la cual hace que el flujo migre hacia la margen derecha, generando el efecto contrario al deseado que es precisamente buscar migrar el cauce hacia la margen izquierda. La recomendación en tal sitio es volver el cauce a su condición original, disponiendo material de la barra sobre la excavación realizada. (…)

Las labores adelantadas a la fecha en tal sector no corresponden con las recomendaciones generales establecidas en el respectivo oficio y mencionadas al inicio del presente documento. El canal construido no obedeció al alineamiento natural proyectado en la imagen anterior, se profundizó sobre el lecho

³⁰ *Ibidem* p. 109 a 115

recomendado y por el contrario, se redujo el ancho del cauce, generando un efecto no deseado de estrechamiento del cauce, aceleración del flujo y mayor erosión sobre la margen”

Sin embargo, CORPOCALDAS realizó una nueva visita al sector como seguimiento a las obras que se encontraba adelantando el municipio de Viterbo, plasmado en el oficio 2018-IE-00022703 del 29 de septiembre de 2018³¹ que:

“(…) C. Sobre el punto C se amplió el canal natural, logrando generar una mayor área transversal y, en consecuencia, reduciendo la velocidad del flujo y a su vez la capacidad erosiva. Se evidencia relativa estabilidad y se recomienda un permanente monitoreo de las orillas erosionadas.

Adicionalmente, se recomienda adelantar los controles específicos para que no se permita la disposición de escombros y demás residuos sobre la margen derecha. Estos elementos representan mayor carga para la ladera del canal y son contaminantes de los ecosistemas riparios.

D. El canal se observa bajo relativa estabilidad. El material sobrante fue dispuesto sobre la barra existente y se recomienda, para reducir los efectos generados por el cambio en el alineamiento del cauce producto de tal mostrado en la siguiente imagen. (…)

E. La barra ha sido lavada parcialmente producto de las crecientes el río, obteniendo el resultado esperado.

El pasado martes 18 de septiembre, se presentó una lluvia intensa que generó una creciente súbita de varios drenajes, entre ellos, la quebrada Mellizo, que redundó en aumento de caudales del río Risaralda, creciente sobre la cual no se evidenciaron afectaciones ni procesos erosivos acelerados, lo que indica que la intervención tuvo su efecto temporal esperado.

No olvidar las recomendaciones generales”

³¹ Archivo “02Cuaderno1A” del expediente electrónico. p. 28 a 33

De la documental que acaba de citarse puede concluir el Despacho que CORPOCALDAS, como autoridad ambiental, una vez tuvo conocimiento de los hechos que podían constituir situaciones de riesgo no solo para el sector sino para el patrimonio ecológico, adelantó las visitas técnicas y efectuó las recomendaciones pertinentes a la autoridad territorial con la finalidad de adelantar las obras que se requerían en el sector objeto de la presente acción popular.

El municipio de Viterbo inicialmente no adelantó la totalidad de las recomendaciones requeridas, como se expone en el oficio 2018-IE-00021848 del 15 de septiembre de 2018. Sin embargo, para el 29 de septiembre de 2018, como se extrae del oficio 2018-IE-00022703 del 29 de septiembre de 2018, la entidad territorial ya había adelantado gestiones temporales sobre el canal natural que habrían logrado reducción del flujo y capacidad erosiva.

En mayo de 2019 el departamento de Caldas remitió informe técnico de actividades ejecutadas en el río Risaralda³², exponiendo que con el fin de **mitigar el riesgo de inundación**, esa entidad territorial destinó una retroexcavadora de orugas que realizó el jarillón aumentando la sección transversal del río, dragándolo para que se esparza. Sin embargo, refiere textualmente que: *“Es preciso mencionar que en la zona se aprecian nuevas construcciones sobre la zona de inundación del río, el municipio no tiene control para evitar construcciones en zonas que presentan riesgo, por lo tanto el Departamento de Caldas no puede seguir realizando estas actividades ya que es falta de control urbano del municipio”*.

La parte demandante expuso con memorial del 18 de junio de 2019, al solicitar fijación de fecha y hora para adelantar la audiencia de pacto de cumplimiento, que el 18 de junio de 2019 el muro de contención que existía en la zona y que estaba parcialmente destruido fue arrasado en su totalidad por el río Risaralda, poniendo en riesgo inminente la vida y seguridad de los habitantes del barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo.

Como resultado de la prueba documental decretada con Auto 486 del 06 de julio de 2020, CORPOCALDAS allegó el oficio 2019-IE.00017050 del 05 de julio de

³² *Ibidem*, p. 72 a 73.

2019³³, en el que luego de realiza una visita técnica al sector de Pueblo Nuevo en el municipio de Viterbo, a orillas del río Risaralda, conceptuó que:

“(…) Con la comparación de las imágenes de los años 2014, 2018 y 2019, se puede concluir que la dinámica y geometría del río Risaralda, frente al sector Pueblo Nuevo, NO ha cambiado. Dichas intervenciones han servido de manera temporal para disminuir la velocidad y energía de la corriente; no obstante, **es necesario considerar que dichas intervenciones son provisionales, debido a que por su dinámica natural, el río tiende a generar nuevos depósitos sobre la margen izquierda que pueden concentrar las aguas hacia la margen derecha, sitio donde se localiza en barrio Pueblo Nuevo.** Del mismo modo, por su dinámica natural y geometría, el cauce tiende a afectar la margen izquierda, aguas abajo del sector de Pueblo Nuevo, sobre la cual se ubica el Condominio Valles de Risaralda.

Los procesos de socavación lateral observados, son generados de manera natural por la dinámica del Río Risaralda, caracterizado por su alta sinuosidad, hecho que se ve favorecido por la ausencia de las fajas forestales protectoras, la presencia de depósitos de escombros, pastos, cultivos de caña e infraestructura como viviendas y cancha.

En cuanto al tipo de obra para garantizar la estabilidad de las márgenes de este río, se concluye que deben ser obras de protección de orilla (muros en gaviones, concretos, ciclópeos, recubrimientos superficiales, geomallas, etc), es decir, sin generar una invasión del cauce, las cuales buscan fijar una nueva margen que esté alejada de la existente, buscando con ello, favorecer los procesos de sedimentación y por consiguiente, reducir la erosión lateral de orillas. (…)

Teniendo en cuenta que uno de los factores contribuyentes los procesos de socavación lateral es la ausencia de faja forestal protectora, es indispensable el restablecimiento de la misma con la siembra de especies forestales nativas de la región que proporcionen resistencia y amarre al terreno para hacer frente a los procesos erosivos generados por la dinámica natural del cauce, la cual, de acuerdo a la Resolución 077 de 2011, no debe ser inferior a 20 metros. Para la constitución de viviendas o cualquier otra infraestructura sobre ambas márgenes del río Risaralda,

³³ Archivo “07RespuestaRequerimientoCorpocaldas” del expediente electrónico, p. 72 a 78

se debe conservar un retiro por inundación y/o torrencialidad, resultado de modelaciones hidrológicas e hidráulicas, acorde con la metodología establecida en la Resolución 561 de 2012 emanada de Corpocaldas.”

Para CORPOCALDAS, como resultado de las visitas técnicas que se han adelantado, los procesos de socavación observados son consecuencia natural de la dinámica propia del río Risaralda, que se caracteriza por ser meandro, hecho que se ve favorecido por la ausencia de las fajas forestales protectoras. Así, el movimiento natural del río va a generar que se presenten procesos de socavación que, en criterio de este Despacho, podría poner en riesgo a la comunidad aledaña al margen del cauce del río, máxime si no se respeta la distancia a que hace referencia la referida zona de protección.

Como respuesta a la prueba decretada por solicitud de CORPOCALDAS respecto a allegar el Esquema de Ordenamiento Territorial del municipio de Viterbo, el 15 de julio de 2020 el apoderado de la entidad demandada allegó, entre otros, el Acuerdo 029 del 21 de diciembre de 2000, por el cual se adopta el esquema de ordenamiento territorial para el municipio de Viterbo, en el que se observa lo siguiente en el capítulo de 6° “*uso y tratamiento del suelo urbano*” del documento técnico de soporte del referido esquema de ordenamiento territorial³⁴:

“(…) 6.5.2.2.2. RIESGO ALTO POR INUNDACIÓN

Se recomienda evitar la expansión urbanística hacia la parte baja del barrio Pueblo Nuevo que coincide con la franja de amenaza alta por inundación, y de manera general a lo largo de toda esta franja.”

También se establece en el numeral 8 *ibidem* denominado “*amenazas naturales, vulnerabilidad y riesgos*” del capítulo 5° “*componente rural*”, lo siguiente:

“8.3.2. RIESGO MODERADO A ALTO POR INUNDACION.

El río Risaralda a su paso por el perímetro urbano del municipio de Viterbo causa un riesgo moderado a alto por inundación debido a la presencia de las viviendas

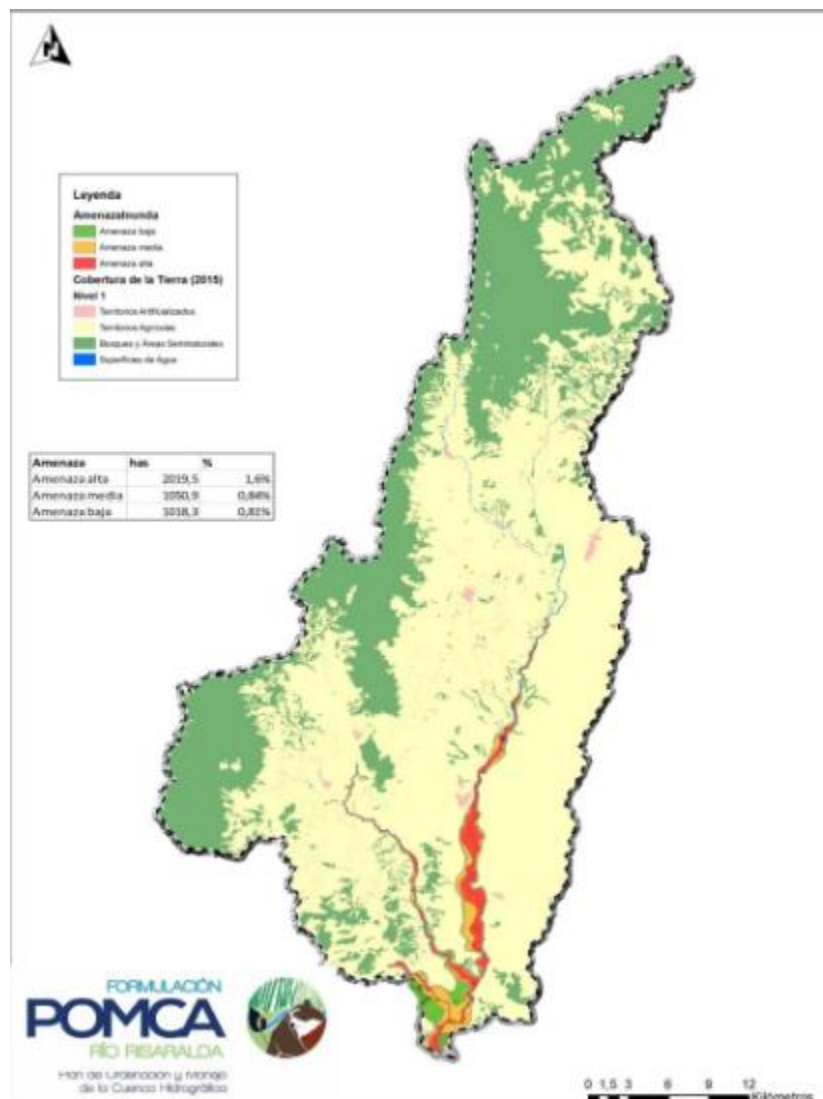
³⁴ Archivo “11RespuestaRequerimientompioViterbo” del expediente electrónico,

del barrio Pueblo Nuevo, las cuales según comentarios de las personas allí residentes, en épocas invernales se ven afectadas por las aguas del río, por estar éstas construidas en la zona inundable del río.

Se recomienda suspender la edificación de viviendas en este sector y construir muros de contención que detengan el paso del agua del río hacia las casas que ya existen.”

Con lo anterior se puede evidenciar que en el instrumento de gestión local, como se define el Esquema de Ordenamiento Territorial, que busca armonizar, organizar y administrar la ocupación y uso del espacio público, se puso de presente la situación que constituía riesgo en el sector de Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, precisamente por su cercanía con el cauce del río Risaralda y su faja de protección que podía poner en riesgo por inundación a los habitantes del sector.

Aunado a lo anterior, con la Resolución 2017-3688 del 20 de diciembre se adoptó por parte de CORPOCALDAS el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica – POMCA- del río Risaralda, como se observa en el archivo “4. Resolución Aprueba Risaralda” del archivo “02CDCuaderno1”, carpeta “1. POMCA APROBADO” del expediente electrónico. En la carpeta “2. Diagnóstico” se observa el archivo “VI. Gestión del riesgo”, que en el punto 4.5.2.4.5 contempla el mapa de amenazas por inundación, así:

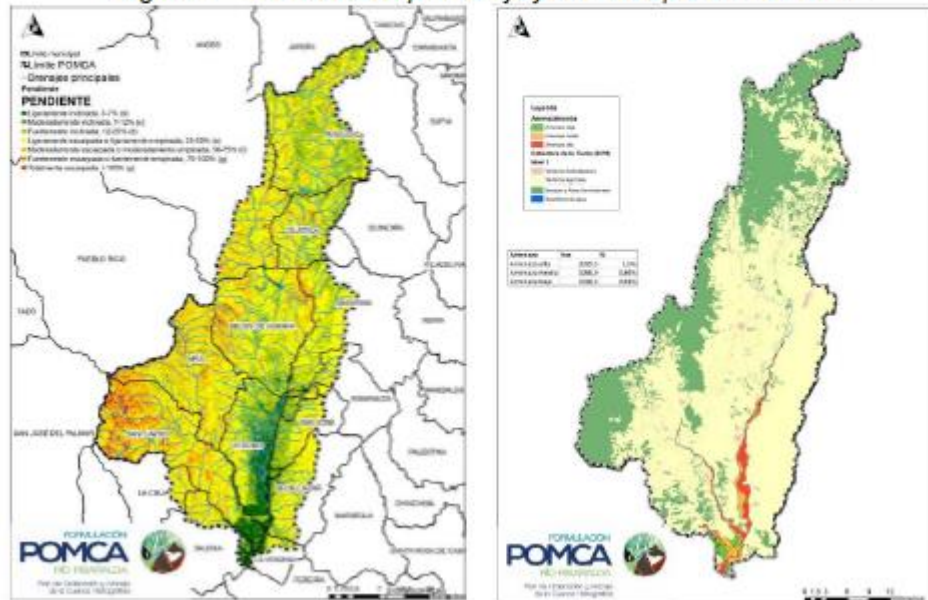


CORPOCALDAS hizo referencia al indicado mapa en el oficio 2018-IE-00020358 del 12 de septiembre de 2018³⁵, cuando expuso lo siguiente:

³⁵ Archivo “07RespuestaRequerimientoCorpocaldas” del expediente electrónico, fl.57

Producto de las condiciones geomorfológicas y de acuerdo a diversos estudios realizados en tal sitio es posible identificar una permanente amenaza por inundaciones del Río Risaralda, con permanente transporte de grandes cantidades de nutrientes que han convertido al valle en una zona fértil ideal para los cultivos de caña.

Figura 3. Pendientes en porcentaje y amenaza por inundaciones.



Fuente: POMCA Río Risaralda, 2016.

Un acercamiento del mapa al revisar las capas temáticas e insumos para la elaboración de capas de amenaza que se aportaron al expediente y que obran en el archivo "04CDCuaderno1" - carpeta "ANEXOS" - "Cuenca_2614_Tematico.gdb" del expediente electrónico permite ubicar con más exactitud el sitio que corresponde a las coordenadas 5°03'32.0" N y 75°51'6W con respecto al mapa de amenaza por inundación, que se identifica con el localizador punteado en azul, así:



Lo anterior reafirma, adicional a todo lo expuesto, que el sitio objeto de la presente acción popular se encuentra en una zona de amenaza alta por inundaciones.

Por otro lado, el 06 de agosto de 2020 se recibieron las declaraciones de JHON JAIRO GARCIA MARIN y JHON JAIRO CHISCO LEGUIZAMON, en tanto se desistió de la práctica del testimonio de ALEJANDRO MARULANDA AGUIRRE.

JHON JAIRO GARCIA MARIN indicó en su testimonio lo siguiente, refiriéndose al muro que se había construido en el sitio de los hechos y lo sucedido con el mismo:

“(…) entonces a mediados de 2019 del año pasado antes de empezar a intervenirlo, el muro empezó a colapsar, y pues ahí tengo unas fotos, el muro colapsó totalmente, y en vista de eso para que el municipio no perdiera los recursos porque volver a reconstruirlo implicaría invertir cerca de mil millones de pesos, el municipio trató de buscar y presentó un proyecto a Bogotá y nosotros también presentamos un proyecto para conseguir recursos y pues estos proyectos se cayeron y este año pues no se han vuelto a presentar pues a raíz de la pandemia, pero consideramos también en estos momentos que el sitio está estable, yo hice una visita hace unos 15, 20 días, tome unas fotografías aéreas y a pesar de estar colapsado el muro, el río tiene una tendencia en este momento hacia el otro lado, entonces lo que pretendía en la demanda incluirle hacerle lloraderas, bueno restablecer el muro, ya en este momento no aplica, mi concepto es que el sitio tiene riesgo por inundación, por procesos erosivos, porque se vaya socavar y acercarse en las viviendas de tipo medio o bajo, por qué, porque está ubicado a más de cien metros y tiene de por medio la cancha de fútbol, y está a más de cien metros de la primera vivienda que hay ahí en el sector de pueblo nuevo, o sea que el riesgo para la vida pues es muy difícil, ahora reconstruir otro muro, este muro que colapsó tenía más de un metro por encima del nivel de la orilla del río de esa cancha, que pasó, hubo varias crecientes anteriores a que colapsara el muro y el agua alcanzó a sobrepasar por encima del muro, obviamente es una corriente muy suave porque va subiendo el nivel y va inundando la cancha y por decir algo entre las viviendas y la orilla del río tienen entre 50 y 60 centímetros digamos de altura, y pues realmente una inundación tipo torrencial no es, ya que las características también del río Risaralda son de un río plano, de un río de valle e inclusive por eso se hizo el espolón, se utilizó gravilla en su núcleo porque es un río que no arrastra mucha piedra, o sea no podría generar unas partículas grandes que puedan generar daños,

o desbordarse en alguna parte, obviamente cuando se desborda, solo se desborda como la parte líquida, el agua, entonces inundando pero no produciendo digamos los efectos como los que produjo la avalancha en Mocoa hace 2 años, que arrastró piedras de gran tamaño, ríos de alta torrencialidad de la zona (...)»³⁶

Continuó indicando el testigo lo siguiente:

“(…) como les comentaba lo que vemos allá es que las viviendas están en ese sector de pueblo nuevo a más de 100 metros de distancia, ahora bien, qué medidas se pueden tomar, en el mismo POT o PBOT del municipio pues deben dejar la restricción totalmente, la prohibición de construir más viviendas en el sector, o sea no seguir avanzando hacia el río, que esos cien metros sirvan de protección, una de las mejores maneras de evitar el riesgo, el peligro de cualquier caso es no acercarse a este riesgo o a este peligro, a esta amenaza que constituye el río a una creciente, y la otra forma que si es muy válida consiste en sembrar árboles, porque estos árboles tienen muchas funciones entre otras pues amarran el suelo, el terrero aledaño y no permiten que si se crece suba el agua y no dejan arrastrar tanto el material, es decir que sirven de anclaje al terreno para que el agua no se desborde y no arrastre gran material (...)”

Ante la pregunta del Despacho sobre el colapso del muro construido en el 2011, el testigo contestó:

“(…) con la rotación de la tierra, con los tipos de materiales, como es una llanura aluvial, o sea, esos son una terrazas que el mismo río había podido hacer hace ciento, miles o millones de años (...) Entonces, también se ha demostrado que debido a la rotación de la tierra estos ríos empiezan a migrar, a concentrar caudales en una parte, a socavar esa orilla, y eso fue lo que pasó en este caso, volvió otra vez a girar hacia la margen derecha del muro, colapsó, y en estos momentos hay todavía un espolón, el primer espolón de entrada, que ahí mismo en la demanda dice el demandante que sería muy bueno construir uno espolón o espigón en la salida, muro, que me parece también es viable, porque en este momento colapsó el muro que iba paralelo a la orilla *inaudible* el primer espolón que estaba al inicio del mismo. Eso está prácticamente intacto porque es un espolón que se construyó entre la tierra y la orilla del río, y solamente alcanzó a colapsar los primeros 2 metros por

³⁶ Archivo “44AudienciaTestimoniosAportadaCorpocaldas” del expediente electrónico.

decir algo, o un metro. (...) La intervención que hizo la gobernación y el municipio el año, esta intervención se hizo una intervención, son como pañitos de agua tibia, o sea, qué se trató de hacer? Un dragado. Un dragado son unas obras muy temporales, o sea son unas obras, por qué? Porque este río tiene temporadas secas y temporadas lluviosas, cuando viene una temporada lluviosa un solo aguacero fuerte arrastra material y es capaz de cambiar el mismo cauce, entonces una parte que estaba más profundo el agua lo llena, y en la otra parte deposita materiales, entonces esa obra que se hizo entre la gobernación y el municipio son obras como en todos los ríos, los que se hacen en el Magdalena, en el Cauca, son obras temporales.”

Considera el testigo que, en su criterio, no hay un riesgo latente para la vida de las personas que habitan en el sector de Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo por la distancia que podría existir entre las viviendas y el río Risaralda. Sin embargo, es consciente de la existencia de un nivel de riesgo y que las obras adelantadas por el municipio de Viterbo en concurso con el departamento de Caldas son *pañitos de agua tibia*.

El testigo, dado su conocimiento técnico, refirió lo siguiente:

“¿Ingeniero Jairo indíqueme al despacho de acuerdo a su experiencia y de acuerdo a su conocimiento que tiene de este sitio, si en el evento de ser construido un nuevo muro de contención este correría la misma suerte del que fue construido en el año 2011? CONTESTADO: Podría hacerse uno más profundo y de mejor cimentación con otras características por ejemplo con una serie de lloraderos para que el agua que queda por fuera vuelva e ingrese al río, pero eso no cambiaría el nivel de riesgo, o sea el nivel de riesgo por inundación qué pasa, este espolón que teníamos ahí tenía un metro por encima del nivel de la cancha, entonces si yo hago otro con un metro y el agua ya se había desbordado y en caso de crecientes vuelve y se pasa un poquito antes o un poquito después del muro y se desborda y vuelve otra vez inunda la cancha, entonces el nivel de riesgo con la construcción de otra estructura reemplazando la actual me parece que en mi concepto no cambia.”

No obstante lo anterior, CORPOCALDAS allegó el oficio 2019-IE.00017050 del 05 de julio de 2019³⁷, en el que conceptuó que:

“En cuanto al tipo de obra para garantizar la estabilidad de las márgenes de este río, se concluye que deben ser obras de protección de orilla (muros en gaviones, concretos, ciclópeos, recubrimientos superficiales, geomallas, etc), es decir, sin generar una invasión del cauce, las cuales buscan fijar una nueva margen que esté alejada de la existente, buscando con ello, favorecer los procesos de sedimentación y por consiguiente, reducir la erosión lateral de orillas. (...)

JHON JAIRO CHISCO LEGUIZAMON, testigo solicitado por CORPOCALDAS, refirió en su declaración lo siguiente³⁸:

“(...) efectivamente la corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas, en varias ocasiones ha ejercido esa función que establece la Ley, la Ley 99, la Ley 1523 de gestión del riesgo de apoyar de manera complementaria y subsidiaria los procesos de gestión del riesgo que sobre el particular adelantan las entidades territoriales en este caso el Municipio de Viterbo, concretamente para el efecto de esa asesoría la Corporación ha desplazado a profesionales al área, ha desplazado Ingenieros Civiles con especialización en hidráulica, hidrología, para realizar un diagnóstico de la problemática y producto de esos análisis realizados durante esas visitas es que podemos afirmar de que los procesos que se vienen desarrollando en este sector del río Risaralda, a la altura o frente a lo que es el Barrio Pueblo Nuevo corresponden a procesos naturales de erosión de orillas, en este caso sobre la margen derecha del río Risaralda, hay que tener presente su señoría que la condición digamos que geomorfológica o morfo dinámica del río en este tramo es hacer sinuoso, hacer digamos que presentar muchas curvas, es un río que presenta digamos un carácter meandrico o sea que son una serie de curvas muy frecuentes, y el río teniendo en cuenta ese comportamiento, esa dinámica fluvial tiende a migrar sobre su valle o sus terrazas aluviales más bajas generando desplazamientos en cuestiones de años bien sea hacia la izquierda o hacia la derecha de ese gran valle que es el valle del río Risaralda, eso provoca que el río migre como lo decía anteriormente hacia la derecha o hacia la izquierda independientemente del sector donde se encuentra favorecido pues obviamente por el tipo de material aluvial que

³⁷ Archivo “07RespuestaRequerimientoCorpocaldas” del expediente electrónico, p. 72 a 78

³⁸ Archivo “44AudienciaTestimoniosAportadaCorpocaldas” del expediente electrónico.

conforman esas terrazas aluviales, ese gran valle corresponde a depósitos de arena y a grabas de diferente diámetro y el río lo que hace es que en la medida cuando se presenta crecientes o en su curso normal va erosionando esas márgenes y eso es lo que está sucediendo particularmente a la altura del barrio Pueblo Nuevo, en donde allí se construyó una obra de protección de orillas por parte del municipio por allá en el año 2010, 2011 que es una obra y en eso hay que ser muy claro señor Juez, es que esa obra es de protección de orillas, es una obra que protege esa orilla, que controla el avance o el retroceso o la erosión lateral que ejerce el río sobre esa orilla, evitando de esta manera que se acerque a las casas del Barrio Pueblo Nuevo, las casas de ese punto donde está el muro están más o menos a unos 100,110 metros aproximadamente y gracias a ese muro digamos que el río se ha controlado, el avance de esa erosión sobre esta margen derecha en este punto en particular, hay que entender también y como segundo digamos que conclusión importante es que la obra no es, ese muro no es una obra de control de inundaciones (...)

El testigo hace una declamación consistente en su relato de los hechos, y de cierta forma puntualiza la finalidad de las obras adelantadas en el río Risaralda, enfatizando en que corresponde a una obra de proyección de orillas, evitando que avance la erosión lateral, pero es claro en referir que en todo caso dichos procesos corresponden a los naturales propios del recurso hídrico.

También hace referencia a que en el sitio de los hechos, por el cauce del río, se presenta erosión lateral al lado derecho, y al lado izquierdo se presentan fenómenos de sedimentación; al lado derecho, por la corriente, se presenta mayor erosión en el sitio que estaría contiguo a las viviendas del barrio Pueblo Nuevo. Sin embargo, reitera que las obras que se adelantaron en la zona son para controlar procesos erosivos y no para controlar inundaciones.

El Despacho considera que independientemente del cause natural del río que puede generar los procesos de erosión lateral, o que las comunidades o construcciones se encuentren cerca de la franja protectora del río que se cataloga como zona de protección, las autoridades territoriales no pueden obviar su responsabilidad respecto a los mecanismos de gestión del riesgo cuando puede evidenciarse la posibilidad de ocurrencia de desastres.

El artículo 2° de la Ley 1523 de 2012 contempla lo siguiente:

“De la responsabilidad. La gestión del riesgo es responsabilidad de todas las autoridades y de los habitantes del territorio colombiano.

En cumplimiento de esta responsabilidad, las entidades públicas, privadas y comunitarias desarrollarán y ejecutarán los procesos de gestión del riesgo, entiéndase: conocimiento del riesgo, reducción del riesgo y manejo de desastres, en el marco de sus competencias, su ámbito de actuación y su jurisdicción, como componentes del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.

Por su parte, los habitantes del territorio nacional, corresponsables de la gestión del riesgo, actuarán con precaución, solidaridad, autoprotección, tanto en lo personal como en lo de sus bienes, y acatarán lo dispuesto por las autoridades.”

Pese a lo anterior, la eventual responsabilidad de la comunidad en la generación de un riesgo por, por ejemplo, construir asentamientos dentro de las franjas de protección del río, o realizar asentamientos ilegales, no se erige como una causal de exoneración de responsabilidad para las autoridades territoriales que en el marco del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres tienen ciertas responsabilidades y funciones.

Así, ha considerado el Consejo de Estado que³⁹:

“la responsabilidad de la comunidad en la causación del riesgo no constituye una causal de exoneración de responsabilidad para las autoridades públicas por haber omitido el cabal cumplimiento de sus funciones, en el marco de las competencias administrativas establecidas en el ordenamiento jurídico, por cuanto los entes territoriales no pueden excusar su responsabilidad alegando que la comunidad que sufre el riesgo es responsable de su causación por crear asentamientos ilegales y contaminar los afluentes hídricos, pues la violación de la ley por los ciudadanos en modo alguno exonera a las autoridades del cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales.”

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA
Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 17001-23-33-000-2017-00452-01(AP)

Considera el Despacho que se logró demostrar con el material probatorio allegado al expediente que la comunidad que habita el barrio Pueblo Nuevo del municipio de Victoria, Caldas, se encuentra en riesgo alto por inundación como consecuencia de su ubicación cercana al río Risaralda, que dadas sus características fluviales es tendiente a generar procesos erosivos laterales en el lugar que se ubica cerca a la comunidad afectada, y que las obras de protección de orillas que se han realizado, como el muro construido en 2011 por parte de la administración municipal no soluciona de fondo la problemática del sector, en punto de minimizar el riesgo por inundación, por un lado, y la continuidad de los procesos erosivos, por el otro.

Por otra parte, CORPOCALDAS en sus informes técnicos determinó cuáles podrían ser las obras definitivas que se adelanten en el sector con la finalidad de presentar soluciones duraderas para la población, entre las que se encuentran obras de protección de orillas (muros en gaviones, concretos, ciclópeos, recubrimientos superficiales, geomallas, etc), que deben realizarse previo el trámite de permiso de ocupación del cause ante CORPOCALDAS, previos estudios y diseños hidrológicos e hidráulicos de detalle, y el restablecimiento de la faja forestal protectora con la siembra de especies nativas de la región que proporcione resistencia y amarre al terreno para hacer frente a los procesos erosivos.

Como se expuso en precedencia haciendo referencia a las funciones en materia de prevención de riesgo que le compete a los alcaldes, como jefes de la administración local, ser los responsables directos de la implementación de los procesos de gestión del riesgo en el distrito o municipio, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el área de su jurisdicción⁴⁰, por lo que las órdenes se emitirán de manera directa a cargo del municipio de Viterbo.

No obstante, se ordenará a CORPOCALDAS y al departamento de Caldas, en virtud a las responsabilidades de apoyo en la reducción del riesgo, gestión ambiental o ordenamiento territorial de la primera⁴¹, y la participación en virtud de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad de la segunda, que

⁴⁰ Artículo 14, Ley 1523 de 2012.

⁴¹ Artículo 31, Ley 1523 de 2012.

presten el apoyo respectivo en el marco de sus competencias al municipio de Viterbo para la implementación de las órdenes que se emitirán más adelante.

En consecuencia, no se torna admisible que la población que integra el barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo esté sometida a los riesgos que se pueden presentar por la inacción de la administración municipal frente a las recomendaciones expedidas por CORPOCALDAS, como autoridad ambiental, sustentada en una presunta ausencia de riesgo, cuando han sido claras las recomendaciones de la autoridad ambiental respecto a las medidas que deben tomarse en el sector, atendiendo, claro está, a las particularidades del afluente hídrico.

Así, considera esta Funcionaria Judicial que se transgredió el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente de la comunidad que habita en el barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, por lo que declarará no probada la excepción de i) *improcedencia de la acción popular – mitigación de la vulneración, daño o amenaza actual contra los derechos colectivos* e ii) *Inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción* propuesta por el municipio de Viterbo.

En consecuencia, se ordenarán las medidas necesarias como pasa a exponerse.

4. Conclusión

Acreditada la vulneración del derecho al derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente de la población que integra el barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, se ordenará al **MUNICIPIO DE VITERBO** que a través de los funcionarios competentes efectúe lo siguiente:

1. Realizar, dentro del término de un (01) mes siguiente a la ejecutoria de la presente sentencia, un censo de las familias que habitan el sector denominado como Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, en el que se indique si las mismas deben ser evacuadas preventivamente de acuerdo con los monitoreos que se hubiesen efectuados sobre el cauce y márgenes del Río Risaralda.

2. Efectuar, dentro del término de un (01) mes siguiente a la ejecutoria de la presente sentencia, monitoreo constante sobre el cauce y márgenes del río Risaralda sobre el sector contiguo al barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, hasta que con base en conceptos técnicos se certifique ausencia de riesgo por inundación para los habitantes de los referidos sectores.
3. Si como resultado de la visita o del monitoreo constante a que se refieren los numerales 1° y 2° se evidencia que las familias se encuentran en alto riesgo por inundación, se ordenará proceder dentro del término de tres (03) meses siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, adelantar (i) las medidas de prevención, preparación y evacuación para la protección de la población afectada, (ii) Coordinación con entidades públicas y Defensa Civil Colombiana para la evacuación de las personas en riesgo, e (iii) implementar los programas de reubicación de familias localizadas en la zona de alto riesgo por inundación mientras se efectúan las obras de mitigación que permitan su retorno seguro.
4. Iniciar, dentro de los seis (06) meses siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, proceso de reforestación de las franjas de protección del río Risaralda por el sector contiguo al barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, con acompañamiento y asesoría de CORPOCALDAS en el marco de sus competencias.
5. Adelantar, dentro del término máximo de un (01) año siguiente a la ejecutoria de esta sentencia todas las gestiones administrativas, presupuestales y contractuales que requiera para contratar y adelantar estudios técnicos que se requieran para emitir viabilidad a la construcción de obras de estabilidad de las márgenes del río Risaralda en el sector colindante con la población que integra el barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo. Para tal efecto CORPOCALDAS y el departamento de Caldas prestarán acompañamiento y asesoría en el marco de sus competencias.

6. Si como resultado de los estudios técnicos adelantados se considera la viabilidad de adelantar las obras de estabilidad referidas, el **MUNICIPIO DE VITERBO** deberá adelantar dentro de los tres (03) meses siguientes al vencimiento del término de un (01) año contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, los trámites de permiso de ocupación respectivos ante **CORPOCALDAS**, garantizando que las intervenciones en el cauce garanticen el flujo continuo y normal de las aguas del río Risaralda, sin la presencia de desviaciones, represamientos o bifurcaciones indeseables, o procesos desestabilizadores sobre las márgenes del lecho.
7. Una vez adelantado el trámite respectivo ante **CORPOCALDAS**, supeditado a la viabilidad técnica de las obras de estabilidad de las márgenes del río Risaralda en el sector colindante con la población que integra el barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, el **MUNICIPIO DE VITERBO** contará con el término máximo de un (01) año a partir de la ejecutoria de la decisión que emita la autoridad ambiental para, si es favorable, adelantar todas las gestiones administrativas, presupuestales y contractuales que se requieran para ejecutar las obras requeridas.

5. Comité de verificación:

Se conformará un comité de verificación del cumplimiento del fallo de que trata el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual estará integrado por: el accionante **JAIME JUSEP ZULUAGA GIRALDO**, el alcalde del **MUNICIPIO DE VITERBO** o quien este delegue, el director de **CORPOCALDAS** o quien este delegue, el secretario de infraestructura del **DEPARTAMENTO DE CALDAS** o quien este delegue, y el **PERSONERO MUNICIPAL** del **MUNICIPIO DE VITERBO**, a fin de que le hagan seguimiento del cumplimiento de las decisiones adoptadas en esta providencia.

6. Costas.

En esta oportunidad, el Juzgado no hará especial condena en costas, pues no se configuran los elementos constitutivos que fija la ley para su condena.

De acuerdo con lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de i) *improcedencia de la acción popular – mitigación de la vulneración, daño o amenaza actual contra los derechos colectivos* propuesta por el **MUNICIPIO DE VITERBO**, por lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que el **MUNICIPIO DE VITERBO** ha vulnerado el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente de la comunidad que habita en el barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: En consecuencia, **ORDENAR** al **MUNICIPIO DE VITERBO** que a través de los funcionarios competentes efectúe lo siguiente:

1. **REALICE**, dentro del término de un (01) mes siguiente a la ejecutoria de la presente sentencia, un censo de las familias que habitan el sector denominado como Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, en el que se indique si las mismas deben ser evacuadas preventivamente de acuerdo con los monitoreos que se hubiesen efectuados sobre el cauce y márgenes del Río Risaralda.
2. **EFFECTÚE**, dentro del término de un (01) mes siguiente a la ejecutoria de la presente sentencia, monitoreo constante sobre el cauce y márgenes del río Risaralda sobre el sector contiguo al barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, hasta que con base en conceptos técnicos se certifique ausencia de riesgo por inundación para los habitantes de los referidos sectores.
3. Si como resultado del censo o del monitoreo constante a que se refieren los numerales 1° y 2° del artículo 3° de este proveído se evidencia que las familias se encuentran en alto riesgo por inundación, se **ORDENA** proceder

dentro del término de tres (03) meses siguiente a la ejecutoria de la presente sentencia, a adelantar (i) las medidas de prevención, preparación y evacuación para la protección de la población afectada, (ii) Coordinación con entidades públicas y Defensa Civil Colombiana para la evacuación de las personas en riesgo, e (iii) implementar los programas de reubicación de familias localizadas en la zona de alto riesgo por inundación mientras se efectúan las obras de mitigación que permitan su retorno seguro.

4. **INICIAR**, dentro de los seis (06) meses siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, proceso de reforestación de las franjas de protección del río Risaralda por el sector contiguo al barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, con acompañamiento y asesoría de CORPOCALDAS en el marco de sus competencias.
5. **ADELANTAR**, dentro del término máximo de un (01) año siguiente a la ejecutoria de esta sentencia, todas las gestiones administrativas, presupuestales y contractuales que requiera para contratar y adelantar estudios técnicos que se requieran para definir la viabilidad de la construcción de obras de estabilidad de las márgenes del río Risaralda en el sector colindante con la población que integra el barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo. Para tal efecto **CORPOCALDAS** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** prestarán acompañamiento y asesoría en el marco de sus competencias.
6. Si como resultado de los estudios técnicos adelantados se considera la viabilidad de adelantar las obras de estabilidad referidas, se **ORDENA** al **MUNICIPIO DE VITERBO** adelantar, dentro de los tres (03) meses siguientes al vencimiento del término de un (01) año contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, los trámites de permiso de ocupación respectivos ante **CORPOCALDAS**, garantizando que las intervenciones en el cauce garanticen el flujo continuo y normal de las aguas del río Risaralda, sin la presencia de desviaciones, represamientos o bifurcaciones indeseables, o procesos desestabilizadores sobre las márgenes del lecho.

7. Una vez adelantado el trámite respectivo ante **CORPOCALDAS**, supeditado a la viabilidad técnica de las obras de estabilidad de las márgenes del río Risaralda en el sector colindante con la población que integra el barrio Pueblo Nuevo del municipio de Viterbo, se **ORDENA** al **MUNICIPIO DE VITERBO**, dentro del término máximo de un (01) año contado a partir de la ejecutoria de la decisión que emita la autoridad ambiental, adelantar, si el concepto es favorable, todas las gestiones administrativas, presupuestales y contractuales que se necesiten para ejecutar la obra requerida.

CUARTO: CONFÓRMESE el comité de verificación del cumplimiento del fallo de que trata el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual estará integrado por: el accionante **JAIME JUSEP ZULUAGA GIRALDO**, el alcalde del **MUNICIPIO DE VITERBO** o quien este delegue, el director de **CORPOCALDAS** o quien este delegue, el secretario de infraestructura del **DEPARTAMENTO DE CALDAS** o quien este delegue, y el **PERSONERO MUNICIPAL** del **MUNICIPIO DE VITERBO**, a fin de que le hagan seguimiento del cumplimiento de las decisiones adoptadas en esta providencia.

QUINTO: SE ORDENA la publicación de la parte resolutive de la presente sentencia en un diario de amplia circulación nacional a cargo del **MUNICIPIO DE VITERBO**). Hecho lo anterior deberá remitir al Despacho constancia de la publicación.

SEXTO: EXPEDIR copia de este fallo con destino a la Defensoría del Pueblo para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

SÉPTIMO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones respectivas.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEA

CCMP/ Sust

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 11/ENE/2024


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA No.: 321
RADICACIÓN: 17-001-33-39-007-**2018-00432-00**
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: EDUIN STV OSPINA RIVERA Y OTROS
DEMANDADOS: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN,
RAMA JUDICIAL -DIRECCIÓN EJECUTIVA DE
ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y MINISTERIO DE
DEFENSA - POLICÍA NACIONAL

1. ASUNTO

En los términos del inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A., procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES

La parte actora en ejercicio del medio de control de Reparación Directa, demanda a la Fiscalía General de la Nación, a la Rama Judicial -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y al Ministerio de Defensa -Policía Nacional solicitando lo siguiente:

1. Se declare a la Nación -Rama Judicial -Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a la Fiscalía General de la Nación y al Ministerio de Defensa -Policía Nacional, administrativamente responsables por la detención injusta y por demás arbitraria, en un claro error judicial del señor Eduin Stv Ospina Rivera, en hechos ocurridos el día 24 de octubre de 2016, por parte de los entes demandados y cuando fue indebidamente sindicado y detenido por el presunto delito de Hurto Calificado Agravado, conforme a los hechos que se narran en la demanda.

Como consecuencia de la anterior declaración, discrimina los perjuicios así:

2. Por concepto de perjuicios morales ocasionados como consecuencia directa de los momentos de angustia, sufrimiento e intenso dolor que padeció el grupo familiar, por la detención injusta y por demás arbitraria en un claro error judicial del señor Eduin Stv Ospina Rivera, (...):

a. Para el señor Eduin Stv Ospina Rivera, en su condición de afectado, una suma equivalente a 15 salarios mínimos mensuales vigentes, salario que para la fecha de la demanda es de \$781.242, equivalentes a \$11'718.630.

b. Para la señora Marta Lucy Ospina Rivera, en su condición de Madre del Afectado, una suma equivalente a 15 salarios mínimos mensuales vigentes, salario que para la fecha de la demanda es de \$781.242, equivalentes a \$11'718.630.

c. Para el señor Víctor Manuel García Ospina, en su condición de Hermano del Afectado, una suma equivalente a 7.5 salarios mínimos mensuales vigentes, salario que para la fecha de la demanda es de \$781.242, equivalentes a \$5'859.315.

d. Para la señora Bernardette Rivera de Osorio, en su condición de abuela materna del afectado, una suma equivalente a 7.5 salarios mínimos mensuales vigentes, salario que para la fecha de la demanda es de \$781.242, equivalentes a \$5'859.315.

e. Para el señor Jesús Dorance Ospina Marulanda, en su condición de abuelo materno del afectado una suma equivalente a 7.5 salarios mínimos mensuales vigentes, salario que para la fecha de la demanda es de \$781.242, equivalentes a \$5'859.315.

3. Por concepto de perjuicios materiales al señor Eduin Stv Ospina Rivera, por concepto de lucro cesante, durante el tiempo de su detención, fecha durante la cual dejo de laborar y proveer el sustento de su familia, el ingreso que mensualmente obtenía como Jefe Zonal de Ventas, por valor mensual de \$689.454. En total los perjuicios materiales, por un valor superior a \$2'000.000 o en su caso, las probadas en el incidente de regulación de perjuicios acrecida con los aumentos que tiene ordenada la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

4. Que se le dé cumplimiento al fallo en los términos del Artículo 192, 193 y 195 del C.P.A.C.A.

5. Las demandadas están obligadas a pagar a mis mandantes sobre las sumas de dinero que el fano determine en favor de cada uno de ellos, intereses moratorios, con fundamento en la Sentencia Constitucional No. C-188 de marzo 29 de 1999.

2.2. HECHOS RELEVANTES

El día 24 de octubre de 2016, el señor Eduin Stv Ospina se desplazaba desde el Municipio de Pereira -Risaralda con destino a la ciudad de Medellín al funeral de un familiar.

Encontrándose a bordo del bus unos agentes de la Policía Nacional de la terminal de transportes hicieron descender a los pasajeros del vehículo automotor a quienes les requirieron los documentos de identificación.

Después de transcurridos unos minutos, el señor Eduin Stv Ospina Rivera, fue informado por los funcionarios de la Policía, que tenía una orden de captura vigente No. 00-000-11216, emanada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma -Caldas por el presunto delito de Hurto Calificado Agravado, por lo cual fue esposado y trasladado a la Estación de Policía de la Terminal de Transportes del Municipio de Pereira -Risaralda.

Posteriormente fue dejado a disposición de la Fiscal Local (E) del Municipio de Anserma -Caldas, quien solicitó audiencia preliminar, para control de legalidad de la captura, formulación de la imputación, solicitud de imposición de la medida de aseguramiento, que correspondió al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Anserma -Caldas.

El señor Eduin Stv Ospina Rivera, fue privado de la libertad por un espacio de 2 días, y en la Audiencia de Control de Garantías la Fiscalía Local de Anserma -Caldas, después de observar el legajo de las diligencias arrimadas a su despacho, encontró graves inconsistencias en la investigación e identificación del capturado por lo que solicitó al señor juez, se accediera y ordenara, la cancelación de la captura en contra del demandante por ilegalidad de la misma.

Pues si bien, aparecía el nombre del señor Eduin Stv Ospina Rivera, con su número de identificación y fecha de nacimiento, no reposaba dentro de los actos urgentes de Policía Judicial, que se hubiese practicado un cotejo dactiloscópico y/o decadaactilar que permitiera fehacientemente establecer y determinar que si se trataba de la misma persona de quien se solicitaba la captura.

Es decir, que nunca existió plena identificación de la persona detenida el día 24 de agosto de 2016, con la persona capturada el 27 de agosto de 2013, como tampoco hubo reconocimiento fotográfico del detenido con la supuesta víctima.

Así mismo en cuanto al arraigo del señor Eduin Stv Ospina Rivera no corresponde a los datos suministrados por quien cometió el delito quien manifestó que era hijo

de Martha Lucy y Eduardo, información que no corresponde a los padres del joven Eduin Stv Ospina Rivera, pues de acuerdo con su Registro Civil de Nacimiento, cuyo indicativo serial es 19347171, es hijo legítimo de la señora Martha Lucy Ospina Rivera y no posee padre alguno.

El día 26 de octubre de 2016, el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Anserma - Caldas, al declarar la ilegalidad de la captura del señor Eduin Stv Ospina Rivera, advirtió lo siguiente: "(...) tratar de en lo posible de ser más diligentes en la identificación plena de las personas que sean sometidas pues a estas investigaciones, lamentando pues, pidiéndole disculpas al ciudadano por las irregularidades cometidas (...)".

En esa misma fecha el mencionado juez, remitió oficio No. 923 de fecha 26 de octubre del 2016 al Comandante Estación de Policía Terminal de Pereira -Risaralda, en el cual se manifestó: "Me permito comunicarle que en audiencia de control de garantías realizada en la fecha, se decidió concederle la libertad al señor Eduin Stv Ospina Rivera identificado con C.C. 1.05.820809".

Los hechos que dieron lugar a la Orden de Captura No.00-00011-2016, tuvieron ocurrencia el día 27 de agosto de 2013, fecha para la cual el señor Eduin Stv Ospina Rivera, se encontraba vinculado laboralmente en el almacén Tenis y Mas de la ciudad de Manizales, devengando un salario mínimo.

El señor Eduin Stv Ospina Rivera y su familia, vivieron momentos angustiosos por la detención injusta y por demás arbitraria de que fue objeto, pues fue expuesto ante su familia y la sociedad como un delincuente de alta peligrosidad.

En el caso del señor Eduin Stv Ospina Rivera, se causó un daño antijurídico, por restricción de su libertad, debido a una mala e indebida identificación, ya que como se explica en la regla jurídica subsidiaria el sindicado no cometió el hecho.

2.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

De las normas que fundamentan sus pretensiones se destaca el artículo 90 de la Constitución Política, los artículos 104 y 140 del Código de lo Contencioso Administrativo, la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, la Ley 174 de 1968, por la cual se aprueba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas en su artículo 146 y la Ley 16 de 1972, por la cual se aprueba el pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.4. TRÁMITE PROCESAL

Después de surtirse la fase escrita del procedimiento, se llevó a cabo la audiencia inicial el día 14 de septiembre de 2021, allí se declaró el saneamiento del proceso, se fijó el litigio y se decretaron pruebas¹.

La audiencia de pruebas se realizó el 22 de febrero de 2022², durante la misma, conforme al inciso final del artículo 181 del C.A.P.A.C.A, se corrió traslado a las partes para que dentro de los 10 días siguientes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito y al Ministerio Público, para que, si lo consideraba pertinente presentara su concepto.

Vencido el término de traslado de alegatos el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

2.5. ACTUACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

2.5.1. LA NACIÓN -RAMA JUDICIAL -DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Sostiene que las actuaciones y decisiones de los agentes judiciales que intervinieron en el proceso penal en el que resultó vinculado el señor Eduin, se emitieron de acuerdo a la actuación de la Fiscalía General de la Nación, atendiendo el hecho de que a luces de lo dispuesto en el artículo 128 del C. de P.P. se encuentra asignada a esta la función de formular imputación en contra del sindicado, la cual debe contener, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 288 del C. de P. C., numeral 1º, la individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones, la cual debe desempeñaría a cabalidad a fin de prevenir errores judiciales, para lo cual cuenta con mecanismos como el preceptuado en el artículo 253 del C. de P. P.

Aunado a que, emerge diáfana la inexistencia de un daño antijurídico, en contra de la Dirección, toda vez que nunca generó la actuación respecto de la investigación del implicado, por lo que los hechos que dieron origen al presente proceso no se ocasionaron como consecuencia de las actuaciones desplegadas por la Rama Judicial, para apoyar esto citó apartes de las sentencias T-177 de 2012 y T-653 de 2014 de la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, en consideración que los perjuicios reclamados por los demandantes guardan estrecha relación con la actividad desplegada por la Fiscalía

¹ Archivos 23 y 24 del expediente electrónico.

² Archivos 27 y 28 del expediente electrónico.

General de la Nación y Policía nacional, al no verificar la información y la evidencia física, no es la Rama Judicial la entidad responsable de indemnizar presuntos daños que son única y exclusivamente imputables a otras entidades.

Planteó como excepciones las que denominó:

- i) Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del estado.
- ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación -Rama Judicial - Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales.
- iii) Hecho de un tercero.

2.5.2. LA NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Alega que, en el presente asunto no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad frente a esa entidad, pues el día 24 de octubre de 2016, fue capturado el señor Eduin Stv Ospina Rivera, en el terminal de transportes de la ciudad de Pereira, en cumplimiento de la orden de captura No. 00-00011-2016 emitida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma -Caldas, el 14 de junio de 2016.

El mencionado ciudadano fue dejado a disposición de la Fiscalía Local de Anserma -Caldas, quien, dentro de las 36 horas siguientes a su detención, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Anserma -Caldas, el día 26 de octubre de 2016, solicitó realización de la audiencia de legalización de captura.

En dicha diligencia la Fiscalía, se abstuvo de solicitar la legalidad de la captura y solicitó al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de esa localidad con funciones de Control de Garantías, dejar en libertad al capturado, por encontrar irregularidades en la identificación de este, en tal sentido, la detención del señor Eduin Stv Ospina Rivera, no se torna en arbitraria.

Propuso como medios exceptivos los siguientes:

- i) Inexistencia de error judicial en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.
- ii) Inexistencia de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en cabeza de la fiscalía general de la nación.
- iii) El daño alegado no es antijurídico.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.6.1. APODERADO PARTE DEMANDANTE:

Empieza por citar apartes de la Sentencia emitida por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera – Subsección “B” el 3 de octubre de 2019 por el magistrado Ramiro Pazos Guerrero, en el proceso número de radicado 170012331000-2010-00504-01 (47905), para afirmar que conforme esta jurisprudencia tratándose de los casos de privación de la libertad, el título de imputación se estudiara de acuerdo al caso en concreto y siempre debe analizarse la actuación de la víctima.

Refiere que debe condenarse a las demandadas, como quiera que el señor Eduin Stv Ospina Rivera fue privado de la libertad de manera injusta, arbitraria e ilegal, por cuanto este fue indebidamente sindicado y detenido por el presunto delito de Hurto Calificado Agravado, ante las graves inconsistencias en la investigación e identificación del capturado, razón por la cual, la Fiscalía solicitó al juez que accediera y ordenara la cancelación de su captura por ilegal, por ende, considera que debe ser indemnizado el actor, al no configurarse la culpa grave o dolo de la víctima como eximente de responsabilidad.

Sostiene además, que se encuentra probado la existencia del daño ocasionado al señor Eduin Stv Ospina Rivera por la privación injustificada de su libertad desde el 24 al 26 de octubre de 2016, ante la ilegalidad de su captura por la ineficiente investigación de los policiales, del Cuerpo Técnico de la Fiscalía General de la Nación y la ausencia de actos urgentes de la Policía Judicial, pues no se practicó un cotejo dactiloscópico y/o decadactilar que permitiera establecer y determinar fehacientemente la identidad del capturado, lo cual es imputable a las aquí demandadas.

2.6.2. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN:

Aduce que no incurrió en error judicial, ya que en el presente asunto se presentó una captura, en un caso de suplantación de identidad, teniendo en cuenta que el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma -Caldas, profirió orden de captura en contra de un ciudadano que, al ser aprehendido por servidores de la Policía Nacional, se identificó como Edwin Stiven Ospina Rivera, identificado con C.C. No. 1.053.820.809, y que luego de ser consultada la base datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, se estableció que dicho documento de identidad pertenecía al señor Eduin Stv Ospina Rivera.

La orden de captura emitida en contra del quien tomó la identidad del señor Eduin Stv Ospina Rivera, se surtió bajo las normas del actual sistema penal acusatorio Ley 906 de 2004, en el cual la Fiscalía General de la Nación, solo tiene funciones de investigar y acusar ante los jueces de la república a las personas sindicadas de un delito, como lo ha establecido el Consejo de Estado en su jurisprudencia.

En el presente caso, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma -Caldas, fue la autoridad con facultades jurisdiccionales que emitió la orden de captura en contra del demandante, por encontrar que se cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 297 de la Ley 906 de 2004, esto es, la existencia de elementos materiales probatorios y evidencia física de los cuales se podía inferir de manera razonable que era autor o partícipe de la comisión del delito de Hurto Calificado y Agravado, así entonces el error judicial imputado a la Fiscalía General de la Nación no se configuró.

Indica que debe tenerse en cuenta que las inconsistencias encontradas por la Fiscalía Local de Anserma -Caldas, solo fueron advertidas al momento de ser capturado el señor Ospina Rivera, puesto que si bien la persona que fue capturada en agosto del año 2013 se identificó como Edwin Estiven Ospina Rivera, con C.C. No. 1.053.820.809, se supo que había suplantado la identidad del señor Eduin Stv Ospina Rivera, lo que como se dijo solo fue advertido al momento de ser capturado este.

Afirma que el daño alegado por la parte demandante no es antijurídico, puesto que si bien la orden de captura que se libró en contra del señor Eduin Stv Ospina Rivera, se profirió con el fin de realizarle imputación de cargos, dicho fin no fue alcanzado, ya que fue dejado en libertad de manera inmediata al poderse establecer que había sido objeto de suplantación de identidad por la persona señalada de cometer el delito que se investigaba.

Y en todo caso, considera que en este asunto no se probaron los perjuicios reclamados, conforme la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera, consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz del 29 de noviembre de 2021, Radicación: 18001-23-31-001-2006-0178-01 (46681), dado que los testimonios recaudados no son contundentes para establecer afectación moral de los parientes de Eduin Stv Ospina.

2.6.3. NACIÓN -RAMA JUDICIAL -DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL:

Afirma que en lo que la identificación e individualización plena del procesado, no es su responsabilidad, atendiendo el hecho de que a luces de lo dispuesto en el artículo 128 del C. de P.P. se encuentra asignada a la Fiscalía General de la Nación la función de formular imputación en contra del sindicado, la cual debe contener, de

acuerdo con lo preceptuado en el artículo 288 del C. de P. C., numeral 1º, la individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones, la cual debe desempeñarla a cabalidad a fin de prevenir errores judiciales, para lo cual cuenta con mecanismos como el preceptuado en el artículo 253 del C. de P. P.

Por ende, los perjuicios reclamados por los demandantes guardan estrecha relación con la actividad desplegada por la Fiscalía General de la Nación y Policía nacional, al no verificar la información y la evidencia física, así las cosas, no se logró establecer el nexo causal que existe en relación con el daño alegado por los demandantes y la actuación de los jueces, por lo que solicita aceptar las excepciones propuestas y absolverla por cuanto no existe responsabilidad alguna imputable a su cargo, por evidenciarse hecho de un tercero.

2.6.4. MINISTERIO DE DEFENSA -POLICÍA NACIONAL: Refiere, en síntesis, que al igual que las demás entidades demandadas cumplió con el término dispuesto en el artículo 297 de la Ley 906 de 2004.

El **MINISTERIO PÚBLICO** no intervino durante esta etapa procesal.

3. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA Y ANÁLISIS JURÍDICO.

De conformidad, con lo expuesto en la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, el problema jurídico principal a resolver es el siguiente:

¿la Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Policía Nacional y/o la Fiscalía General de la Nación, son administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios reclamados por la parte demandante, con ocasión de la presunta privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor Eduin Stv Ospina Rivera del 24 al 26 de octubre de 2016?

Si la respuesta al anterior interrogante es afirmativa se deberá establecer:

¿En el proceso se encuentran debidamente demostrados los daños y su cuantificación?

O, por el contrario, ¿se configura alguna de las causales de exclusión de la responsabilidad del Estado?

PRECISIONES RESPECTO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE AL PRESENTE ASUNTO:

Frente al punto debe aclarar el juzgado, que si bien, en el escrito de demanda y en la fijación del litigio se estableció como régimen de responsabilidad la privación injusta de la libertad, del análisis de los supuestos de hecho que soportan la demanda, se considera necesario precisar que la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia”, en desarrollo de la cláusula general de responsabilidad prevista en el artículo 90 de la Constitución Política, reguló el tema de la responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento de esta Rama del Poder Público, diferenciando tres títulos de imputación jurídica, esto es: i) el error jurisdiccional, ii) el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y iii) la privación injusta de la libertad.

Ahora bien, respecto de los títulos de imputación de privación injusta de la libertad y error jurisdiccional, el Consejo de Estado -Sección Tercera -Subsección A, mediante Sentencia de 23 de abril de 2021 con ponencia del consejero José Roberto Sáchica Méndez³, estableció:

“(…) la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad se predica frente a situaciones en que una persona ha sido privada de la libertad de manera preventiva y absuelta en sentencia ejecutoriada o su equivalente; mientras que, el error jurisdiccional procede frente a las providencias judiciales que se consideren como causantes del daño, por no tener justificación fáctica o jurídica, al carecer de razonamientos válidos, aceptables y coherentes, bien porque surjan de una inadecuada valoración de las pruebas (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde al caso concreto o de la indebida aplicación de la misma (error de derecho).”

De conformidad con lo anterior, concluye esta Sede Judicial que el presente caso debe analizarse bajo la óptica del título jurídico de imputación denominado **error jurisdiccional**, dado que la privación de la libertad que ahora se alega, no se dio en virtud de la imposición de medida preventiva sino como causa de una orden de captura para lograr la comparecencia al proceso penal, así las cosas, el supuesto hecho dañoso demandado se habría ocasionado en una providencia judicial frente a la cual se atribuyen unas falencias, o dicho de otra forma, emitida sin justificación fáctica o jurídica.

³ Sentencia No. 05001-23-31-000-2008-01451-02.

En consecuencia, se procederá a estudiar, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si la Nación -Rama Judicial -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Defensa -Policía Nacional son responsables por los hechos narrados en la demanda.

Para resolver el problema jurídico, el Despacho analizará los siguientes aspectos: **i)** elementos de responsabilidad del estado **ii)** solución al caso concreto que implica definir la existencia de un daño antijurídico, si este procede, establecer el régimen de responsabilidad aplicable y la imputabilidad del mismo a las entidades demandadas.

3.1.1. ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El presente proceso se originó en ejercicio del medio de control de Reparación Directa consagrado en el artículo 140 del C.P.A.C.A, facultando al interesado demandar del Estado la reparación del daño, cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

El régimen de responsabilidad del Estado al que obedece tal acción tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución de 1991, que le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas; es decir, el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber jurídico de soportar.

Igualmente, de una lectura literal del mencionado artículo, es posible entender que el régimen de responsabilidad allí consagrado es un régimen eminentemente patrimonial, porque el Estado presta su garantía pecuniaria a los daños que en el ejercicio de su actividad pueda causar a los particulares.

Sin embargo, es importante precisar que una interpretación sistemática del texto constitucional lleva a una conclusión más amplia. En efecto, al analizar el régimen de responsabilidad del Estado por daños, no se puede perder de vista que la Constitución de 1991 es garantista de la dignidad humana y de los derechos humanos⁴ y propende porque éstos abandonen su esfera retórica para convertirse en una realidad palpable.

Es de mayúscula importancia que, a través de la responsabilidad, el juez de lo Contencioso Administrativo adelante una labor de diagnóstico de las falencias en

⁴ Artículos 1, 2 y 89 C.P.

las que incurre la Administración y al mismo tiempo, una labor de pedagogía, a fin de que aquellas no vuelvan a presentarse, sobre todo, si esos daños vulneran en alguna medida los derechos humanos o la dignidad de las personas⁵.

La reparación de los daños comprende que la lesión a los derechos humanos, no se agota con el simple resarcimiento o la compensación económica; es importante que el juez adopte medidas -en cuanto su ámbito de competencia lo permita- a través de las cuales las víctimas, efectivamente queden indemnes ante el daño sufrido, conozcan la verdad de lo ocurrido, recuperen su confianza en el Estado y tengan la certeza de que las acciones u omisiones que dieron lugar al daño por ellas padecido no volverán a repetirse.

Una noción amplia de reparación va más allá de la esfera estrictamente pecuniaria del individuo, pues en ella se deben incluir los bienes jurídicos -como es el caso de la dignidad y los derechos humanos- que generalmente no pueden ser apreciados monetariamente, pero que, si resultan lesionados por el Estado, deben ser reparados mediante compensación. Solo así el principio de la reparación integral del daño cobra una real dimensión para las víctimas⁶.

La anterior óptica debe ser tomada en cuenta por el juez de lo Contencioso Administrativo al momento de verificar si se configura o no la responsabilidad de la Administración en cada caso concreto, sea cual fuere el título de imputación que se emplee.

Atendiendo a lo anterior, las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado, por sus hechos u omisiones, son las siguientes:

- Un daño antijurídico indemnizable y
- Un juicio de imputación desde un punto de vista fáctico y jurídico.

En cuanto al **daño**, según el profesor Juan Carlos Henao, se define como: “(...) toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátese de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos

⁵ En igual sentido ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de noviembre 27 de 2006, Exp. 15835, sentencia de 27 de noviembre de 2006, Exp. 16571, sentencia de mayo 3 de 2007, Exp. 25020, sentencia de 3 de mayo de 2007, Exp. 21511 y, sentencia de junio 6 de 2007, Exp. 15781 todas con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra.

⁶ Ley 446 de 1998, artículo 16.

de la responsabilidad civil – imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos”⁷

Cuando en el caso se ha determinado la existencia del daño es menester deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede o no calificarse como **antijurídico**, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado. En este último evento, el juzgador se releva de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado.

El daño por el cual se reclama el resarcimiento además debe tener la característica de ser **indemnizable**; en este sentido su reparación debe tener como objetivo dejar indemne a quien lo padece como si el daño nunca hubiera ocurrido o en el estado más próximo.

El **Juicio de Imputación** desde un punto de vista fáctico, abarca la relación de causalidad entre el hecho u omisión alegado y demostrado con el perjuicio experimentado y probado. Debe existir un vínculo de naturaleza directa, que no sea lógicamente posible suponer la existencia del daño sin la falla, demostrándose que el perjuicio provino necesariamente de las actuaciones u omisiones de la administración **con** un nexo de causa a efecto; es decir, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Según el principio de la causalidad, la causa produce su efecto⁸.

Esa relación de causalidad no existe o se rompe, cuando se prueba una causa extraña a la administración, la cual se torna en eximente total o parcial de la responsabilidad. Sucede cuando en la producción del daño interviene la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor, casos en los cuales no cabe deducir la responsabilidad de la administración estatal.

Desde el punto de vista jurídico, conforme con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁹ la imputación también abarca el estudio del fundamento del deber de reparar esto es, “*el título jurídico de imputación*”, así en providencia del 18 de febrero de 2010, (exp 18274), puntualizó:

“De otro lado, la concreción de la imputación fáctico no supone por sí misma el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere de un estudio de

⁷ JC Henao, artículo Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado, publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

⁸ Alberto Tamayo Lombana, La responsabilidad civil extracontractual y la contractual, pág. 91

⁹ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 18 de enero de 2012. Exp 19910.

segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico, existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios, bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.”

Se ha establecido jurisprudencialmente también, que es al Juzgador a quien corresponde, por aplicación del principio *iura novit curia* y una vez sopesados los elementos de convicción aportados al proceso, determinar cuál es el régimen de responsabilidad que corresponde aplicar en cada caso concreto. Para ello debe tener en cuenta los tres regímenes que la jurisprudencia ha desarrollado: falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial, cuyo fundamento normativo ha explicado el Consejo de Estado en sentencia del 8 de mayo de 1995 (exp. 8118) en los siguientes términos:

“Mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” 8art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar disposiciones en el inciso 2° del artículo 90 de la C.N. y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C.N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95, n° 9, y 216 de la C.N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el Decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C.P.C.; 414 del C.P.P., etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como este del no enriquecimiento sin causa.”¹⁰

Con base en lo anterior a continuación se abordará lo que concierne al régimen de responsabilidad aplicable en el caso específico.

4. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO:

¹⁰Jurisprudencia citada por M.C M’Causland Sánchez, artículo: Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades; publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

4.1. EL DAÑO

Comprendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad, tenemos que en el asunto bajo estudio el daño alegado se deriva de la detención del ciudadano Eduin Stv Ospina Rivera desde las 11:00 p.m. del día 24 de octubre de 2016 (fecha de la captura) hasta las 10:40 a.m. del 26 de octubre de 2016 (fecha de finalización de la audiencia en la que se declaró ilegal la captura y se ordenó su libertad inmediata).

La detención del señor Eduin Stv Ospina Rivera se originó en la orden de captura No. 00-00011-2016 de 14 de junio de 2016 emitida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma, por la comisión del delito de hurto calificado agravado, relacionado con hechos ocurridos el 27 de agosto de 2013 en el sector de calle larga de la Vereda Cambia jurisdicción rural de Anserma -Caldas por apropiación de varios bienes muebles de la señora Sandra Milena Álvarez Ramírez¹¹.

Teniendo en cuenta, lo informando por la Fiscalía General de la Nación en su contestación, se tiene que el día 27 de agosto de 2013 fue capturada una persona que se identificó como Edwin Stiven Ospina Rivera, quien portaba varios de los elementos hurtados a la señora Sandra Milena Alvares, sin embargo, el Fiscal de la época declaró la ilegalidad de la captura por encontrar que esta no había sido realizada en flagrancia, y ordenó la libertad inmediata del capturado, haciéndole firmar el acta de compromiso de comparecencia¹².

Realizadas las labores de investigación, se ordenó a la Policía Judicial establecer la ubicación del señor que se identificó como Eduin Stv Ospina Rivera, sin embargo, no fue posible obtener esta, como quiera que, los datos por él otorgados al momento de la captura no arrojaron resultados.

En razón a lo anterior, la Fiscalía Local de Anserma solicitó al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma la captura de este, afirmando que era necesario utilizar el mecanismo de las bases de datos donde se subiera una orden de captura para lograr la comparecencia del señor Eduin Stv Ospina Rivera, y agregó "la captura es transitoria no definitiva porque es para fines de hacer comparecer esta persona para hacerle imputación de cargos"¹³.

En vista de lo anterior, y ante la ausencia de evidencia de la ubicación del señor en mención, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma, consideró "se hace necesaria la expedición de la orden de captura para lograr su comparecencia al proceso y con esa finalidad -de comparecencia al proceso-, la orden de captura es

¹¹ Página 32 del archivo No. 05 del cuaderno principal del expediente electrónico.

¹² Páginas 15 a 16 del archivo No. 14 del cuaderno principal del expediente electrónico.

¹³ Páginas 15 a 16 del archivo No. 14 del cuaderno principal del expediente electrónico.

proporcional a ese fin constitucional de lograr su comparecencia al proceso con fines de imputación”¹⁴.

Expedida la orden de captura, como se anotó en antelación, la misma se materializó el día 24 de octubre de 2016 a las 11:00 p.m. con la detención del señor Eduin Stv Ospina Rivera.

No obstante, conforme consta en el video de la audiencia preliminar llevada a cabo el día 26 de octubre de 2016 a las 10:00 a.m. ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Anserma¹⁵, se tiene que la defensora pública del señor Eduin Stv Ospina Rivera al realizar la verificación de sus datos encontró inconsistencias en la identidad del capturado y la persona sindicada del delito de hurto calificado agravado, dado que, cotejada el acta de derechos del capturado realizada el 27 de agosto de 2013 con el oficio entregado el día 25 de octubre de 2016 por los funcionarios de la Policía Nacional, los únicos datos que coincidían eran el nombre, el número de identificación, la fecha de nacimiento y el lugar de nacimiento, datos que precisamente aparecen en la cédula de ciudadanía, pero la ficha socioeconómica, el domicilio y el arraigo familiar no coincidían, no se contaba con cotejo dactiloscópico, aunado a que la madre de Eduin Stv Ospina Rivera había afirmado que a este le habían hurtado en varias ocasiones su documento de identidad.

En razón a lo anterior, la Fiscalía en el desarrollo de la diligencia en cita solicitó al Juez Segundo Promiscuo Municipal de Anserma declarar la ilegalidad de la captura y ordenar la libertad de inmediata del capturado, al no estar plenamente establecida la identidad e individualización de la persona respecto de la cual se solicitó la captura para vincularla al proceso, solicitud que fue coadyuvada por la defensora del detenido.

Los hechos que preceden, suponen que el señor Eduin Stv Ospina Rivera fue suplantado en su identidad por la persona señalada de cometer el delito que se investigaba, lo cual solo fue advertido previo a la diligencia de control de legalidad a la captura, cancelación de orden de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, motivo por el cual Juez Segundo Promiscuo Municipal de Anserma declaró la ilegalidad de la captura, ordenó su cancelación y dispuso la libertad inmediata del detenido.

Establecido lo anterior, y para resolver debe recalcarse en principio que el derecho a la libertad está consagrado en la Constitución Política de Colombia, así:

¹⁴ Página 17 del archivo No. 14 del cuaderno principal del expediente electrónico.

¹⁵ Archivo No. 6 del cuaderno principal del expediente electrónico

“Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.” (Líneas fuera del texto original)

En consonancia con lo anterior, la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” con relación a la legalidad de la captura, prevé:

“Artículo 297. Requisitos generales. Modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007. Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal.

Capturada la persona será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido. (...) (subrayado del juzgado)

Bajo esta tesitura, es claro que legalización de la captura debe adelantarse en un término perentorio ante la autoridad competente, con el fin de sopesar por un lado el deber del Estado de investigar un hecho delictivo, asegurar que el presunto autor o copartícipe del delito no interfiera en la investigación y cumpla con la pena y, de otro, el derecho del capturado al ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y, en especial, del derecho a la libertad.

El derecho a la libertad personal también ha sido abordado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 7 indica que:

“4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en

libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". (líneas exógenas del texto original)

En similares palabras, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9 consagra que "toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella" y deberá ser "llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad (...)".

De esto se desprende que, toda restricción a la libertad personal debe tener un control judicial por parte del funcionario competente dentro del menor tiempo posible, es más, la misma Corte Constitucional ha determinado que se encuentra proscrita toda restricción indefinida de la libertad, por lo que la legalización de la captura tiene un carácter perentorio, en los siguientes términos¹⁶:

"4.4. En el sistema jurídico colombiano se acogió con mucha mayor claridad y precisión, el mandato que proscribe toda prolongación indefinida de una restricción de la libertad despojada de control judicial, estableciendo un parámetro temporal cierto para que se lleve a cabo dicha supervisión. En efecto, un examen sistemático de los preceptos constitucionales relacionados con la libertad individual y los límites a sus restricciones, permite afirmar que toda privación efectiva de la libertad personal debe ser sometida a control judicial de inmediato, y a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a su producción".

En suma, y conforme la pauta normativa y jurisprudencia en cita, es dable arribar a la conclusión que el derecho -principio a la libertad posee una limitación constitucional y legal, amparada inclusive por el bloque de constitucionalidad, dado que la detención preventiva u orden de captura, en ocasiones resulta pertinente para asegurar el deber de las autoridades de proteger el orden público y la convivencia pacífica.

En este contexto, el derecho a la libertad no posee un carácter absoluto e ilimitado pues debe necesariamente ser armonizado con otros bienes y derechos de rango constitucional.

Así las cosas, la restricción a la libertad mediante orden de captura o detención preventiva es considerada admisible, había cuenta que el objeto de tales medidas, en

¹⁶ Sentencia C-163 de 20 de febrero de 2008, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

los precisos términos de la Corte Constitucional consiste en “asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad”.

Por lo que, en consideración del Juzgado el término de 36 horas con que cuenta la autoridad para poner a la persona capturada a disposición de un juez de control de garantías, constituyen en sí misma, un derecho o prerrogativa en cabeza de la persona capturada, pues es precisamente con la revisión de la legalidad de esta, que se busca salvaguardar el derecho a la libertad, el respeto de la seguridad personal y la integridad de las personas para evitar graves violaciones a sus derechos a través de un servidor judicial que cuenta con las competencia e imparcialidad para establecer estas circunstancias.

Por ende, si bien en el presente caso, podría decirse que se generó un daño (limitación del derecho a la libertad), en virtud de lo anotado en precedencia, este daño no tiene la connotación de antijurídico, habida cuenta que, era obligación de la Fiscalía General de la Nación adelantar la investigación de carácter penal en atención a la denuncia realizada por la señora Sandra Milena Álvarez Ramírez, y como quiera que la detención del señor Eduin Stv Ospina Rivera no se extendió por más de 36 horas siguientes a su captura, y se resolvió la situación jurídica dentro del intersticio previsto en la Constitución y en la legislación penal, no es posible predicar la existencia de un daño injusto o antijurídico.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que fue durante este lapso (36 horas) que se advirtieron las inconsistencias en la plena identificación e individualización de la persona indiciada, razón que motivó que la Fiscalía solicitara la ilegalidad de la captura del señor Eduin Stv Ospina Rivera y se le pusiera en libertad inmediata, a lo cual accedió el Juez de Control de Garantías luego de percatarse se presentó una captura en un caso de suplantación de identidad.

Similar postura ha sido adoptada, por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera -Subsección C en Sentencia proferida el 26 de febrero de 2015 por la magistrada (E) Olga Melida Valle de la Hoz¹⁷, donde se precisó:

“En el *caso concreto*, se insiste, está demostrado que Camilo Cadavid Ramírez y Álvaro Riveros Pulecio estuvieron privados de la libertad durante el período comprendido entre el 30 de agosto de 1997 y el 1 de septiembre de 1997, esto es, dos días calendario. No obstante, resulta imprescindible llevar a cabo un

¹⁷ Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02662-01(37123) A, Actor: Camilo Arturo Cadavid Ramírez y otros, Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial, Referencia: Acción de Reparación Directa

análisis diferente al típico de la privación injusta desde el punto de vista objetivo, en tanto las particularidades del caso han determinado una orientación hacia la responsabilidad subjetiva (falla del servicio), en la medida en que la privación de la libertad que nos ocupa no obedeció al decreto de una medida de aseguramiento propiamente dicha, sino a unas órdenes de captura con fines de indagatoria en aras de esclarecer los hechos puestos a consideración en la investigación penal, que entre otras cosas, revestían una importancia por la naturaleza del delito investigado.

Con ocasión de lo anterior, y en el terreno del análisis de la antijuridicidad del daño causado, se debe advertir que, la Fiscalía General de la Nación, a través de sus delegados, tuvo un comportamiento acorde con sus contenidos obligacionales, es decir, no incurrió en falla del servicio por haber dispuesto la captura sólo con fines de indagatoria frente a los señores Camilo Cadavid Ramírez y Álvaro Riveros Pulecio, diligencia que se llevó a cabo a los dos días de haberse concretado la captura de los mismos. En este orden de ideas, si se revisa lo actuado en la investigación penal, se observa, que, luego de la celebración de la indagatoria se ordenó inmediatamente su libertad, es decir, la Fiscalía con conocimiento consideró que resultaba procedente dejar en libertad a los investigados, previa suscripción de diligencia de compromiso, en aras de que asistieran cuando ello fuera requerido en el curso del proceso. Así las cosas, La detención de Camilo Cadavid Ramírez y Álvaro Riveros Pulecio y la consecuente privación de la libertad de los mismos, se produjo entonces sólo con fines de indagatoria. Cuando la Fiscalía General de la Nación, pudo constatar que no existían méritos suficientes para continuar con la misma, resolvió su situación dejándolos en libertad.

Por este motivo, en el presente caso se evidencia un daño jurídico, en tanto la privación de la libertad sufrida no tiene la connotación de injusta, por las razones anotadas, es decir, por la ausencia de una falla del servicio por parte de la Fiscalía General de la Nación en el despliegue de su actividad investigativa preliminar. En esa medida, esta Sala confirmará la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en lo que a este cargo de responsabilidad respecta.”

Por su parte, en la sentencia de 15 de diciembre de 2017 el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera -Subsección C consejero ponente doctor Guillermo Sánchez Luque, al analizar para ese caso el daño antijurídico como presupuesto de la responsabilidad del Estado¹⁸, determinó:

¹⁸ Radicación No. 05001-23-31-000-2012-00892-01(52995), Actor: Juan Carlos Salazar Calle y otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa -Policía Nacional, Referencia: Acción de Reparación Directa (Apelación Sentencia)

“9. En este caso, está demostrado que el 6 de marzo de 2007, a las 2:00 a.m., la Policía Nacional capturó a Juan Carlos Salazar Calle en flagrancia, por el presunto delito de porte de estupefacientes [hecho probado 6.1]. También está acreditado que en horas posteriores, en audiencia preliminar, la Fiscalía solicitó no imponer medida de aseguramiento contra Juan Carlos Salazar Calle, pues éste no tenía antecedente penales, tenía arraigo en la comunidad y no existían elementos que permitieran inferir que la medida era procedente. El juez de control de garantías aceptó la solicitud y ordenó su libertad inmediata [hechos probados 6.2 y 6.3].

Se encuentra probado que la investigación penal contra Juan Carlos Salazar Calle precluyó al no poderse establecer las condiciones de la captura en flagrancia, pues el patrullero que la realizó indicó que el estupefaciente fue hallado cerca de Salazar Calle y no en su poder [hecho probado 6.4].

Así las cosas, como la situación jurídica de Juan Carlos Salazar Calle se resolvió dentro de las 36 horas siguientes a su captura y no se impuso medida de aseguramiento, el daño alegado por la privación de la libertad no tiene el carácter de antijurídico, pues correspondió a una carga que éste estaba en el deber jurídico de soportar.”

Igualmente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Tercera - Subsección C- Magistrado Ponente José Élvor Muñoz Barrera en sentencia de 4 de agosto de 2021, al establecer su tesis sobre el caso estudiado, sentó:

“El criterio de la Sala es que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, en atención a que no se acreditó la configuración del primero de los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, pues la detención de una persona por 2 horas y 18 minutos para verificar sus antecedentes judiciales, específicamente la vigencia o no de una orden de captura, se encuentra justificada, toda vez que responde a una obligación legal de las autoridades con función de policía, no tornándose esta medida en innecesaria, desproporcionada o arbitraria, de esta forma, en el sub iudice no se causó un daño antijurídico a la parte actora.

Podría decirse entonces, que la orden captura, producto de la flagrancia o de una orden de una autoridad judicial, en razón de la presunta comisión de un delito, es un acto jurídico que puede privar legítimamente de la libertad a una persona, siempre y cuando, con esta medida se promuevan dentro de la oportunidad legal

(36 horas) el ejercicio pleno de los derechos fundamentales del capturado, como es su derecho a impugnar la restricción de su libertad y obtener el restablecimiento en el goce de esta prerrogativa fundamental si la captura se produce con desconocimiento de sus garantías constitucionales.

5. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta lo expuesto en la presente providencia, se negarán las pretensiones de la demanda, al no encontrarse acreditado el primero de los elementos para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, esto es, un daño antijurídico.

En consecuencia, se declararán fundadas las excepciones de “Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del estado” propuesta por la Nación -Rama Judicial -Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial y “El daño alegado no es antijurídico” formulada por la Fiscalía General de la Nación.

Sin que sea necesario efectuar pronunciamiento alguno frente a los demás medios exceptivos, ante la prosperidad de estos.

6. COSTAS

No se condena en costas en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, inciso adicionado por la Ley 2080 de 2021, al observarse que la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, como tampoco se observa que estas se encuentren causadas en los términos dispuestos en el artículo 365 del C.G.P.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARA fundadas las excepciones de “*Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del estado*” propuesta por la Nación -Rama Judicial -Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial y “*El daño alegado no es antijurídico*” formulada por la Nación -Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de Reparación Directa instauraron Eduin Stv Ospina Rivera y otros en contra

de la Nación- Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial -Dirección Ejecutiva De Administración Judicial y el Ministerio de Defensa -Policía Nacional, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere. ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 11/ENE/2024

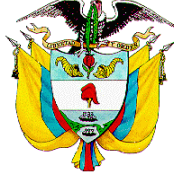
MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA

Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES

Manizales, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Sentencia Nro.:	320/2023
Medio de Control:	Reparación Directa
Actor(a):	Jaime Alexander Rojas González
Accionados:	E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Marmato
Radicado:	17001-33-39-007-2019-00002-00
Instancia:	Primera

En los términos del inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C.P.A.C.A. y teniendo en cuenta que no se advierten irregularidades que afecten o vicien el trámite del proceso, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia.

Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en la audiencia inicial respecto a las excepciones y la fijación del litigio.

Antecedentes

1.- La demanda

Por intermedio de apoderado judicial, **Luz Miriam Osorio García, José Leonardo Ramos Ortiz y Jaime Alexander Rojas González**, quien actúa en nombre propio y en representación de **Harold Iván Rojas Osorio**, en ejercicio del medio de control de reparación directa demandaron a la **E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Marmato**, solicitando lo siguiente¹:

¹ Páginas 25 a 38 01Cuaderno1

DECLARACIONES Y CONDENAS –PRETENSIONES

3.1. Que se declare al HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE MARMATO CALDAS como responsable aadministrativa, patrimonial y extrapatrimonialmente por los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes con ocasión de la falla en el servicio ocurrida el día 7 de noviembre de 2016 en donde falleció la señora DORALY OSORIO OSORIO.

3.2. Condenar al HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE MARMATO CALDAS a reparar los daños ocasionados a los demandantes por concepto de perjuicios materiales e inmateriales, según la siguiente tasación de perjuicios:

3.2.1. PERJUICIOS DE ÍNDOLE MORAL:
(...)

En consideración a las reglas señaladas en la tabla anterior, el monto de perjuicios para cada uno de los eventuales demandantes corresponden a:

perjuicios para cada uno de los eventuales demandantes corresponden a:

PERJUICIOS MORALES			
LUZ MIRIAM OSORIO GARCÍA	Madre	100 s.m.l.m.v.	\$ 78.124.200
JOSÉ LEONARDO RAMOS ORTIZ	Padrastro	100 s.m.l.m.v.	\$ 78.124.200
JAIME ALEXANDER ROJAS GONZÁLEZ	Compañero permanente	100 s.m.l.m.v.	\$ 78.124.200
HAROLD IVAN ROJAS OSORIO	Hijo	100 s.m.m.l.v.	\$ 78.124.200
TOTAL PERJUICIOS MORALES		400 S.M.M.L.V.	\$ 312.496.800

3.2.2. PERJUICIOS DE TIPO MATERIAL (...)
TOTAL PERJUICIOS MATERIALES: Lucro cesante consolidado (\$ 17.207.968)
Lucro cesante futuro (\$144.651.765) = \$ 161.359.733

Las pretensiones solicitadas en la demanda se fundamentan en los hechos que a continuación se resumen:

El 07 de noviembre de 2016 falleció la señora Doraly Osorio Osorio; previamente la víctima había sufrido un accidente de tránsito cuando se desplazaba como pasajera de motocicleta. Las personas que presenciaron los hechos solicitaron el servicio de ambulancia a la E.S.E. Hospital San Antonio de

Marmato a las 2:58 a .m; el vehículo llega al lugar del accidente a las 3:50 a.m y durante la espera de la ambulancia la paciente mostró signos vitales

La señora Osorio Osorio ingresa a las instalaciones del Hospital a las 4:05 a.m, se refiere en la historia clínica que no tenía collarín cervical y determina que no tiene pulso ni frecuencia cardíaca declarando su muerte a las 4:25 a.m.

Fundamentos jurídicos.

Asegura que en el caso se encuentra acredita una falla probada en el servicio médico en la medida en que no se prestó con oportunidad; la E.S.E. demandada contaba con tres ambulancias y sin embargo paso una hora para atender una urgencia en un recorrido que no demora más de 15 minutos.

Para el efecto hace referencia a la guía médica de atención prehospitalaria expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social e indica que el retardo en la atención incidió de manera suficiente en el descenso de la señora Dorally Osorio Osorio.

Adicionalmente la paciente no fue inmovilizada con collar cervical desatendiendo las guías básicas de atención pre hospitalaria. Debe tenerse en cuenta que la vía donde ocurrió el accidente no se encuentra pavimentada lo que genera fuertes movimientos y sacudidas de las personas que ella se transportan.

Se configura una pérdida de oportunidad en la medida en que la atención médica fue tardía.

2. Trámite procesal

Surtida la fase escrita del procedimiento, se llevó a cabo la audiencia inicial el 12 de mayo de 2022², allí se declaró el saneamiento del proceso, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas.

La audiencia de pruebas se realizó el 25 de octubre de 2022³; en la misma oportunidad, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro de los 10 días siguientes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

² Archivo 22

³ Archivo 31

Vencido el término de traslado de alegatos el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

3. Intervención de la parte accionada

3.1 E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Marmato

Mediante Auto del 12 de noviembre de 2021⁴ se tuvo por no contestada la demanda ante la extemporaneidad del escrito allegado.

4. Alegatos de conclusión.

4.1 Parte demandante⁵.

Desde su punto de vista se encuentra acreditado que el 07 de noviembre de 2016 la señora Doraly Osorio Osorio sufrió un accidente de tránsito siendo pasajera de motocicleta; sus familiares solicitaron el servicio de ambulancia en **la E.S.E. Hospital San Antonio de Marmato**, pero allí les indicaron que no había conductor.

También se encuentra acreditado que la paciente no tenía puesto el collarín cervical y la causa de la muerte está directamente relacionada con el trauma en cabeza.

Se encuentra configurada una falla en el servicio y pérdida de oportunidad atribuible a la entidad demandada y para el efecto transcribe algunas pruebas testimoniales recaudadas en la etapa probatoria.

4.2 E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Marmato⁶.

Indica que se trata de una institución del primer nivel y cuenta con transporte asistencial básico en la modalidad de intramural ambulatorio y complejidad baja. Los miembros de la tripulación del vehículo cuentan con capacitaciones básicas de primeros auxilios, curso de reanimación cardiopulmonar y los medios de urgencias están capacitados para realizar reanimación cardiopulmonar avanzada.

⁴ Archivo 16

⁵ Archivo 109

⁶ Archivo 35

Frente a la información suministrada por la Estación de Policía de Marmato como prueba decretada en este proceso, asegura que debe valorarse las condiciones precisas de la época en que ocurrió el accidente.

A continuación, refiere a las pruebas testimoniales para indicar que de ellas no se demuestra la negligencia que la parte actora aduce; igualmente, el informe forense indica como causa de fallecimiento de la señora Osorio Osorio un trauma craneoencefálico severo, pero no un politraumatismo como lo menciona la demanda.

Concluye que la tesis planteada por la parte actora carece de fundamentos fácticos y jurídicos porque la Resolución 2003 de 2014 referente al servicio prehospitalario no es aplicable a la E.S.E. ya que no tenía habilitado este servicio por tratarse del primer nivel; en consecuencia, no se logra probar el nexo de causalidad entre el fallecimiento de la víctima directa y el actuar del Hospital.

4.3 Ministerio público: No intervino dentro de esta etapa procesal.

Consideraciones

Cuestión previa. Tacha de la testigo Luz Miriam Osorio García.

En la audiencia de pruebas el apoderado de la entidad accionada afirma que la testigo incurre en contradicciones en su relato de tal manera que este pierde su credibilidad, específicamente porque aparentemente la demandante movió el cuerpo de la víctima del accidente de tránsito.

Al respecto observa el Despacho que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del Código General del Proceso el Juez deberá las pruebas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica exponiendo el mérito que se asigne a cada prueba.

En este sentido se observa que en el relato de la testigo si bien afirma que se le colocó una prenda de vestir en el cuello de la víctima, la señora Osorio García en ningún aparte de su declaración afirmó que ella lo había hecho. Por esta razón el Juzgado no advierte contradicciones en su relato y procederá a valorar la prueba en conjunto con las demás incorporadas.

1. Problema y análisis jurídico:

De acuerdo con la fijación del litigio efectuado en la audiencia inicial, la controversia se centra en establecer lo siguiente:

¿El Hospital San Antonio de Marmato es administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios causados con ocasión de la falla del servicio presentada ante la omisión de asistir oportunamente y de acuerdo a los protocolos de la lex artis a la señora Doraly Osorio Osorio luego del accidente de tránsito ocurrido el 7 de noviembre de 2016?

Si la respuesta al anterior interrogante es positiva, se deberá resolver si ¿Le asiste derecho a los demandantes a que se les indemnice por los perjuicios materiales e inmateriales que cada uno reclama?

Lo anterior, sin descartar que en el desarrollo del problema jurídico se aborden algunos subproblemas.

2. Elementos de responsabilidad del Estado

El presente proceso se originó en ejercicio del medio de la acción consagrada el entonces artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Esta norma faculta al interesado para demandar del Estado la reparación del daño, cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

El régimen de responsabilidad del Estado al que obedece tal acción tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución de 1991; esta norma le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

El elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber jurídico de soportar y de una lectura literal del mencionado artículo es posible entender que el régimen de responsabilidad allí consagrado es un eminentemente patrimonial; esto porque el Estado presta su garantía pecuniaria a los daños que en el ejercicio de su actividad pueda causar a los particulares.

Sin embargo, es importante precisar que una interpretación sistemática del texto constitucional lleva a una conclusión más amplia. En efecto, al analizar el régimen de responsabilidad del Estado por daños no se puede perder de vista que la Constitución de 1991 es garantista de la dignidad humana y de los

derechos humanos⁷ y propende porque éstos abandonen su esfera retórica para convertirse en una realidad palpable.

Es de mayúscula importancia que, a través de la responsabilidad, el juez de lo Contencioso Administrativo adelante una labor de diagnóstico de las falencias en las que incurre la Administración; al mismo tiempo, una labor de pedagogía, a fin de que aquellas no vuelvan a presentarse, sobre todo si esos daños vulneran en alguna medida los derechos humanos o la dignidad de las personas⁸.

La reparación de los daños comprende que la lesión a los derechos humanos, no se agota con el simple resarcimiento o la compensación económica. Es importante que el juez adopte medidas -en cuanto su ámbito de competencia lo permita- a través de las cuales las víctimas, efectivamente queden indemnes ante el daño sufrido, conozcan la verdad de lo ocurrido, recuperen su confianza en el Estado y tengan la certeza de que las acciones u omisiones que dieron lugar al daño por ellas padecido no volverán a repetirse.

Una noción amplia de reparación va más allá de la esfera estrictamente pecuniaria del individuo; en ella se deben incluir los bienes jurídicos -como es el caso de la dignidad y los derechos humanos- que generalmente no pueden ser apreciados monetariamente, pero que, si resultan lesionados por el Estado, deben ser reparados mediante compensación. Solo así el principio de la reparación integral del daño cobra una real dimensión para las víctimas⁹.

La anterior óptica debe ser tenida en cuenta por el juez al momento de verificar si se configura o no la responsabilidad de la Administración en cada caso concreto, sea cual fuere el título de imputación que se emplee.

Atendiendo a lo anterior, las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado, por sus hechos u omisiones, son las siguientes:

- Un daño antijurídico indemnizable y
- Un juicio de imputación desde un punto de vista fáctico y jurídico.

⁷ Artículos 1, 2 y 89 C.P.

⁸ En igual sentido ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de noviembre 27 de 2006, Exp. 15835, sentencia de 27 de noviembre de 2006, Exp. 16571, sentencia de mayo 3 de 2007, Exp. 25020, sentencia de 3 de mayo de 2007, Exp. 21511 y, sentencia de junio 6 de 2007, Exp. 15781 todas con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra.

⁹ Ley 446 de 1998, artículo 16.

En cuanto al **daño**, según el profesor Juan Carlos Henao, se define como:

(...) toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil – imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos¹⁰

Cuando en el caso se ha determinado la existencia del daño es menester deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede o no calificarse como **antijurídico**, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado. En este último evento, el juzgador se releva de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado.

El daño por el cual se reclama el resarcimiento, además debe tener la característica de ser **indemnizable**; en este sentido su reparación debe tener como objetivo dejar indemne a quien lo padece como si el daño nunca hubiera ocurrido o en el estado más próximo.

El **Juicio de Imputación** desde un punto de vista fáctico, abarca la relación de causalidad entre el hecho u omisión alegado y demostrado con el perjuicio experimentado y probado. Debe existir un vínculo de naturaleza directa, que no sea lógicamente posible suponer la existencia del daño sin la falla, demostrándose que el perjuicio provino necesariamente de las actuaciones u omisiones de la administración con un nexo de causa a efecto; es decir, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Según el principio de la causalidad, la causa produce su efecto¹¹.

Esa relación de causalidad no existe o se rompe, cuando se prueba una causa extraña a la administración, la cual se torna en eximente total o parcial de la responsabilidad. Sucede cuando en la producción del daño interviene la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor, casos en los cuales no cabe deducir la responsabilidad de la administración estatal.

¹⁰ JC Henao, artículo Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado, publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

¹¹ Alberto Tamayo Lombana, La responsabilidad civil extracontractual y la contractual, pág. 91

Desde el punto de vista jurídico, conforme con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹² la imputación también abarca el estudio del fundamento del deber de reparar esto es, “el título jurídico de imputación”, así en providencia del 18 de febrero de 2010, (exp 18274), puntualizó:

De otro lado, la concreción de la imputación fáctico no supone por sí misma el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere de un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico, existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios, bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

Se ha establecido jurisprudencialmente también, que es al Juzgador a quien corresponde, por aplicación del principio *iura novit curia* (el Juez conoce el derecho) y una vez sopesados los elementos de convicción aportados al proceso, determinar cuál es el régimen de responsabilidad que corresponde aplicar en cada caso concreto. Para ello, debe tener en cuenta los tres regímenes que la jurisprudencia ha desarrollado: falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial, cuyo fundamento normativo ha explicado el Consejo de Estado en sentencia del 8 de mayo de 1995 (exp. 8118) en los siguientes términos:

Mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” 8art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar disposiciones en el inciso 2° del artículo 90 de la C.N. y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C.N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95, n° 9, y 216 de la C.N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el Decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C.P.C.;

¹² Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 18 de enero de 2012. Exp 19910.

414 del C.P.P., etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como este del no enriquecimiento sin causa.¹³

Con base en estas consideraciones se abordará lo que concierne al régimen de responsabilidad aplicable en el caso específico.

3. Solución al caso concreto:

3.1 El daño.

Comprendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad, en el asunto se deriva del fallecimiento de la señora **Doraly Osorio Osorio** en circunstancias ocurridas el 07 de noviembre de 2016. Al respecto obra certificado de registro civil de defunción No 3945094 del 22 de noviembre de 2016 que acredita el deceso de la víctima directa¹⁴.

A continuación, se analizará si el daño es atribuible a la **E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Marmato**.

3.2 Imputación del daño a las accionadas.

3.2.1 Análisis Jurisprudencial. Régimen de responsabilidad aplicable:

Sobre el régimen de responsabilidad aplicable por la prestación del servicio médico el Consejo de Estado ha establecido que el régimen jurídico por excelencia es el de falla en el servicio, salvo contadas excepciones que la jurisprudencia del Alto Tribunal ha decantado en su jurisprudencia¹⁵.

En casos como el que aquí se plantea, el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ha precisado con relación al régimen de responsabilidad:

(...) La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla

¹³Jurisprudencia citada por M.C M'Causland Sánchez, artículo: Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades; publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

¹⁴ Página 5 archivo 05

¹⁵ Sentencia del 25 de marzo de 2011, C.P Enrique Gil Botero, exp 20836.

propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste.

En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance (...) ¹⁶.

Conforme con el análisis realizado por la Sección Tercera del Alto Tribunal, además de la existencia de un daño antijurídico, debe demostrarse que el servicio médico no cumplió con los estándares de calidad exigidos al momento de la ocurrencia del daño; igualmente, habrá de demostrarse que el prestador no fue diligente empleando todos los medios con los que disponía para brindar el servicio médico.

Una vez presentes tales elementos, la entidad demandada solo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación fue oportuna, prudente, diligente y con pericia, en otras palabras, que no hubo falla del servicio o; si logra romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o, hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

El fundamento constitucional de este título de imputación es el artículo 2 de la Carta Política que describe los fines esenciales del Estado, tal y como ha sido explicado la jurisprudencia en materia contencioso administrativa. Este órgano también ha señalado que la falla en el servicio puede consistir en el incumplimiento de las obligaciones consagradas no sólo en esta disposición del orden constitucional, sino también en normas que regulan temas específicos. Como consecuencia de la aplicación de un régimen subjetivo es que la prueba de la falla, que pueda estar representada en el descuido, impericia, violación a reglamentos y en general el desconocimiento al deber objetivo de cuidado, está a cargo de la parte demandante con base en el marco normativo aplicable.

En un momento dado de la evolución jurisprudencial el Consejo de Estado llevó a analizar la responsabilidad médica bajo los postulados de la falla presunta que trasladaba la carga de la prueba a la entidad de demandada y especialmente a

¹⁶ Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2015, C.P Danilo Rojas Betancur; exp 30102

los médicos, quienes debían probar haber cumplido una conducta carente de culpa¹⁷. Sin embargo, como ya se mencionó, en la actualidad no existe discusión de que casos como el que hoy se decide deben ser analizados por regla general dentro de los márgenes de responsabilidad subjetiva y salvo contadas excepciones decantadas por el Alto Tribunal en su jurisprudencia¹⁸, es procedente la aplicación de un título objetivo bajo los planteamientos del denominado riesgo excepcional.

Entre los eventos en los que resulta procedente aplicar un régimen de responsabilidad objetivo, en la sentencia del 25 de marzo de 2011 el Consejo de Estado describe:

Cuando se usan o se apliquen procedimientos o tratamientos, siempre que la herramienta de riesgo cause el daño de manera directa o por ella misma, es decir, sin que haya habido una ejecución irregular del acto médico.

Cuando se usan medicamentos o se apliquen tratamientos o procedimientos novedosos, cuyas consecuencias o secuelas a largo plazo se desconocen.

Cuando en el acto médico se emplean sustancias peligrosas (como las usadas en la medicina nuclear)

Cuando se aplican vacunas, “porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los distintos organismos.

Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria.

Cuando el daño “se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo el elemento la responsabilidad es objetiva”.¹⁹

Conforme al texto de la demanda la reclamación por responsabilidad médica se fundamenta en una presunta falla en el servicio derivada de la falta de oportunidad en la atención médica brindada y un error de diagnóstico; hipótesis en las no resulta aplicable el régimen objetivo de daño especial.

Claro lo anterior a continuación se analizará la responsabilidad de la entidad demandada.

¹⁷ Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 1992 C.P Daniel Suárez Hernández; exp 6897

¹⁸ Sentencia del 25 de marzo de 2011, C.P Enrique Gil Botero, exp 20836.

¹⁹ M.C M'Causland Sánchez, artículo: Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades; publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

3.2.2 Imputación Jurídica.

La Constitución Política protege como derechos fundamentales de todas las personas, los de la dignidad humana, la vida, la salud y las garantías de no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes y de recibir protección especial del Estado, cuando, por condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. Es por ello que la administración pública se encuentra en la obligación de atender a quienes acuden a las instituciones públicas en demanda de alivio a sus dolencias, sin perjuicio de su gravedad.

Así mismo, con la Ley 1715 de 2015, con la cual se regula el derecho fundamental a la salud, se fijaron parámetros para su protección y goce efectivo, a través de políticas de prevención, promoción, rehabilitación, seguimiento continuo para garantizar el flujo de recursos para la atención de manera oportuna a la población, en armonía con los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad, universalidad, eficiencia y solidaridad.

De otro lado, con la Ley 100 de 1993 el legislador estableció la naturaleza de las entidades encargadas de la prestación del servicio denominándolas empresas sociales del Estado y a través del Decreto 1876 de 1997, se establecieron los principios básicos de estas empresas. En el artículo 185 del mismo cuerpo normativo, se define a las Instituciones Prestadores de Salud I.P.S. como las encargadas de prestar el servicio de salud en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en dicha ley

3.2.3 La actuación de la accionada.

Tanto de la demanda como de los alegatos enfocan su imputación en contra de la **E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Marmato** en dos aspectos: i) la demora que soportó la víctima directa para ser trasladada en vehículo ambulancia al hospital y ii) el hecho de que la paciente no llevara collarín cervical durante el transporte en ambulancia. Según la parte actora estas dos circunstancias determinaron el fallecimiento de Doraly Osorio Osorio.

Para probar su tesis se aportaron las siguientes pruebas:

Atención de urgencias de la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Marmato del 07 de noviembre de 2016²⁰:

Paciente que ingresa al servicio a las 04+05 traída por ambulancia del hospital, se recibe paciente sin collarín cervical, sin respuesta motriz, sin respuesta para la apertura ocular y respuesta verbal, pupilas midriáticas sin respuesta, se ubica en la sala de trauma, se procede a monitorizar sin encontrar FC, no se palpan pulsos, se inicia reanimación pulmonar-cardíaca previa exposición de la paciente con Glasgow 3/15, se inician compresiones, se realiza primer ciclo, se verifica pulso que permanece ausente, se aplica 1 mg de adrenalina intramuscular debido a que no fue posible canalizarla, se verifica pulso nuevamente, sin respuesta, se procede a realizar 2 ciclo de compresiones, se inicia manejo de vía aérea con intubación tubo # 7 con éxito al primer intento, se verifica adecuada posición y permeabilidad, se fija y se inicia ventilación con AMBU y se realiza nuevo ciclo de compresiones se verifica pulso sin encontrar respuesta, se detiene reanimación cardio pulmonar por pobre pronóstico neurológico, se declara muerte a las 04+25, se procede a realizar examen detallando encontrando hematoma occipital, otorragia por oído derecho, pupilas midriáticas, lengua saburral seca, sin otras lesiones en cabeza, tórax sin lesiones ni deformidades, abdomen blando, sin masas ni megalias, extremidades sin deformaciones, con articulaciones móviles, sin otros signos de trauma, piel de extremidades fría, pálida, con aliento sugestivo de consumo de alcohol reciente (...)

Nota médica: se habla con la policía los cuales refieren que no hay claridad sobre los hechos del accidente, se sospecha que iba en calidad de copiloto de motocicleta, la cual se fugó de la escena también se desconoce lugar e los hechos y estado durante la atención prehospitalaria.

Informe pericial de necropsia No 2016010117777000037 del 07 de noviembre de 2016²¹.

CONCLUSIÓN PERICIAL

Mujer joven, 26 años de edad, identificada como DORALY OSORIO OSORIO, identificada con cédula de ciudadanía número 1.053.802.135, cuya edad aparente concuerda con la edad referida en los documentos aportados. Víctima de accidente de tránsito, en hechos que son motivo de investigación,

²⁰ Páginas 17 y 18 archivo 05

²¹ Páginas 13 y 14 archivo 05

al parecer en calidad de pasajera de motocicleta, en horas de la madrugada del lunes 7 de noviembre de 2016, cayó del vehículo sufriendo traumatismos en cabeza y cuello, llevada al hospital local, donde se le brindó atención de urgencias pero quien no sobrevivió debido a la gravedad de las lesiones sufridas. Al examen médico legal se encuentran lesiones traumáticas en cabeza y cuello: fractura de los huesos del cráneo, hemorragia intracraneana, también presentaba fractura de cuerpos vertebrales cervicales a nivel de C5 y C6. Teniendo en cuenta los anteriores hallazgos se puede determinar que la causa de la muerte está relacionada directamente con el trauma en cabeza, con afectación directa y severa del cerebro, lo cual provoca una falla general de todos los órganos y sistemas del cuerpo sin posibilidad de sobrevivir.

Declaración de parte de la señora Luz Miriam Osorio García:

Mi hija falleció el 7 noviembre del 2016, yo estaba en mi casa cuando unos vecinos subieron, eran las 12:15 de la noche y me avisaron que mi hija había tenido un accidente, yo baje y si estaba muy delicada pero la niña me reconoció y en el momento que yo baje yo buscaba y buscaba ayuda, llame a la defensa civil, después del accidente se demoraron casi una hora para llegar, y no llevaron ningún aparato para auxiliarla, ni un cuello ortopédico, solamente una camilla, inclusive yo llevaba una gorrita puesta, me la quitaron para colocarse detrás del cuello y le colocaron una cobijita ahí encima, eso fue horrible, mi esposo llamaba, después llegaron bomberos como le indicaba después de la hora, llamábamos a la ambulancia de Marmato, pues que nos comunicaran pues un auxilio, y nada y nada mi esposo se fue a buscar y allá en el hospital le dijeron que no había ambulancias disponibles; ya del desespero, bregaba, él no sabía qué hacer, decía que le provocaba reventarle los vidrios a esa ambulancia y meterse para auxiliar a mi hija, había un comandante que inclusive, yo le decía por favor ayúdeme, ayúdeme mi hija se me va a morir, pero señora no tenemos nada que hacer, no hay carros, no hay nada, la defensa civil que no había combustible, que lo habían mandado a traer de Medellín pero que no había combustible, fue algo horrible, mi esposo volvió otra vez, y cuando ya iba llegando el hospital subió la ambulancia esa ambulancia llegó a las 3:50 de la mañana, mi hija me la dejaron morir ella se podía salvar (...)

Declaración de parte de José Leonardo Ramos Ortiz:

Una negligencia muy berraca la que hubo en ese accidente que ella tuvo, ella era la hija mía prácticamente, una negligencia muy dura que tuvo, bomberos, el hospital y la policía. (...) En el accidente se accidentó la muchacha a las 12:15 de la noche y bajamos a mirarla y allá tirada y había bomberos, hospital, defensa civil todos los carros y nada de no pudieron auxiliarla, en ese

momento si ella la hubieran auxiliado, ella en estos momentos estuviera viva. ¿Cuánto tardo el Hospital de Marmato en reaccionar al envío de la ambulancia para atender el accidente? desde las 12 que le empezamos a llamar, hasta las 2:58 que me tocó a mí mismo bajar a solicitar el servicio, (...) con mi rabia yo bajaba, como yo se conducir, yo iba bajar directamente a quebrar esa ambulancia para yo subir a recogerla, (...) ¿Cómo estaba conformado el núcleo familiar? (...) la mamá, el niño y yo, ¿Durante cuánto tiempo convivió usted con Doraly? Durante (...) o 8 a 9 años, (...) ¿Cómo era la relación con Doraly? Bien era muy bien prácticamente yo era el papá, ella aún estaba estudiando en la universidad y yo le estaba dando el estudio, veía por el niño que ahora es mi hijo, yo era que velaba por ellos y el papá que le ayudaba al niño, (...) ¿Cómo afecto a la familia el fallecimiento...? Todavía el niño la abuela, la mamá mantenemos afectados...por una negligencia, ¿Usted en algún momento tocaron el cuerpo (...)? en ningún momento ¿Qué le dijeron cuando fue al hospital? que no había conductor y los conductores (...) como fue un fin de semana (...) no había conductores disponibles. ¿Quiénes le ayudaron ustedes a llamar al hospital de Marmato? Mucha La gente (...) y nada que contestaban que no hay conductor (...) ¿Cuánto se demora en su experiencia desde el hospital hasta el accidente (...) ? en moto 12 min, (...) en carro aproximadamente 15 minutos, ¿cuándo la recogieron aún estaba viva? Claro a un estaba viva, pero no le pusieron ningún cuello ortopédico (...) no nos hablaba porque (...) pero sí (...) como cuando uno tiene algún dolor (...) ¿se tomaron signos vitales (...)? ya subió defensa civil como siempre que llegan a mirar a mirar es lo que hacen (...) ¿le manifestaron algo? Nada (...) uno se tenía que retirar. Pero nada de carro pa poderla llevar al médico

Oficio del 06 de abril de 2017, procedente de la **E.S.E. Hospital San Antonio de Marmato:**

PRIMERA: Para el día de los hechos se encontraban disponibles tres (03) ambulancias adscritas al Hospital Departamental San Antonio de Marmato Caldas.

SEGUNDA: El servicio de la Ambulancia fue requerido a las 2:58 am del día 07 de noviembre de 2016 y se atendió la emergencia a las 3:50 am de la misma fecha. (...)

CUARTA: El accidente fue informado al médico de turno de la ESE por el Intendente Vásquez de la Policía Nacional del Municipio de Marmato Caldas.

QUINTA. Se recibió llamada de la Policía Nacional del Municipio de Marmato solicitando el servicio de ambulancia para trasladar paciente que ha sufrido

accidente en moto en la vía el Atrio la plaza, se activó plan de emergencias institucional y se procedió a trasladar al paciente al servicio de urgencias.

Ingresa paciente de sexo femenino al servicio de urgencias a las 4:05 a.m traída por ambulancia institucional, ingresa al servicio realizando maniobras de reanimación básica se procede a tomar signos vitales los cuales no se encuentran y se procede a realizar reanimación cardiopulmonar avanzada, se continúa con protocolo de reanimación por 20 minutos sin encontrar signos vitales. (...)

SÉPTIMA:

Paciente ingresa sin signos vitales.

Mecanismos: Caída en moto en estado de alcoramiento

Causa de muerte: impresión diagnóstica trauma craneoencefálico severo.

Revisada las pruebas recaudadas en el proceso se advierte que las dos declaraciones obtenidas fueron rendidas por los mismos demandantes y por tanto corresponden estrictamente a declaraciones de parte; estas declaraciones serán valoradas en los términos del inciso final del artículo 191 del Código General del proceso, es decir, conforme a las reglas generales de apreciación de las pruebas.

Así las cosas, se tiene que los demandantes coinciden en afirmar que el accidente en el que se vio involucrada la señora Osorio Osorio ocurrió aproximadamente a las 12 y 15 de la madrugada. Cuando llegaron al sitio donde se encontraba la víctima, procedieron a llamar a tanto a la defensa civil como a la E.S.E. Hospital San Antonio de Marmato; no obstante, de ambos relatos no se logra concluir con precisión el momento preciso en que llamaron a institución prestadora del servicio de salud.

En el oficio del 06 de abril de 2017, la accionada indica que la llamada fue recibida por parte de miembros de la Policía Nacional a las 2:58 de la mañana, teniendo en cuenta lo manifestado por los declarantes transcurrieron mas de dos horas a partir del momento del accidente sin que se comunicaran con la E.S.E. Hospital San Antonio de Marmato. En el lapso de tiempo anterior los declarantes hacen referencia de manera indiscriminada a llamadas a distintas instancias sin que se pueda establecer con certeza si desde el instante en que se enteraron del accidente acudieron a los servicios de la E.S.E.

De sus relatos tampoco se puede establecer el momento preciso del accidente; tanto la señora Luz Miriam Osorio García como el señor José Leonardo Ramos

Ortiz coinciden en afirmar que a ellos les avisaron sobre la ocurrencia del hecho, pero no lo presenciaron y no aportaron ninguna otra prueba con esta finalidad. Sobre este aspecto llama la atención del juzgado que a pesar de ser un accidente de tránsito donde al parecer la víctima fue abandonada a su suerte, según se lee en la historia clínica, no se hubiese aportado los soportes que corresponde a la investigación penal que debió llevarse a cabo.

Por otra parte, si bien se encuentra probado que la señora Doraly Osorio Osorio ingresó al servicio de urgencias de la E.S.E., de esta circunstancia no se deriva que su fallecimiento sea atribuible a la entidad accionada. En este sentido el informe pericial que en su momento elaboró el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en cumplimiento de sus deberes legales, es claro en indicar que la paciente no sobrevivió debido a la gravedad de las lesiones y que no tenía posibilidades de sobrevivir.

Es decir, que la parte demandante no logró demostrar que la presunta demora en el arribo de la ambulancia y la ausencia del collarín cervical hubiesen cambiado el desenlace final de las lesiones que presentaba la víctima; inclusive, se advierte que transcurrió un tiempo mayor entre el momento en que ellos se enteraron del accidente y la llamada que realizaron al hospital y no se puede determinar si la ausencia de atención médica en este lapso también hubiese cambiado la suerte de la víctima.

Por el contrario, el informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses es contundente en indicar que la señora Osorio Osorio no tenía ninguna posibilidad de sobrevivir a las lesiones sufridas que le provocaron una afectación directa y severa del cerebro.

El Tribunal Administrativo de Caldas en sentencia del 29 de marzo de 2019²², ratifica que la parte actora tiene la carga de la prueba para desvirtuar que la actuación médica brindada no era idónea:

Si bien es cierto, el hecho de que al señor John Ever González, en la atención inicial le fuese suministrado un medicamento sin prescripción médica, puede ser tomado como irregular, no existe elemento probatorio que permita afirmar que esa situación fuese la causa o el motivo que llevó al deterioro y posterior fallecimiento del paciente. Tampoco se encuentra acreditado en el expediente, ni existe elemento de prueba que permita inferir que hubiese fallado la técnica en la aplicación de la inyección o que el paciente hubiese informado o

²² M.P Dohor Edwin Varón Vivas, radicado 17-001-33-33-002-2012-00293-03

advertido una posible reacción alérgica. No se practicó necropsia ni se allegó un dictamen pericial que determinara la causa de la muerte (...)

Ahora bien, de conformidad con el régimen de imputación aplicable a este caso en concreto, era la parte actora quien debía acreditar a través de algún medio probatorio que el procedimiento en que se hace hincapié, fue el que provocó el fallecimiento del señor González Cardona, o al menos allegar elementos de juicio que permitieran establecer, con “...un grado suficiente de probabilidad”²³ la existencia de la falla del servicio endilgada y su nexo causal; lo cual no ocurrió en el presente asunto.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para denegar las pretensiones presentadas en contra de la **E.S.E. Hospital San Antonio de Marmato**.

4. Conclusión.

La parte actora no cumplió con la carga impuesta por el artículo 167 del Código General del Proceso y no acreditó la existencia de una omisión o acción negligente o irregular atribuible a la **E.S.E. Hospital San Antonio de Marmato** y la relación de causalidad con el daño.

No se demostró que el tiempo en que la **E.S.E.** tardó en remitir la ambulancia para recoger a la víctima del accidente de tránsito y la ausencia del collar cervical fueron determinantes en la generación del daño. Lo que sí se demostró es que el accidente de tránsito ocurrió más de dos horas antes de que se realizara el llamado de emergencia y que las lesiones sufridas por ella eran de tal gravedad que no tenía oportunidad de sobrevida.

5. Condena en costas

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, y como quiera que la condena en costas no opera de forma automática en atención a lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., no se emitirá condena porque no se observa que la parte accionada hubiese incurrido en gastos procesales.

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

²³ Consejo De Estado, Sección Tercera. 22 de marzo de 2001. Rad.: 25000-23-26-000-1992-8384-01(13166).

FALLA

Primero: **Negar** las pretensiones de la demanda por lo explicado en la parte considerativa de este fallo.

Segundo: **Sin costas** conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: La presente sentencia quedan notificadas en estado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A.C.A., precisando que contra ella procede el recurso de apelación en la forma prevista en el artículo 247 del C.P.A.C.A.

Cuarto: **Ejecutoriada** esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvanse** los remanentes si los hubiere y **archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ

JUEZA

Plcr/ P.U

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 11/ENE/2024

MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA

Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

A. N°: **3173/2024**
Radicación: **17-001-33-39-007-2019-00197-00**
Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **BEATRIZ ELENA VALENCIA MARÍN**
Demandado: **MUNICIPIO DE FILADELFIA**

Conforme a la constancia secretarial que obra en el expediente¹, **TÉNGASE** por contestada la demanda por parte del **MUNICIPIO DE FILADELFIA**.

Surtido el traslado de excepciones, y ante la ausencia de excepciones previas por resolver, se **CITA** a las partes a la realización de la Audiencia Inicial para el próximo **QUINCE (15) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024), A PARTIR DE LAS NUEVE Y TREINTA DE LA MAÑANA (09:30 A.M.)**, con fundamento en el numeral 1° del artículo 180 de la *ibidem*.

Cabe anotar que a la misma **DEBERÁN COMPARECER OBLIGATORIAMENTE** los apoderados de las partes, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el numeral 4 *ibidem*. No obstante, su inasistencia no impedirá el desarrollo de la diligencia.

La audiencia se realizará en modalidad **NO PRESENCIAL**, a través de comunicación simultánea o sucesiva, utilizando como herramienta tecnológica Lifesize, para los cual deberán informar con anticipación al correo electrónico del juzgado los números de teléfonos y correos electrónicos en los cuales pueden ser ubicados los abogados de las partes para efectos de coordinar la realización de la diligencia.

Se **ADVIERTE** que toda comunicación dirigida al Despacho debe presentarse estrictamente de manera digital, en formato PDF, a través del correo electrónico admin07ma@cendoj.ramajudicial.gov.co, dentro de los horarios establecidos de atención al usuario (lunes a viernes de 07:30 am a 12:00 m y de 01:30 pm a 05:00 pm).

¹ Archivo “22ConstanciaSecretarial” del expediente electrónico,

Así mismo, se INSTA a las partes y sus apoderados a presentar los memoriales de sustitución de poder y/o cualquier documento relacionado con la audiencia programada a más tardar durante el día hábil anterior a la diligencia, con el fin de incorporarlos al expediente oportunamente.

Se **RECONOCE PERSONERÍA** a la abogada LINA ALEJANDRA ZULUAGA MARTINEZ como apoderada del MUNICIPIO DE FILADELFIA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZ

CCMP/Sust.

**JUZGADO SÉPTIMO
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES – CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La providencia anterior se notifica en el
Estado **del 11 de enero de 2024**

MARCELA LEÓN HERRERA
Secretaria

Firmado Por:
Jackeline Garcia Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
007

Manizales - Caldas

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

Código de verificación: **1adfa921d7d01774cf7680f32ca86c375253be622234bad49f61f7a3ac9db96a**

Documento generado en 19/12/2023 04:37:07 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

A.I. No.	3172-2023
RADICACIÓN:	17001-33-39-007-2021-00143-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -LABORAL
ACCIONANTE:	YULDER ARIEL OSORIO VILLA
ACCIONADO:	NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA -POLICÍA NACIONAL

ANTECEDENTES

Observa el juzgado que mediante escrito radicado el 8 de noviembre de 2023, la apoderada de la parte activa informa que al señor Osorio Villa se le reconoció bonificación para asistencia familiar, figura casi similar a la que se demandaba en el presente proceso, por lo anterior, solicita el desistimiento del proceso de la referencia con la condición de no ser condenado en costas¹.

CONSIDERACIONES

La figura del desistimiento se encuentra regulada en los artículos 314 a 317 del Código General del Proceso, aplicables en virtud de la remisión prevista en el artículo 306 del CPACA.

De conformidad con lo prescrito en las normas procesales referidas, la solicitud desistimiento incoada resulta procedente, pues reúne los siguientes requisitos: a) No se ha dictado sentencia que ponga fin al proceso, b) el mandatario judicial de la parte actora tiene la facultad expresa para desistir² y c) El desistimiento no se encuentra dentro de las prohibiciones previstas en el artículo 315 del mencionado ordenamiento procesal.

¹ Archivo 17 del cuaderno principal -primera instancia- del expediente electrónico.

² Páginas 1 a 2 del archivo No. 04 del cuaderno principal -primera instancia- del expediente electrónico.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 316 del Código General del Proceso, el juez se abstendrá de condenar en costas "Cuando el demandado no se oponga al desistimiento de las pretensiones que de forma condicionada presente el demandante respecto de no ser condenado en costas y perjuicios. De la solicitud del demandante se correrá traslado al demandado por tres (3) días y, en caso de oposición, el juez se abstendrá de aceptar el desistimiento así solicitado. Si no hay oposición, el juez decretará el desistimiento sin condena en costas y expensas."

En ese orden de ideas, no habrá condena en costas, toda vez que si bien, el apoderado del Ministerio de Defensa -Policía Nacional solicita al Despacho considerar la aplicación de la condena en costas a favor de la entidad, no se opone al desistimiento de las pretensiones.

Aunado a ello, se precisa que no se encontró que con la conducta procesal asumida por el demandante se tipificaran las causales para condenar en costas, teniendo en cuenta la naturaleza de las pretensiones de la demanda, a las cuales renunció una vez se le reconoció por parte de la entidad demanda la bonificación para asistencia familiar, la calidad de empleado del demandante, la no acreditación de gastos procesales y la actividad procesal medida de la entidad accionada; ello en concordancia con los pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³, en los cuales se ha señalado que en aplicación al criterio *objetivo - valorativo*, al momento de decidir sobre la condena en costas, se debe atender, entre otros, a la siguiente pauta:

"a) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)." (Subrayas fuera del texto)

Por lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales,

RESUELVE

PRIMERO: ACEPTAR el desistimiento de las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instauró

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: DRA. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

Yulder Ariel Osorio Villa en contra de la Nación -Ministerio de Defensa -Policía Nacional.

La aceptación del presente desistimiento, tiene todos los efectos previstos en el artículo 314 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: Sin condena en COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del presente auto.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE la actuación previa las anotaciones respectivas en el sistema informático Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZ

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 11/ENE/2024


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

Firmado Por:
Jackeline Garcia Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
007
Manizales - Caldas

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

Código de verificación: **32edaaf977f512cda34e94ed5be09f22d954272af571d53dbeedb5da0003e51d**

Documento generado en 19/12/2023 04:37:08 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES**

Manizales, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 315/2023
Radicado: 17001-33-39-007-2022-00380-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Demandante: DORIS DE JESUS MONROY TREJOS
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y
DEPARTAMENTO DE CALDAS
Instancia: PRIMERA

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182 A de la Ley 1437, procede el Despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en el Auto 2874 del 20 de noviembre de 2023 que se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio, y corrió traslado para alegatos de conclusión.

ANTECEDENTES:

1. La demanda

Por intermedio de apoderado judicial la señora **DORIS DE JESUS MONROY TREJOS** en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y al **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, solicitando lo siguiente:

“DECLARACIONES:

1. Declarar la nulidad del acto ficto administrativo 2670-6 DEL 10 DE JUNIO DE 2022, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCION POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, y en la CE-SUJ-SII-012-2018-SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, a favor de mi mandate, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo. contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad, con la vigencia de la ley 1437 se refiere a sesenta (70) días hábiles y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN SECRETARIA DE CALDAS, le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS:

1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN SECRETARIA DE CALDAS, a que se le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 y en la CE-SUJ-SII-012-2018- SUJ-012-\$2 del 18 de julio de 2018, a favor de mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad, con la vigencia de la ley 1437 se refiere a sesenta (70) días hábiles y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Que se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN SECRETARIA DE CALDAS dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 siguientes del Código del código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A)

3. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN SECRETARIA DE CALDAS al reconocimiento pago de los ajustes de valor a que haya lugar con

motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCION MORATORIA referida en el numeral anterior. 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.

(...)”

En cuanto a los hechos expuestos por la parte actora se tiene:

De acuerdo con la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien tiene competencia para el pago de cesantías de los docentes de los establecimientos educativos de carácter oficial.

El demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías el 04 de febrero de 2022; la prestación fue reconocida mediante Resolución 0967-6 del 18 de febrero de 2021 y cancelada el 28 de julio de 2021.

Entre la fecha de solicitud de cesantías y el pago de la prestación, transcurrieron más de 78 días por encima del plazo legalmente establecido; por ello, se ha causado el pago de la sanción por el no pago oportuno.

Se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria el 31 de mayo de 2022; sin embargo, la administración respondió negativamente de forma expresa mediante el acto demandado.

2. Trámite procesal

Mediante Auto 328 del 21 de febrero de 2023 se admitió la demanda y con proveído 2672 del 31 de octubre de 2023 se resolvieron las excepciones previas. El Juzgado mediante Auto 2874 del 20 de noviembre de 2023 analizó la posibilidad de dictar sentencia anticipada. En consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio, puso en conocimiento las decisiones probatorias y seguido a ello corrió traslado para alegar de conclusión.

Vencido el término de traslado de alegatos, el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

3. Fijación del litigio.

Conforme al auto que fijó el litigio, se tiene que la **NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FNPSM** no admitió como cierto algún hecho.

El DEPARTAMENTO DE CALDAS admitió como ciertos los siguientes hechos:

- El artículo 3° de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin personería jurídica, asignando a su cargo el pago de las cesantías de los docentes vinculados al fondo reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional.
- El 04 de febrero de 2022 (Sic) la demandante radicó solicitud de retiro de cesantías ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual fue resuelta mediante Resolución N° 0967-6 del 18 de febrero de 2021.
- El 31 de mayo de 2022 se presentó petición de reconocimiento de la sanción moratoria, expidiéndose la Resolución 2670-6 del 10 de junio de 2023 negando el reconocimiento de lo deprecado.

Diferencias existentes entre las partes:

PARTE DEMANDANTE: Sostiene que las cesantías reconocidas a través de la N° 0967-6 de fecha 18 de febrero de 2021 fueron canceladas con posterioridad al término de los setenta (70) días para su reconocimiento y pago como lo establece la Ley 1071 de 2006.

Afirma que se estructuraron más de 78 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad demandada para cancelar el dinero por concepto de cesantías.

PARTE DEMANDADA - FNPSM: Sostiene que no son hechos los relacionados con las disposiciones normativas citadas en los hechos, sino que obedece a apreciaciones subjetivas de la parte demandante.

Considera que el ente territorial es el llamado a responder por las sumas reclamadas, atendiendo al principio de sostenibilidad financiera del sistema, y el principio de igualdad, pues en casos similares, cuando la sanción mora era originada hasta el 2019, esta entidad la reconoció incluso cuando la Secretaria de Educación expidió el acto administrativo por fuera del término, por tal motivo para evitar un detrimento patrimonial, es necesario equilibrar cargas financieras, motivo suficiente para no condenar a la demandada.

Refiere que la solicitud de las cesantías se realizó el 04/02/2021, y conforme al certificado de puesta disposición de las cesantías se pagaron el 22/04/2021.

Así, indica que se opone a que se condene a la Nación-Ministerio de Educación-FOMAG, al pago de la sanción moratoria en favor de la parte actora, toda vez que no existe en el presente proceso supuestos fácticos y jurídicos que logren acreditar lo solicitado con la demanda.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: Afirma que resulta improcedente acceder a las pretensiones de la demanda, ya que se torna ilegal que se aspire al reconocimiento de una sanción por mora, y pretender dirigir este pago frente al departamento de Caldas, lo cual generaría un detrimento patrimonial teniendo presente que no es la Secretaría de Educación del departamento quien reconoce la prestación, agregando además que esta no posee los recursos para el citado desembolso.

Indica que es la entidad fiduciaria quien realiza el acto como tal del pago, por este motivo no es del entendido que se vincule a la entidad territorial a un proceso donde por sus facultades de ley no le es dable ejercer conductas o actividades que hoy se debaten dentro de este proceso y menos frente a una sanción que se pretende imponer por encima de un procedimiento previamente establecido por la Ley.

Refiere que el departamento de Caldas – Secretaría de Educación-, cumplió fehacientemente los términos legales dentro del trámite para el pago de las cesantías, recayendo, per se, la responsabilidad en la demora en el pago en la entidad Fiduciaria, quien se encarga de verificar el cumplimiento de los requisitos y efectuar el correspondiente pago o desembolso de la prestación otorgada.

4. Alegatos de conclusión.

La Nación Ministerio de Educación- FOMAG: A través de escrito allegado el 28 de noviembre del presente año se reafirmó en los argumentos y razones de defensa expuestos en la contestación de la demanda.

Refirió que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, estableció los criterios para determinar el momento a partir del cual se deben empezar a contar los días de mora y el salario base aplicable. En dicha sentencia, el Consejo de Estado establece que, en los casos en los que se

dio respuesta extemporánea a la solicitud de cesantías parciales o definitivas, la mora inicia después de setenta (70) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

Indicó que todas las partes en las que pueda llegar a tener incidencia el proceso deben ser citadas dentro de la litis para integrar el contradictorio, con el objeto de que se garantice el derecho de defensa y contradicción de las partes intervinientes previo a emitir una sentencia de fondo. Todo ello con el objeto de que evitar cualquier vicio que puede representar una nulidad dentro del procesos.

Arguyó que la responsabilidad de la sanción mora es por la negligencia del empleador, y el FOMAG no es empleadora de la de la demandante.

Concluyo exponiendo que no se presentaron días de sanción mora, porque la solicitud de cesantías se realizó el 04 de febrero de 2021, el término del C.P.A.C.A., vencía el 19 de mayo de 2021, por lo que la mora se causaría el 20 de mayo de 2021, y las cesantías se pagaron el 22 de abril de 2021.

Solicita no se condenada en costas y agencias en derecho al no haber obrado de mala fe.

El departamento de Caldas: mediante memorial del 04 de diciembre de 2023 refirió que el Gobierno Nacional obrando a través del Ministerio de Educación expidió el decreto 1272 de 2018, con el objeto de armonizar las competencias de las entidades territoriales certificadas en educación y de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas de los docentes afiliados.

Las competencias de las entidades territoriales consisten en radicar los documentos y elaborar proyectos de actos administrativos, quienes están sujetos a posterior aprobación de la entidad fiduciaria administradora del fondo quien finalmente es quien decide si se paga o no se paga la prestación. Dicha Circunstancia no cambió con la expedición del decreto 1272 de 2018.

La responsabilidad de reconocimiento y pago de prestaciones es del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y ante la certeza de ley, no hace necesaria la vinculación del DEPARTAMENTO DE

CALDAS al presente proceso. Por lo tanto, se debe dar aplicación a la ley 91 de 1989, así mismo la ley 244 de 1995, ley 1071 de 2006, el Decreto 1272 de 2018.

La **parte demandante** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

1. Problema y análisis jurídico.

De conformidad con lo expuesto en Auto 2874 del 20 de noviembre de 2023, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

i. ¿Debe declararse la nulidad del acto demandado que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

i. ¿Tiene derecho la señora DORIS DE JESUS MONROY TREJOS al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?

ii. ¿Le asiste responsabilidad a la entidad territorial en el pago de la sanción moratoria por la con consignación oportuna de las cesantías?

Para el estudio del problema jurídico principal, el Despacho considera necesario abordar los siguientes problemas jurídicos asociados:

- 1) ¿Cuál es el carácter de la cesantía y el objeto de la sanción moratoria?**
- 2) ¿Cuál es el régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías?**
- 3). Responsabilidad de la entidad territorial en el pago de la sanción moratoria**
- 4) Caso concreto.**

1.1. El carácter prestacional de las cesantías y la finalidad de la sanción moratoria por su pago tardío:

El régimen laboral colombiano consagra unas garantías y beneficios de contenido económico a favor de los trabajadores llamadas: *prestaciones sociales*; si bien no constituyen salario, porque no corresponden técnicamente a una remuneración por su trabajo, sí lo complementan y hacen referencia a una contraprestación que debe asumir el empleador con la finalidad de cubrir los riesgos a los que está expuesto el trabajador.

Dentro de las mencionadas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía, la cual ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador; ello con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación. En la sentencia C-310 de 2007, la Corte Constitucional señaló que:

(...) la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda.

Atendiendo este carácter, las normas laborales han dispuesto un término perentorio para que los empleadores consignen el valor de esta prestación social, so pena de incurrir en una **sanción moratoria**; debe tenerse en cuenta que el retardo del empleador causa un daño económico al trabajador, bien sea por la pérdida de la oportunidad de utilización efectiva de los fondos o por la necesidad de contratar créditos mientras se produce el desembolso.

La Corte Constitucional en sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997, sostuvo que el retardo en el pago de las cesantías genera una pérdida del poder adquisitivo de aquella, y que es por ello que dicho deterioro debe ser asumido por el patrono y no por el trabajador.

1.2. Régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías:

La Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 ¹.

El numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se registrará de la siguiente manera: los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se registrarán 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.

De acuerdo con el artículo 15 numeral 3 de la ley 91 de 1989, de manera particular, en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial. Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Por su parte, la Ley 1071 de 2006, en el artículo 2º estableció su ámbito de aplicación:

Artículo 2. Ámbito de 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.

¹ **Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 “Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria** que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”. **Artículo 10º.-** “En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

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 de Ahorro. (Subrayas del Despacho).

En la exposición de motivos del proyecto de ley que finalmente se convirtió en la ley 1071 de 2006, respecto al ámbito de aplicación de la norma se señaló:

(...)

Lo anterior sirve también de sustento para explicar el ámbito de aplicación del proyecto de ley que pongo a su consideración, **el cual cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder** e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos **y de educación**. Es decir involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial. (...) ² – Destacado no es del texto.-

La misma ley, en cuanto al término para dar respuesta a la solicitud de cesantías parciales o definitivas dispuso:

“Artículo 4º. Términos. Dentro de 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 petionario 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.

Artículo 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 de Ahorro.

² Gaceta del Congreso 495 del 8 de agosto de 2005.

***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 bastará 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.”*

Ahora bien, en sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018³ el Consejo de Estado definió las siguientes reglas jurisprudenciales para dar solución a los problemas jurídicos relacionados con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente:

“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 ley⁴ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al petionario 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 petionario 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 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 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

⁴ Artículos 68 y 69 CPACA.

1.5.3 **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. (Resaltado original)”

Así las cosas, en los casos de docentes oficiales por tratarse de **servidores públicos**, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006; una vez presentada la solicitud, la Entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la resolución de liquidación de las cesantías definitivas y/o parciales, 10 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago, luego de los cuales empezará a correr la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. Cobra relevancia indicar sobre este aspecto que la ley no hace diferencia en los términos de reconocimiento de la cesantía y no interesa si se trata de retiro parcial o retiro definitivo; para ambos casos, el trámite tiene establecidos exactamente los mismos tiempos.

Quiere decir lo anterior que, una vez transcurridos 70 días hábiles⁵ desde la presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas sin que se haya realizado su pago efectivo, se causa el derecho a recibir la indemnización por mora; la misma es equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo.

Ahora bien, en los eventos en los que el acto administrativo que hubiese reconocido la cesantía se hubiese reconocido dentro del término de quince (15) días siguientes a su radicación, la misma sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado⁶ estableció los escenarios que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la moratoria, en razón a que los términos de notificación difieren en cada caso respecto a la forma en que se practique la misma.

⁵Artículo 76 del C.P.A.C.A. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de **los diez (10) días siguientes** a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez (...).

⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

Indicó la Corporación lo siguiente:

“(…) Teniendo claridad sobre la regla que procede para calcular la sanción moratoria por falta de expedición del acto de reconocimiento, o siendo tardío, adicionalmente deberá la Sala analizar la causación de la penalidad en el evento de que exista acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, sí se notifica o no, a través de qué medio o, si se renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, considerando que éstos son los momentos en que legamente se inicia el término para controvertirlo y después verificar el pago oportuno de la cesantía.”

En la sentencia referida se hace la distinción respecto al cálculo de la sanción mora cuando el acto administrativo que reconoce la cesantía se profiere dentro del término legal, situaciones que analizará el Despacho en cada caso concreto dependiendo de la forma de notificación que en tales casos se presente.

1.3. Responsabilidad de la entidad territorial en el pago de la sanción moratoria

Con relación a la incidencia de la conducta territorial en el retraso del pago de la prestación como fue expuesto en la contestación de la demanda, cabe advertir que conforme a la Ley 962 de 2005, el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente oficial se encuentra atribuido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; a los Entes Territoriales, corresponde una actividad de mera intermediación para el reconocimiento y pago de las mismas, comprometiéndose así, únicamente la responsabilidad del aludido fondo.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la Ley 91 de 1989; en su artículo 2º precisó:

Artículo 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

(…) 5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, **son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a

dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Parágrafo. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

La citada disposición legal, en sus artículos 4º, 5º y 9º establece lo siguiente:

Artículo 4º. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2º, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. (...)

Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado (...)

Artículo 9º.- Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

Se desprende así, que las prestaciones sociales del personal docente vinculado al magisterio, a partir de la vigencia de la referida ley se encuentra a cargo de la Nación, quien procede a su cancelación a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; este último, al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º de la citada ley 91 constituye una cuenta especial, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

Por su parte, la Ley 962 de 2005, por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, dispuso:

“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.”

Se colige de lo expuesto, que el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente oficial se encuentra atribuido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que a los Entes Territoriales corresponde una actividad de mera intermediación para el reconocimiento y pago de las mismas, comprometiéndose así, únicamente la responsabilidad del aludido fondo.

1.4 Caso concreto.

La demandante **DORIS DE JESÚS MONROY TREJOS** en su calidad de docente, solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el 04 de febrero de 2021⁷.

Las cesantías fueron reconocidas por medio de la Resolución 0967-6 del 18 de febrero de 2021, y según certificación de pago emitido por la FIDUPREVISORA⁸, el dinero fue puesto a disposición del demandante el 22 de abril de 2021.

De acuerdo con lo anterior, concluye el Despacho inicialmente que la Resolución 0967-6 del 18 de febrero de 2021 por medio de la cual se reconocieron las cesantías solicitadas se profirió dentro del término de quince (15) días siguientes a la radicación de la solicitud, la cual fue notificada personalmente el 05 de marzo de 2021⁹.

En el escenario en el que el acto administrativo que reconoce la cesantía se profiere dentro del término legal, y se notificó personalmente, expresó el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación previamente citada¹⁰, lo siguiente:

⁷ Archivo “04AnexosDemanda” del cuaderno “C01Principal” del expediente electrónico, p. 1

⁸ Archivo “08ContestacionDemandaFOMAG” del cuaderno “C01Principal” del expediente electrónico, p. 40

⁹ Archivo “19AntecedentesAdministrativosSecretariaEducacion” del cuaderno “C01Principal” del expediente electrónico, p. 6 a 10.

¹⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

“(…) 100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión¹¹, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

101. Ha de ser así, pues la producción de los efectos del acto administrativo exige de su publicidad, de manera que solo son oponibles las decisiones de la administración que son conocidas por las personas llamadas a su cumplimiento o afectadas con su ejecución; situación que perfectamente encaja en el cómputo de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, que consulta o se causa por el paso del tiempo, a donde no concurre el término que tiene el empleador para notificar el acto expreso que reconoce la mencionada prestación.

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, **el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados.**”

En tal sentido, los diez (10) días de ejecutoria y los cuarenta y cinco (45) días previstos para el pago de la cesantía solicitada, transcurrieron así:

Fecha notificación acto reconoce cesantías	Vencimiento término ejecutoria	Vencimiento 45 días para efectuar el pago	Período en el que ha de aplicarse la sanción moratoria a título de restablecimiento
05/03/2021	19/03/2021	27/05/2021	No hubo mora, en razón a que el pago de las cesantías se realizó el 22/04/2021

Si bien se indica en la demanda que las cesantías fueron canceladas el 28 de julio de 2021, observa el Despacho, como se indicó previamente, y conforme al certificado emitido por la Fiduprevisora que el dinero por concepto de cesantías se pagó el 22 de abril de 2021¹²

¹¹ Salvo los actos dictados en audiencia, que se notifican en estrados.
¹² Archivo “08ContestacionDemandaFOMAG” del cuaderno “C01Principal” del expediente electrónico, p. 40

La fecha indicada por la demandante respecto a la cual, en su criterio, se cancelaron las cesantías, obedeció a la actitud pasiva de su parte en la gestión respectiva para el cobro y/o retiro del dinero que había sido puesto a su disposición el 22 de abril de 2021, aspecto que no puede endilgársele a la entidad demandada quien adelantó los trámites pertinentes para cancelar las cesantías solicitadas dentro del término con el que contaba para ello.

Conforme a lo que se observa, es claro para esta Funcionaria Judicial que la entidad demandada puso a disposición de la demandante el dinero por concepto de las cesantías reconocidas mediante Resolución N° 0967-6 del 18 de febrero de 2021 dentro del término con el que contaba para adelantar el trámite pertinente, conforme a la normativa y jurisprudencia previamente citada, lo que lleva a concluir necesariamente la no prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Así, concluye el Despacho que no le asiste responsabilidad a la entidad demandada Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que se declarará la prosperidad de la excepción de *“cobro de lo no debido”*, siendo innecesario efectuar pronunciamiento sobre las demás excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

No obstante la no prosperidad de las pretensiones de la demanda, considera el Despacho hacer mención a que si bien la **Nación - Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** invoca la aplicación de la Ley 1955 de 2019, para que se estudie la eventual responsabilidad del ente territorial, lo cierto es que quien debe asumir el pago de la sanción moratoria en este caso es la entidad del orden nacional, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia la Sección Segunda del Consejo de Estado tratándose de este tipo de pretensiones, incluso, es improcedente el litisconsorcio necesario con las entidades territoriales¹³.

Así las cosas, en virtud de lo expuesto se declarará de oficio la prosperidad de la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* en favor del **Departamento de Caldas**, motivo por el cual se hace innecesario efectuar el estudio de las demás excepciones propuestas por esta entidad.

1.5 Conclusión.

¹³ Subsección “B”. CP. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Auto del nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 63001-23-33-000-2014-00171-01(1845-15) y 6 Subsección “A”. C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Auto del dos (2) de julio de dos mil veinte (2020). Radicación: 17001-23-33-000-2013-00628-01(3830-14).

En virtud de lo ampliamente expuesto en la presente providencia, el Despacho considera que al demandante no le asiste el derecho a obtener el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006. La razón radica en que está acreditada la oportunidad con la que **la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, procedió al pago de las cesantías a las que tenían derecho.

Por lo anterior, se mantiene incólume el acto administrativo demandado.

1.6 Costas

No se condenará en costas a la parte vencida toda vez que no se encontró que con la conducta procesal asumida se tipificaran las causales para así decretarlo, teniendo en cuenta además la naturaleza de las pretensiones de la demanda y la calidad de la demandante, además de los cambios jurisprudenciales en la materia objeto de debate; ello conforme con recientes pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁴, en los cuales se ha señalado que en aplicación al criterio objetivo - valorativo, al momento de decidir sobre la condena en costas, se debe atender, entre otros, a la siguiente pauta:

“a) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).” (subraya fuera del texto)

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de “cobro de lo no debido” propuesta por **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, y de oficio la excepción de

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

“Falta de legitimación en la causa por pasiva” en favor del **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, conforme con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto.

TERCERO: No se condena en costas a la parte vencida en el proceso, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 11/ENE/2024


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES

Manizales, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 317/2023
Radicado: 17001-33-39-007-2022-00382-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Demandante: MARIA ELENA RAMOS JIMENEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN -
FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS
Instancia: PRIMERA

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182 A de la Ley 1437, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en el Auto 2673 del 31 de octubre de 2023 que se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio y

ANTECEDENTES:

1. La demanda

Por intermedio de apoderado judicial la señora **MARIA ELENA RAMOS JIMENEZ** en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y al **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, solicitando lo siguiente:

“DECLARACIONES

1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 19 DE ABRIL DE 2021 frente a la petición presentada el día 19 DE ENERO DE 2021, en cuanto negó el

derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, y en la CE-SUJ-SII-012-2018-SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, a favor de mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad, con la vigencia de la ley 1437 se refiere a sesenta (70) días hábiles y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma. (Sic)

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN DE CALDAS**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS

1. Condenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN CALDAS**, a que se le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 y en la CE-SUJ-SII-012-2018-SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, a favor de mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad, con la vigencia de la ley 1437 se refiere a sesenta (70) días hábiles y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma. (Sic)
2. Que se ordene a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN DE CALDAS** - dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como dispone el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.)
3. Condenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN DE CALDAS** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCION MORATORIA referida en el numeral anterior, 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 al presente proceso.

(...)”

En cuanto a los hechos expuestos por la parte actora se tiene:

De acuerdo con la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien tiene competencia para el pago de cesantías de los docentes de los establecimientos educativos de carácter oficial.

El demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías el 20 de agosto de 2020; la prestación fue reconocida mediante Resolución 2625-6 del 31 de agosto de 2020 y cancelada el 03 de diciembre de 2020.

Entre la fecha de solicitud de cesantías y el pago de la prestación, transcurrieron más de 14 días por encima del plazo legalmente establecido; por ello, se ha causado el pago de la sanción por el no pago oportuno.

Se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria el 19 de enero de 2021; sin embargo, la administración respondió negativamente de forma ficta.

2. Trámite procesal

Mediante Auto 329 del 21 de febrero de 2023 se admitió la demanda. El Juzgado mediante Auto 2673 del 31 de octubre de 2023 analizó la posibilidad de dictar sentencia anticipada, se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio y corrió traslado para alegar de conclusión.

Vencido el término de traslado de alegatos, el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

3. Fijación del litigio.

Conforme al auto que fijó el litigio, se tiene que la **NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FNPSM** admitió como ciertos los siguientes hechos:

- La demandante solicitó el 20 de agosto de 2020 el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

- Mediante Resolución N° 2625-6 de fecha 31 de agosto de 2020 se reconoció y ordenó el pago de las cesantías solicitadas por la demandante.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** admitió como ciertos también los anteriores hechos, y los siguientes:

- El artículo 3° de la Ley 91 de 1989 creó el FOMAG como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.
- El párrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 le asignó competencia al FOMAG para el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

Diferencias existentes entre las partes:

PARTE DEMANDANTE: Sostiene que las cesantías reconocidas a través de la N° 2625-6 de fecha 31 de agosto de 2020 fueron canceladas con posterioridad al término de los setenta (70) días para su reconocimiento y pago como lo establece la Ley 1071 de 2006.

Afirma que se estructuraron más de 14 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad demandada para cancelar el dinero por concepto de cesantías.

PARTE DEMANDADA - FNPSM: Sostiene que no son hechos los relacionados con las disposiciones normativas citadas en los hechos, sino que obedece a apreciaciones subjetivas de la parte demandante.

Expone que el Ministerio de Educación Nacional – FOMAG no es el responsable del pago de la sanción por mora que se cause con posterioridad a diciembre de 2019, por tanto, solicito su desvinculación toda vez que existe en el caso concreto una “falta de legitimación en la causa por pasiva conforme con el párrafo 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.

Indica que en el caso concreto la sanción por mora fue causada en el 2019, con días de mora extendidos hasta 2020, por lo que le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagar exclusivamente a los días de mora causados hasta el 31 de diciembre de 2019. Esto, en concordancia

con lo establecido en el párrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que establece que para financiar la sanción por mora causada a diciembre de 2019, se faculta al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias fiduciarias públicas.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: Afirma que es más que evidente el cumplimiento de los términos establecidos para la entidad territorial, así:

Petición de cesantías 20 de agosto del 2020

Resolución Respuesta 31 de agosto del 2020

Por lo que cualquier solicitud de sanción mora en el retardo del pago de la cesantía solicitada debe estudiarse frente a la entidad del orden Nacional o en su defecto el administrador del FOMAG.

De esta manera, el Departamento de Caldas –Secretaría de Educación-, cumplió fehacientemente los términos legales dentro del trámite, para el pago de las cesantías, recayendo, per se, la responsabilidad en la demora en el pago en la entidad Fiduciaria, quien se encarga de verificar el cumplimiento de los requisitos y efectuar el correspondiente pago o desembolso de la prestación otorgada.

4. Alegatos de conclusión.

Parte demandante: Presentó el 23 de noviembre de 2023 alegatos de conclusión de forma extemporánea, por lo que se entenderá por no presentados.

Departamento de Caldas: Con escrito del 15 de noviembre de 2023 indicó que las competencias de las entidades territoriales consisten en radicar los documentos y elaborar proyectos de actos administrativos, quienes están sujetos a posterior aprobación de la entidad fiduciaria administradora del fondo quien finalmente es quien decide si se paga o no se paga la prestación. Dicha Circunstancia no cambió con la expedición del decreto 1272 de 2018. La responsabilidad de reconocimiento y pago de prestaciones es del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y ante la certeza de ley, no hace necesaria la vinculación del DEPARTAMENTO DE CALDAS al presente proceso. Por lo tanto, se debe dar aplicación a la ley 91 de 1989, así mismo la ley 244 de 1995, ley 1071 de 2006, el Decreto 1272 de 2018.

Considera que no hay lugar a que prosperen las pretensiones del actor y queda demostrado que el departamento de Caldas es un mero tramitador dentro del reconocimiento de prestaciones y no tiene incidencia alguna en el pago.

La Nación Ministerio de Educación- FOMAG y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

1. Problema y análisis jurídico.

De conformidad con lo expuesto en Auto 2673 del 31 de octubre de 2023, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

i. ¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

i. ¿Tiene derecho la señora MARIA ELENA RAMOS JIMENEZ al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?

ii. ¿Le asiste responsabilidad a la entidad territorial en el pago de la sanción moratoria por la con consignación oportuna de las cesantías?

Para el estudio del problema jurídico principal, el Despacho considera necesario abordar los siguientes problemas jurídicos asociados:

- 1) ¿Cuál es el carácter de la cesantía y el objeto de la sanción moratoria?;**
- 2) ¿Cuál es el régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías?**
- 3). Responsabilidad de la entidad territorial en el pago de la sanción moratoria**
- 4) Caso concreto.**

1.1. El carácter prestacional de las cesantías y la finalidad de la sanción moratoria por su pago tardío:

El régimen laboral colombiano consagra unas garantías y beneficios de contenido económico a favor de los trabajadores llamadas: *prestaciones sociales*; si bien no constituyen salario, porque no corresponden técnicamente a una remuneración por su trabajo, sí lo complementan y hacen referencia a una contraprestación que debe asumir el empleador con la finalidad de cubrir los riesgos a los que está expuesto el trabajador.

Dentro de las mencionadas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía, la cual ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador; ello con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación. En la sentencia C-310 de 2007, la Corte Constitucional señaló que:

(...) la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda.

Atendiendo este carácter, las normas laborales han dispuesto un término perentorio para que los empleadores consignen el valor de esta prestación social, so pena de incurrir en una **sanción moratoria**; debe tenerse en cuenta que el retardo del empleador causa un daño económico al trabajador, bien sea por la pérdida de la oportunidad de utilización efectiva de los fondos o por la necesidad de contratar créditos mientras se produce el desembolso.

La Corte Constitucional en sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997, sostuvo que el retardo en el pago de las cesantías genera una pérdida del poder adquisitivo de aquella, y que es por ello que dicho deterioro debe ser asumido por el patrono y no por el trabajador.

1.2. Régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías:

La Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 ¹.

El numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se registrará de la siguiente manera: los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se registrarán 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.

De acuerdo con el artículo 15 numeral 3 de la ley 91 de 1989, de manera particular, en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial. Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Por su parte, la Ley 1071 de 2006, en el artículo 2º estableció su ámbito de aplicación:

Artículo 2. Ámbito de 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.

¹ **Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 “Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria** que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”. **Artículo 10º.-** “En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

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 de Ahorro. (Subrayas del Despacho).

La misma ley, en cuanto al término para dar respuesta a la solicitud de cesantías parciales o definitivas dispuso:

“Artículo 4°. Términos. Dentro de 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 petionario 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.

Artículo 5°. 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 de 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 bastará 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.”

Ahora bien, en sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018² el Consejo de Estado definió las siguientes reglas jurisprudenciales para dar solución a los problemas jurídicos relacionados con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente:

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

“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 ley³ 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 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.

1.5.3 **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. (Resaltado original)”

Así las cosas, en los casos de docentes oficiales por tratarse de **servidores públicos**, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de

³ Artículos 68 y 69 CPACA.

2006; una vez presentada la solicitud, la Entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la resolución de liquidación de las cesantías definitivas y/o parciales, 10 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago, luego de los cuales empezará a correr la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. Cobra relevancia indicar sobre este aspecto que la ley no hace diferencia en los términos de reconocimiento de la cesantía y no interesa si se trata de retiro parcial o retiro definitivo; para ambos casos, el trámite tiene establecidos exactamente los mismos tiempos.

Quiere decir lo anterior que, una vez transcurridos 70 días hábiles⁴ desde la presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas sin que se haya realizado su pago efectivo, se causa el derecho a recibir la indemnización por mora; la misma es equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo.

Ahora bien, en los eventos en los que el acto administrativo que hubiese reconocido la cesantía se hubiese reconocido dentro del término de quince (15) días siguientes a su radicación, la misma sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado⁵ estableció los escenarios que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la moratoria, en razón a que los términos de notificación difieren en cada caso respecto a la forma en que se practique la misma.

Indicó la Corporación lo siguiente:

“(…) Teniendo claridad sobre la regla que procede para calcular la sanción moratoria por falta de expedición del acto de reconocimiento, o siendo tardío, adicionalmente deberá la Sala analizar la causación de la penalidad en el evento de que exista acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, sí se notifica o no, a través de qué medio o, si se renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, considerando que éstos son los momentos en que legamente se inicia el término para controvertirlo y después verificar el pago oportuno de la cesantía.”

En la sentencia referida se hace la distinción respecto al cálculo de la sanción mora cuando el acto administrativo que reconoce la cesantía se profiere dentro del término legal, situaciones que analizará el Despacho en cada caso concreto dependiendo de la forma de notificación que en tales casos se presente.

⁴Artículo 76 del C.P.A.C.A. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de **los diez (10) días siguientes** a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez (...).

⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

1.3. Responsabilidad de la entidad territorial en el pago de la sanción moratoria

Con relación a la incidencia de la conducta territorial en el retraso del pago de la prestación como fue expuesto en la contestación de la demanda, cabe advertir que conforme a la Ley 962 de 2005, el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente oficial se encuentra atribuido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; a los Entes Territoriales, corresponde una actividad de mera intermediación para el reconocimiento y pago de las mismas, comprometiéndose así, únicamente la responsabilidad del aludido fondo.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la Ley 91 de 1989; en su artículo 2º precisó:

Artículo 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

(...) 5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, **son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Parágrafo. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

La citada disposición legal, en sus artículos 4º, 5º y 9º establece lo siguiente:

Artículo 4º. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y

nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. (...)

Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado (...)

Artículo 9º.- Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

Se desprende así, que las prestaciones sociales del personal docente vinculado al magisterio, a partir de la vigencia de la referida ley se encuentra a cargo de la Nación, quien procede a su cancelación a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; este último, al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º de la citada ley 91 constituye una cuenta especial, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

Por su parte, la Ley 962 de 2005, por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, dispuso:

“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.”

Se colige de lo expuesto, que el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente oficial se encuentra atribuido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que a los Entes Territoriales corresponde una actividad de mera intermediación para el reconocimiento y pago de las mismas, comprometiéndose así, únicamente la responsabilidad del aludido fondo.

1.4 Caso concreto.

La demandante **MARIA ELENA RAMOS JIMENEZ** en su calidad de docente, solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el 20 de agosto de 2020⁶.

Las cesantías fueron reconocidas por medio de la Resolución 2625-6 del 31 de agosto de 2020, y según comprobante de pago allegado con la demanda⁷, el dinero fue puesto a disposición del demandante el 03 de diciembre de 2020.

De acuerdo con lo anterior, concluye el Despacho inicialmente que la Resolución 2625-6 del 31 de agosto de 2020 por medio de la cual se reconocieron las cesantías solicitadas se profirió dentro del término de quince (15) días siguientes a la radicación de la solicitud, la cual fue notificada personalmente el 08 de septiembre de 2020⁸ por correo electrónico.

En el escenario en el que el acto administrativo que reconoce la cesantía se profiere dentro del término legal, y se notificó personalmente, expresó el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación previamente citada⁹, lo siguiente:

“(…) 100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión¹⁰, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

101. Ha de ser así, pues la producción de los efectos del acto administrativo exige de su publicidad, de manera que solo son oponibles las decisiones de la administración que son conocidas por las personas llamadas a su cumplimiento o afectadas con su ejecución; situación que perfectamente encaja en el cómputo de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, que consulta o se causa por el paso del tiempo, a donde no concurre el término que tiene el empleador para notificar el acto expreso que reconoce la mencionada prestación.

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, **el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a**

⁶ Archivo “05AnexosDemanda” del expediente electrónico, p. 1

⁷ “*Ibidem*”, p. 4.

⁸ Archivo “13MemorialDepartamentoCaldas” del expediente electrónico, p. 8.

⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

¹⁰ Salvo los actos dictados en audiencia, que se notifican en estrados.

ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados.”

En tal sentido, los diez (10) días de ejecutoria y los cuarenta y cinco (45) días previstos para el pago de la cesantía solicitada, transcurrieron así:

Fecha notificación acto reconoce cesantías	Vencimiento término ejecutoria	Vencimiento 45 días para efectuar el pago	Período en el que ha de aplicarse la sanción moratoria a título de restablecimiento
08/09/2020	22/09/2020	27/11/2020	Desde el 28/11/2020 (día siguiente al vencimiento del término para pagar) hasta el 02/12/2020 (día anterior a la fecha de pago).

Retomando el análisis sobre la responsabilidad de la entidad demandada, se tiene que de las pruebas allegadas se infiere claramente que la accionada incurrió en mora al abstenerse de pagar oportunamente las cesantías solicitadas; por esta razón acceder a las pretensiones no equivale a un detrimento patrimonial en contra del **Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, se trata de reconocer un derecho que se originó en su omisión.

Si bien la **Nación - Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** invoca la aplicación de la Ley 1955 de 2019, para que se estudie la eventual responsabilidad del ente territorial, lo cierto es que quien debe asumir el pago de la sanción moratoria en todos los casos es la entidad del orden nacional. Tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia la Sección Segunda del Consejo de Estado tratándose de este tipo de pretensiones, incluso, es improcedente el litisconsorcio necesario con las entidades territoriales¹¹.

Ahora, para que se estudie la viabilidad de analizar la eventual culpa en que pueda incurrir el Departamento de Caldas en la generación de la sanción moratoria, es necesario que la **Nación - Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** plantee su pretensión resarcitoria a través

¹¹ Subsección “B”. CP. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Auto del nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 63001-23-33-000-2014-00171-01(1845-15) y 6 Subsección “A”. C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Auto del dos (2) de julio de dos mil veinte (2020). Radicación: 17001-23-33-000-2013-00628-01(3830-14).

de los medios jurídicos correspondientes; esto con el fin de obtener el reembolso de los recursos a los que resulte condenada a pagar. En ese escenario, debe acreditar los supuestos fácticos para acreditar que la mora es imputable a la entidad territorial.

Para el caso específico, con la contestación de la demanda la **Nación - Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** no formula una pretensión de reembolso frente al Departamento de Caldas a través de los medios procesales dispuestos para tal fin, simplemente se limita a citar el contenido de la Ley 1555 de 2019 para que se declare la supuesta falta de legitimación como demandada; por ello, no se analizará su conducta en el trámite de la solicitud de cesantías solicitada por la demandante.

Aunado a todo lo anterior, carece de soporte la manifestación efectuada por el vocero de la entidad demandada cuando afirma que el Ente Territorial expidió el acto administrativo que reconoce las cesantías fuera del término con el que contaba para ello, para lo cual vasta constatar las fechas de solicitud de las cesantías, 20 de agosto de 2020, y expedición de la resolución de reconocimiento, 31 de agosto de 2020, para verificar que entre la una y la otra no transcurrieron más de 15 días.

Así las cosas, en virtud de lo expuesto se declarará de oficio la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva” respecto al **Departamento de Caldas**, motivo por el cual se hace innecesario efectuar el estudio de las demás excepciones propuestas por esta entidad.

Respecto a la excepción de *compensación* propuesta por la **Nación - Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, no se allegó al proceso prueba alguna que pudiera determinar que a la demandante se le canceló suma alguna por lo acá pretendido, por lo que no hay lugar a declarar su prosperidad.

1.5 Prescripción

Respecto al reconocimiento de la sanción moratoria, es pertinente hacer alusión al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales sobre los cuales el Consejo de Estado se ha pronunciado recientemente¹²:

“(…) Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14).

término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

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.

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.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

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 patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, 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) (...).

En el presente caso no se configura la prescripción trienal de la sanción moratoria reconocida a favor de la demandante, como quiera que entre la fecha en la cual se hizo exigible su pago, esto el 28 de noviembre de 2020 y la fecha de presentación de la reclamación administrativa el 19 de enero de 2021¹³, no transcurrieron más de tres años conforme a lo establecido en la norma transcrita.

1.6 Restablecimiento del derecho

¹³ Archivo “05AnexosDemanda” del expediente electrónico, p. 5

A título de restablecimiento del derecho, **La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, deberá cancelar a la demandante la indemnización moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago y en los términos expuestos de manera precedente.

La sanción será liquidada con la asignación básica vigente a la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público, en caso de mora en el pago de cesantías definitivas, o con la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, en caso de mora en el pago de cesantías parciales, sin que varíe por la prolongación de la mora en el tiempo. En el presente caso se deberá liquidar con la asignación básica del año 2020 por tratarse de cesantías parciales.

1.7 Indexación

Frente a este punto combine indicar que el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción en Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018, ya citada en esta providencia, sentó jurisprudencia iterando la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria.

No obstante, cabe resaltar que la expresión *“Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.”*, fue nuevamente estudiada por el Consejo de Estado a través de Sentencia del 26 de agosto de 2019, con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez. En esa ocasión se precisó que si bien no era posible la indexación de la sanción por mora mientras ésta se estaba causando, ello no era óbice para dar aplicación al artículo 187 del C.P.A.C.A. una vez constituido el valor total de la sanción moratoria; se trata de una cantidad líquida de dinero, concluyendo que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente:

- a) mientras se causa la sanción moratoria, día a día, esta no podrá indexarse;
- b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total si es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia - art. 187 - y
- c) una vez quede ejecutoriada la condena, no procede indexación, sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Como conclusión, observa esta Sede Judicial que si bien conforme la sentencia de unificación en cita, es improcedente la indexación de la sanción moratoria, tal improcedencia sólo se predica durante el tiempo en que ésta se esté causando. Una vez cesada y generado el valor total de la sanción moratoria, tal suma debe ajustarse con base en el IPC conforme lo dispone el 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente en que cesó la causación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; una vez en firme el fallo lo que se origina son los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 de la misma codificación.

Por lo expuesto, este despacho acogerá el último pronunciamiento de la Alta Corporación frente a la interpretación que debe darse a la expresión (...) *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; contenida en la Sentencia de Unificación No. 00580 de 18 de julio de 2018.

Por ende, la suma reconocida por concepto de sanción moratoria deberá ser indexada conforme al artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, a partir del día siguiente en que cesó la acusación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, es decir, actualizada mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de sanción mora, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió de hacerse el pago

2. Conclusión

En virtud de lo ampliamente expuesto en la presente providencia, el Despacho considera que al demandante le asiste el derecho a obtener el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006. La razón radica en que está acreditada la tardanza en la que incurrió **la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, en proceder al reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenían derecho.

Por estas razones, queda evidentemente desvirtuada la presunción de legalidad de

la actuación administrativa discutida en el presente caso; siendo por tanto necesario declarar su nulidad.

En consecuencia, se declararán no probadas las excepciones de *prescripción, genérica, cobro indebido de la sanción moratoria, improcedencia de la indexación, compensación, sostenibilidad financiera*, propuestas por **la Nación – Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Y de otro lado, se declara probada de oficio la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* del **Departamento de Caldas**.

3. Cumplimiento de la sentencia:

La demandada –**Nación – Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** deberá cumplir la presente providencia en la forma y términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

4. Costas

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandada **Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se generaron gastos procesales y se evidenció la intervención del apoderado judicial de la accionada en cada una de las etapas del proceso.

Ello conforme con recientes pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁴, en donde se advierte la necesidad de atender al criterio objetivo-valorativo al momento de estudiar sobre la imposición de costas. Se fijan Agencias en derecho por valor de **VEINTINUEVE MIL PESOS MCTE (\$29.000)** en favor de la parte demandante y a costa de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁵.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

¹⁵ Según el Acuerdo No. PSAA-10-554 de 2016 que rige para los procesos iniciados a partir de su vigencia.

PRIMERO: DECLARAR PROBADA de oficio la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* del **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *prescripción, genérica, cobro indebido de la sanción moratoria, improcedencia de la indexación, compensación, sostenibilidad financiera* propuestas por **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto configurado respecto a la petición presentada el 19 de enero de 2021 mediante la cual se negó una solicitud de sanción moratoria solicitada por la señora **MARIA ELENA RAMOS JIMENEZ**.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a que reconozca y pague a la demandante la sanción por mora contenida en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de mora, **desde el 28 de noviembre de 2020 hasta el 02 de diciembre de 2020, ambas fechas inclusive**, tal y como quedó definido en la parte motiva de la providencia. La sanción será liquidada con la asignación básica vigente en el año 2020.

Las sumas reconocidas se actualizarán conforme con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, mediante la aplicación de los ajustes de valor, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la presente sentencia, para lo cual la demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: La **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** **DARÁ** cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A., **PREVINIÉNDOSE** al parte demandante de la carga prevista en el inciso 2° del artículo 192 *ibídem*.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaría se dará cumplimiento a lo previsto en el inciso final de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: A costa de la parte interesada, expídanse las copias auténticas que solicite de esta providencia, teniendo en cuenta la Secretaría los lineamientos del artículo 114 del C.G.P.

OCTAVO: SE CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO a la parte demandada **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan Agencias en derecho las indicadas en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

DÉCIMO: La presente sentencia queda notificada de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 11/ENE/2024


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
MANIZALES**

Manizales, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia N°: 316/2023
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado: 17001-33-39-007-2022-00391-00
Demandante: IVAN DARIO SÁNCHEZ CARDONA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Instancia: Primera

En los términos del inciso final del numeral 1° artículo 182 A de la Ley 1437, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia. Para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en el Auto 2674 del 31 de octubre de 2023 que se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio, y corrió traslado para alegatos de conclusión.

ANTECEDENTES:

1. La demanda

Por intermedio de apoderado judicial el señor **IVAN DARIO SÁNCHEZ CARDONA**, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL**

MAGISTERIO, al DEPARTAMENTO DE CALDAS y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., solicitando lo siguiente:

“PETICIONES

Primero: Declarar la nulidad del ACTO FICTO configurado el día 7 de octubre de 2022 frente a la petición presentada el día 6 de julio de 2022 en cuanto negó el derecho a pagar la SANCION MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006 equivalente a (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de esta.

2. Segundo: Declarar que mi representado tiene derecho a que LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) DEPARTAMENTO DE CALDAS-SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE CALDAS – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (FIDUPREVISORA); le reconozca y pague la SANCION MORA establecida en la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, equivalente a (1) día de salario por cada día de retardo contados desde los (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de esta.

II. CONDENAS

1. Primero: Condenar a LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) DEPARTAMENTO DE CALDAS-SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE CALDAS – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (FIDUPREVISORA); le reconozca y pague la SANCION MORA establecida en la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006 equivalente a (1) día de salario por cada día de retardo contados desde los (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de esta.

2. Segundo: que se ordene a LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) DEPARTAMENTO DE CALDAS-SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE CALDAS – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (FIDUPREVISORA); dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo

dispone el artículo 192 y siguientes del código del procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

3. Tercero: Condenar a LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) DEPARTAMENTO DE CALDAS-SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE CALDAS – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (FIDUPREVISORA); al reconocimiento y pago de los ajustes a que haya lugar con motivo de disminución del poder adquisitivo de la SANCION MORA referida con el numeral anterior, 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 proceso (...)”

En cuanto a los **hechos** expuestos por la parte actora se tiene:

De acuerdo con la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien tiene competencia para el pago de cesantías de los docentes de los establecimientos educativos de carácter oficial.

El señor **IVAN DARIO SANCHEZ GOMEZ** solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías el 01 de abril de 2019; la prestación fue reconocida mediante Resolución 0 del 17 de mayo de 2019 y cancelada el 15 de julio de 2019.

Entre la fecha de solicitud de cesantías y el pago de la prestación, transcurrieron más de 06 días hábiles por encima del plazo legalmente establecido; por ello, se ha causado el pago de la sanción por el no pago oportuno. Se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria; sin embargo, la administración respondió negativamente.

El 21 de noviembre de 2022 se realizó audiencia de conciliación prejudicial, declarándose fallida por ausencia de acuerdo conciliatorio.

2. Trámite procesal

Mediante Auto 460 del 07 de marzo de 2023 se admitió la demanda. El Juzgado mediante Auto 2674 notificado por estado el 01 de noviembre de 2023 analizó la posibilidad de dictar sentencia anticipada. En consecuencia, se pronunció sobre las pruebas, fijó el litigio, puso en conocimiento las decisiones probatorias y seguido a ello corrió traslado para alegar de conclusión.

Vencido el término de traslado de alegatos, el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

3. Fijación del litigio.

Conforme al auto que fijó el litigio, se tiene que la **NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FNPSM** admitió como ciertos los siguientes hechos:

- El FOMAG y FIDUPREVISORA pusieron a disposición el pago de los dineros derivados de las cesantías reconocidas el 15 de julio de 2019, como se observa en el desprendible de pago.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** admitió como ciertos también los anteriores hechos, y los siguientes:

- El artículo 3° de la Ley 91 de 1989 creó el FOMAG como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.
- La Ley 91 de 1989 le asignó competencia al FOMAG para el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- La demandante solicitó el 01 de abril de 2019 el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.
- Mediante Resolución N° 0 del 17 de mayo de 2019 se reconoció y ordenó el pago de las cesantías solicitadas por la demandante.
- El FOMAG y FIDUPREVISORA pusieron a disposición el pago de los dineros derivados de las cesantías reconocidas el 15 de julio de 2019, como se observa en el desprendible de pago.

FIDUPREVISORA S.A. expuso que no le constaba ningún hecho.

Diferencias existentes entre las partes:

PARTE DEMANDANTE: Sostiene que las cesantías reconocidas a través de la N° 0 del 17 de mayo de 2019 fueron canceladas con posterioridad al término de los setenta (70) días para su reconocimiento y pago como lo establece la Ley 1071 de 2006.

Afirma que se estructuraron más de 06 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad demandada para cancelar el dinero por concepto de cesantías.

PARTE DEMANDADA - FNPSM: Sostiene que no son hechos los relacionados con las disposiciones normativas citadas en los hechos, sino que obedece a apreciaciones subjetivas de la parte demandante.

Refiere que existe una diferencia entre los trámites contenidos en el Decreto 2831 de 2005 y la Ley 1071 de 2006, sin embargo, en este tipo de asuntos se debe dar aplicación prevalente y preferencial al Decreto 2831 de 2005 por tratarse de una norma de carácter especial y de un procedimiento exclusivo.

Conforme a lo transcrito y aseverando lo manifestado, el pago se realiza cuando exista la disponibilidad presupuestal estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones de acuerdo a la disponibilidad presupuestal con la que cuente de los recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito, y esta sujeción, es la que precisamente influye en el pago tardío que aduce la demandante así como también en la falta de cumplimiento del ente territorial en las fechas estipuladas.

Hace alusión al principio de sostenibilidad financiera el cual es prioridad indispensable en un estado social de Derecho, teniendo en cuenta que es el eje fundamental para lograr un adecuado financiamiento del sistema del estado en genera.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: Afirma que la entidad obró con total diligenciamiento y acatamiento de las normas que rigen remitiendo el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, lo cual se puede evidenciar a través del oficio P.S 685 procedente de la Secretaria de Educación y dirigido a la Fiduciaria la Previsora S.A con fecha del 01 de abril de 2019 en el cual indican remitir por primera vez para su estudio y decisión el expediente del señor IVAN DARIO SÁNCHEZ CARDONA.

Refiere que el ente territorial no tenía la competencia ni mucho menos se encontraba autorizado para desembolsar dineros ni reconocer derechos; pues de

alguna manera sus actos eran de trámite y en todo caso, esta competencia para efectuar pagos únicamente radica en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad creada para encargarse desde el punto de vista misional de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de prestaciones a los docentes y directivos docentes del nivel nacional

FIDUPREVISORA S.A: Sostuvo que el pago de la prestación de la docente se reconoció mediante Resolución No. 1928 del 23 de julio de 2018 y el pago se hizo efectivo el 29 de octubre de 2018, esto es, en los términos establecidos en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, en armonía con la Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018, proferida por el Consejo de Estado, por consiguiente, al haberse realizado el pago con anterioridad a la vigencia 2020, no pudo causarse, ni mucho menos activarse la sanción moratoria, pues se insiste, la Fiduciaria, como entidad pagadora, y entidad que presta servicios financieros, realizó el pago de la prestación en los términos establecidos por la Ley.

De acuerdo con el artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se tiene que no es esta entidad Fiduciaria, de acuerdo con la estructura de organización del Estado, la que deba salir condenada o responder por la condena pretendida por el demandante, pues es evidente que, como se dijo desde un inicio, esta entidad que presta servicios financieros, que fue constituida como Sociedad Anónima de Economía Mixta de carácter indirecto del Sector Descentralizado del Orden Nacional, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en particular, como sociedad fiduciaria y por ende de carácter financiero, distinto al carácter de Entidad Territorial, entidad que viene expresada de manera categórica en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

4. Alegatos de conclusión.

La Nación Ministerio de Educación- FOMAG: A través de escrito allegado el 08 de noviembre del año en curso la entidad demandada se reafirmó en los argumentos y razones de defensa expuestos en la contestación de la demanda.

Afirma que debe tenerse en cuenta la fecha en la cual se ponen a disposición los dineros a favor del docente por la entidad encargada de dicho trámite, frente al caso en concreto la solicitud de las cesantías fue 01/04/2019 conforme al acto administrativo que reconoció la cesantía y el 15/07/2019 se puso a disposición el dinero por concepto de cesantías, según el certificado proferido por la Fiduprevisora, por lo que los días señalados en la demanda no son acordes con la realidad.

Se evidencia que no se generaron días de mora y por tal motivo las pretensiones de la demanda no están llamados a prosperar.

Departamento de Caldas: Con escrito del 01 de septiembre de 2023 refirió que el Gobierno Nacional obrando a través del Ministerio de Educación expidió el decreto 1272 de 2018, con el objeto de armonizar las competencias de las entidades territoriales certificadas en educación y de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas de los docentes afiliados.

Solicita al despacho no se condene en costas y agencias en derecho si se tiene en cuenta que la entidad ha obrado de buena fe, y a su vez no se comprobó por parte del accionante que se hayan causado.

Parte demandante: Presentó escrito de alegados de conclusión el 03 de noviembre de 2023 haciendo referencia, en primera medida, a la suspensión de términos a razón de la emergencia sanitaria causada por la pandemia de COVID 19.

Presentó un análisis jurídico y jurisprudencial de la sanción por mora en el pago de las cesantías, indicando que es totalmente claro que los docentes al servicio del estado, son beneficiarios de la ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006, con base en las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en esta materia, en consonancia con lo pretendido en la demanda.

Departamento de Caldas: Presentó escrito de alegatos considerando que el Departamento de Caldas - Secretaria de Educación obró con total diligenciamiento y acatamiento de las normas que rigen el procedimiento, remitiendo el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación del expediente del señor(a) IVÁN DARIO SÁNCHEZ CARDONA.

Arguyó que el ente territorial demandado no tiene la competencia ni mucho menos se encuentra autorizado para desembolsar dineros ni reconocer derechos; pues de alguna manera sus actos son de trámite y en todo caso, ésta competencia para efectuar pagos únicamente radica en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad creada para encargarse desde el punto de vista

misional de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de prestaciones a los docentes y directivos docentes del nivel nacional.

La **Fiduciaria La Previsora S.A.** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

1. Problema y análisis jurídico.

De conformidad con lo expuesto en Auto 2676 del 31 de octubre de 2023, el problema jurídico a resolver se concreta en los siguientes interrogantes:

i. ¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, el despacho se formula el siguiente problema jurídico subsiguiente:

i. ¿Tiene derecho el señor IVAN DARIO SÁNCHEZ CARDONA al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?

ii. ¿Le asiste responsabilidad a la entidad territorial en el pago de la sanción moratoria por la con consignación oportuna de las cesantías?

Para el estudio del problema jurídico principal, el Despacho considera necesario abordar los siguientes problemas jurídicos asociados:

- 1) **¿Cuál es el carácter de la cesantía y el objeto de la sanción moratoria?**
- 2) **¿Cuál es el régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías?**
- 3). **Responsabilidad de la entidad territorial en el pago de la sanción moratoria**
- 4) **Caso concreto.**

1.1. El carácter prestacional de las cesantías y la finalidad de la sanción moratoria por su pago tardío:

El régimen laboral colombiano consagra unas garantías y beneficios de contenido económico a favor de los trabajadores llamadas: *prestaciones sociales*; si bien no constituyen salario, porque no corresponden técnicamente a una remuneración

por su trabajo, sí lo complementan y hacen referencia a una contraprestación que debe asumir el empleador con la finalidad de cubrir los riesgos a los que está expuesto el trabajador.

Dentro de las mencionadas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía, la cual ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador; ello con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación. En la sentencia C-310 de 2007, la Corte Constitucional señaló que:

(...) la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda.

Atendiendo este carácter, las normas laborales han dispuesto un término perentorio para que los empleadores consignen el valor de esta prestación social, so pena de incurrir en una **sanción moratoria**; debe tenerse en cuenta que el retardo del empleador causa un daño económico al trabajador, bien sea por la pérdida de la oportunidad de utilización efectiva de los fondos o por la necesidad de contratar créditos mientras se produce el desembolso.

La Corte Constitucional en sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997, sostuvo que el retardo en el pago de las cesantías genera una pérdida del poder adquisitivo de aquella, y que es por ello que dicho deterioro debe ser asumido por el patrono y no por el trabajador.

1.2. Régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías:

La Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del

Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 ¹.

El numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, 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.

De acuerdo con el artículo 15 numeral 3 de la ley 91 de 1989, de manera particular, en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial. Frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Por su parte, la Ley 1071 de 2006, en el artículo 2º estableció su ámbito de aplicación:

Artículo 2. Ámbito de 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

¹ **Ley 43 del 11 de diciembre de 1975** “Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”. **Artículo 10º.-** “En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. (Subrayas del Despacho).

La misma ley, en cuanto al término para dar respuesta a la solicitud de cesantías parciales o definitivas dispuso:

“Artículo 4°. Términos. Dentro de 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.

Artículo 5°. 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 de 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 bastará 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.”

Ahora bien, en sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018² el Consejo de Estado definió las siguientes reglas jurisprudenciales para dar solución a los problemas jurídicos relacionados con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente:

“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

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

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 ley³ 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 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.

1.5.3 **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. (Resaltado original)”

Así las cosas, en los casos de docentes oficiales por tratarse de **servidores públicos**, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006; una vez presentada la solicitud, la Entidad cuenta con 15 días máximo para

³ Artículos 68 y 69 CPACA.

expedir la resolución de liquidación de las cesantías definitivas y/o parciales, 10 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago, luego de los cuales empezará a correr la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. Cobra relevancia indicar sobre este aspecto que la ley no hace diferencia en los términos de reconocimiento de la cesantía y no interesa si se trata de retiro parcial o retiro definitivo; para ambos casos, el trámite tiene establecidos exactamente los mismos tiempos.

Quiere decir lo anterior que, una vez transcurridos 70 días hábiles⁴ desde la presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas sin que se haya realizado su pago efectivo, se causa el derecho a recibir la indemnización por mora; la misma es equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo.

Ahora bien, en los eventos en los que el acto administrativo que hubiese reconocido la cesantía se hubiese reconocido dentro del término de quince (15) días siguientes a su radicación, la misma sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado⁵ estableció los escenarios que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la moratoria, en razón a que los términos de notificación difieren en cada caso respecto a la forma en que se practique la misma.

Indicó la Corporación lo siguiente:

“(…) Teniendo claridad sobre la regla que procede para calcular la sanción moratoria por falta de expedición del acto de reconocimiento, o siendo tardío, adicionalmente deberá la Sala analizar la causación de la penalidad en el evento de que exista acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, sí se notifica o no, a través de qué medio o, si se renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, considerando que éstos son los momentos en que legamente se inicia el término para controvertirlo y después verificar el pago oportuno de la cesantía.”

En la sentencia referida se hace la distinción respecto al cálculo de la sanción mora cuando el acto administrativo que reconoce la cesantía se profiere dentro del término legal, situaciones que analizará el Despacho en cada caso concreto dependiendo de la forma de notificación que en tales casos se presente.

⁴Artículo 76 del C.P.A.C.A. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de **los diez (10) días siguientes** a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez (...).

⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

1.3. Responsabilidad de la entidad territorial en el pago de la sanción moratoria

Con relación a la incidencia de la conducta territorial en el retraso del pago de la prestación como fue expuesto en la contestación de la demanda, cabe advertir que conforme a la Ley 962 de 2005, el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente oficial se encuentra atribuido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; a los Entes Territoriales, corresponde una actividad de mera intermediación para el reconocimiento y pago de las mismas, comprometiéndose así, únicamente la responsabilidad del aludido fondo.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la Ley 91 de 1989; en su artículo 2º precisó:

Artículo 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

(...) 5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, **son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Parágrafo. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

La citada disposición legal, en sus artículos 4º, 5º y 9º establece lo siguiente:

Artículo 4º. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la

promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. (...)

Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado (...)

Artículo 9º.- Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

Se desprende así, que las prestaciones sociales del personal docente vinculado al magisterio, a partir de la vigencia de la referida ley se encuentra a cargo de la Nación, quien procede a su cancelación a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; este último, al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º de la citada ley 91 constituye una cuenta especial, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

Por su parte, la Ley 962 de 2005, por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, dispuso:

“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.”

Se colige de lo expuesto, que el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente oficial se encuentra atribuido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que a los Entes Territoriales corresponde una actividad de mera intermediación para el reconocimiento y pago de las mismas, comprometiéndose así, únicamente la responsabilidad del aludido fondo.

1.4 Caso concreto.

El demandante **IVAN DARIO SANCHEZ CARDONA** en su calidad de docente, solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el 01 de abril de 2019⁶. Las cesantías fueron reconocidas mediante Resolución 2940-6 del 17 de mayo de 2019, y según se observa en el certificado de pago expedido por FIDUPREVISORA⁷, el dinero fue puesto a disposición del demandante el 15 de julio de 2019.

De acuerdo con lo anterior, y como el acto administrativo que reconoce la cesantía fue expedido por fuera del término de ley, es decir, con posterioridad a los 15 días siguientes a la solicitud de reconocimiento de la prestación⁸, concluye el Despacho que los setenta (70) días hábiles posteriores a la fecha en que fue radicada la solicitud, previstos para el reconocimiento y pago de la cesantía, se cumplieron así:

Fecha solicitud cesantías	Fecha vencieron 70 días	Fecha del pago	Período en el que ha de aplicarse la sanción moratoria a título de restablecimiento
01/04/2019	16/07/2019	15/07/2019	No hubo mora, en razón a que el pago se realizó el 15 de julio de 2019, con anterioridad al vencimiento de los 70 días siguientes a la radicación de la solicitud de pago de cesantías.

Conforme a lo que se observa, es claro para esta Funcionaria Judicial que la entidad demandada puso a disposición de la demandante el dinero por concepto de las cesantías reconocidas mediante Resolución 2940-6 del 17 de mayo de 2019 dentro del término legal con el que contaba para el efecto, conforme a la normativa y jurisprudencia previamente citada, lo que lleva a concluir necesariamente la no prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Así, concluye el Despacho que no le asiste responsabilidad a la entidad demandada Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que se declarará la prosperidad de la excepción de “*legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad*”, siendo innecesario efectuar pronunciamiento sobre las demás excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

⁶ Archivo “04AnexosDemanda” del expediente electrónico, p.22.
⁷ *Ibidem*, p 24.
⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

No obstante la no prosperidad de las pretensiones de la demanda, considera el Despacho hacer mención a que si bien la **Nación - Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** invoca la aplicación de la Ley 1955 de 2019, para que se estudie la eventual responsabilidad del ente territorial, lo cierto es que quien debe asumir el pago de la sanción moratoria en todos los casos es la entidad del orden nacional. Tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia la Sección Segunda del Consejo de Estado tratándose de este tipo de pretensiones, incluso, es improcedente el litisconsorcio necesario con las entidades territoriales⁹.

Así las cosas, en virtud de lo expuesto se declarará la prosperidad de la excepción de "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*" propuesta por el **Departamento de Caldas**, motivo por el cual se hace innecesario efectuar el estudio de las demás excepciones propuestas por esta entidad. En igual sentido, y por los mismos argumentos, se declarará de oficio la excepción de "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*" en favor de **Fiduciaria La Previsora S.A.**

1.5 Conclusión.

En virtud de lo ampliamente expuesto en la presente providencia, el Despacho considera que al demandante no le asiste el derecho a obtener el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006. La razón radica en que está acreditada la oportunidad con la que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, procedió al pago de las cesantías a las que tenían derecho.

Por lo anterior, se mantiene incólume el acto administrativo demandado.

1.6 Costas

No se condenará en costas a la parte vencida toda vez que no se encontró que con la conducta procesal asumida se tipificaran las causales para así decretarlo, teniendo en cuenta además la naturaleza de las pretensiones de la demanda y la calidad de la demandante, además de los cambios jurisprudenciales en la materia objeto de debate; ello conforme con recientes pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁰, en los cuales se ha

⁹ Subsección "B". CP. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Auto del nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 63001-23-33-000-2014-00171-01(1845-15) y 6 Subsección "A". C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Auto del dos (2) de julio de dos mil veinte (2020). Radicación: 17001-23-33-000-2013-00628-01(3830-14).

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

señalado que en aplicación al criterio objetivo - valorativo, al momento de decidir sobre la condena en costas, se debe atender, entre otros, a la siguiente pauta:

“a) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).” (subraya fuera del texto)

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de *“legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”* propuesta por **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, y de oficio la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* en favor de **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, conforme con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto.

TERCERO: No se condena en costas a la parte vencida en el proceso, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Se **RECONOCE PERSONERÍA** a la abogada DIANA MARIA HERNANDEZ BARRETO como apoderada de la parte NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por sustitución que realiza CATALINA CELEMIN CARDOSO, apoderada general de la entidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 11/ENE/2024


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA
Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
DE MANIZALES

Manizales, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Interlocutorio:	3174-2023
Radicación:	17001-33-39-007-2023-00397-00
Medio de control:	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
Demandante:	LEIDY CRISTINA CAÑÓN
Demandados:	MUNICIPIO DE MANIZALES

Procede el Despacho a decidir sobre la admisibilidad de la demanda de la referencia.

El accionante solicita que se declare la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público; la seguridad y salubridad públicas; y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, con ocasión de deficiencias en la red de alcantarillado y malla vial que corresponde a la carrera 7J entre calles 53 y 54 del barrio Sinaí.

Frente a la procedibilidad del medio de control previsto en el artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C.P.A.C.A., el legislador estableció el siguiente requisito previo a la presentación de la demanda:

“Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. (...) Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda. “

En este caso se advierte que con la demanda se allegaron sendos oficios remitidos al **MUNICIPIO DE MANIZALES** y a **AGUAS DE MANIZALES S.A.**, con asunto *“derecho de petición para agotar requisitos de procedibilidad”*, cuyos hechos corresponden a los relacionados en esta acción popular.

Si embargo, tales documentos tienen fecha de radicación del 23 de noviembre de 2023¹, y la demanda se incoó el 28 de noviembre de 2023 según el acta de reparto², es decir, transcurridos tres (03) días desde la fecha en la que se radicó la reclamación respectiva ante las entidades, por lo que se hace necesario inadmitir la demanda para requerir a la accionante a fin de que informe si con anterioridad al 23 de noviembre de 2023 reclamó ante el **MUNICIPIO DE MANIZALES** y a **AGUAS DE MANIZALES S.A.**, la protección de los derechos colectivos que considera transgredidos, y allegue los soportes respectivos. En su defecto, deberá sustentar las razones por las cuales considera que existe un peligro de ocurrir un perjuicio irremediable a los derechos colectivos invocados en la demanda.

Con base a lo anterior, conforme con lo establecido por el artículo 20 de la Ley 472 de 1998, se **INADMITE** la demanda y se le concede a la parte actora un término de tres (3) días, so pena de rechazo, para que la corrija la demanda en los siguientes aspectos:

- Informe si con anterioridad al 23 de noviembre de 2023 reclamó ante el **MUNICIPIO DE MANIZALES** y/o **AGUAS DE MANIZALES S.A.**, la protección de los derechos colectivos que considera transgredidos, allegando los soportes respectivos de radicación de la reclamación y respuesta emitida por las entidades, si aplica. En su defecto, deberá sustentar las razones por las cuales considera que existe un peligro de ocurrir un perjuicio irremediable a los derechos colectivos invocados en la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZA

CCMP/Sust.

¹ Archivo “02DemandaAnexospopular” del expediente electrónico, p. 4

² Archivo “01ActaReparto” *ibidem*.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

La providencia anterior se notifica en el Estado Electrónico del 11/ENE/2024


MARCELA PATRICIA LEÓN HERRERA

Secretaria

Micrositio Web PUBLICACIÓN ESTADOS ELECTRÓNICOS:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-02-administrativo-de-descongestion-de-manizales/474>

Firmado Por:

Jackeline Garcia Gomez

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

007

Manizales - Caldas

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

Código de verificación: **46f9da0b924b5e72f9c9263ab0e719da93fe7502bc0d30ef459a8f0ede59f72c**

Documento generado en 19/12/2023 04:37:09 PM

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

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