

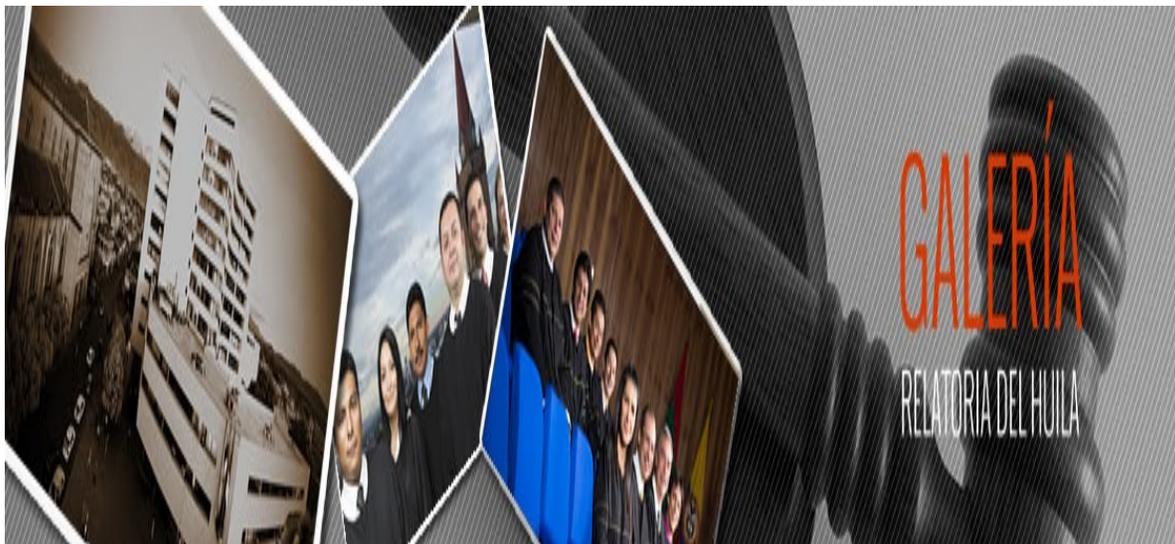


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

BOLETÍN No. 7

JULIO

2022



Tel. 8722638

Email: relatoriatah@gmail.com

www.ramajudicialdelhuila.gov.co

MAGISTRADOS TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
Presidente

ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
Vicepresidente

GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado

RAMIRO APONTE PINO
Magistrado

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado

NELCY VARGAS TOVAR
Magistrada

RESEÑA HISTÓRICA

La Relatoría del Tribunal Administrativo del Huila fue creada mediante Acuerdo No. 2078, (Art. 2º) de Septiembre 24 de 2003, del Consejo Superior de la Judicatura.

MISIÓN

Recopilar, titular y sistematizar la información jurídica suministrada por los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, para que pueda ser consultada oportunamente por los usuarios internos y externos.

VISIÓN

Apoyar permanentemente en su misión a los administradores de justicia y a la comunidad en general, estando a la vanguardia en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

FUNCIONES DE LA RELATORÍA

Las funciones del Relator del Tribunal Administrativo del Huila están precisadas en el Acuerdo No. 01 del 6 de Abril de 2011 de la Corporación, en el artículo 7º, destacando en lo que hace referencia a este tema, las siguientes:

- ◆ Recopilar, analizar y titular el documento jurisprudencial.
- ◆ Procesar la información.
- ◆ Facilitar a los usuarios un adecuado acceso a la información jurisprudencial



Dr. ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
MAGISTRADO PONENTE

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: SOCIEDAD ZÚÑIGA Y ASOCIADOS CONSULTORES Y
ASESORES S.A.S

DEMANDADO: DIAN

RADICACIÓN: 41 001 23 33 000 2018 00117-00

FECHA: JULIO 26 DE 2022

MODIFICACIÓN IMPUESTO DE VENTAS: No se desvirtuó presunción de legalidad de los actos demandados:

51.-Al respecto debe indicarse que las facturas, por ser documentos privados, se presumen auténticos y hacen fe de su contenido y como los mencionados documentos aluden al hecho de que la sociedad Zúñiga Asociados Consultores Asesores S.A.S., adquirió servicios prestados por la Precooperativa citada y en los valores reseñados, en principio se debe indicar que tiene razón la parte actora en cuanto demostró formalmente la existencia de la prestación del servicio y su pago.

52.-Sin embargo, sustancialmente no existe prueba de la clase de servicios adquiridos de la precooperativa, pues, de un lado del objeto social de la precooperativa no se infiere que en su cometido esté la prestación de servicios de los que la sociedad aquí demandante resultó necesitada o beneficiaria, sin tener claridad de cuáles fueron.

53.-Y si bien, no los tiene prohibido, no es su razón de ser, y si bien puede ser excepcional que se realice, por los valores y tiempos efectuados no se corresponden con su propia naturaleza, con la adición de que, si se volvió medio de obtener ingresos, la adición del objeto social facilitaría más tal forma de obtener ingresos diferentes a los que inicialmente pactaros los asociados.

54.-De otro lado, extraña el Tribunal que ni en la actuación administrativa tributaria ni en la presente actuación procesal, la parte actora haya aportado prueba alguna para que, meridianamente demostrara la sustancialidad de los servicios que adquirió, lo que no es propio de una lealtad procesal cuando se busca y pretende desvirtuar con criterio fehaciente, la carencia de razón de la decisión de la administración tributaria.

55.-Es que, como si bien se indicó, formalmente la parte actora demuestra conforme cada factura el pagar los servicios que indica se le prestaron, no es usual que procesalmente no se allegue ni siquiera el testimonio de quien los prestó para corroborar los elementos contractuales del servicio teniendo el deber de hacerlo por tener en su poder el objeto de la prueba al haber intervenido directamente en los hechos que dan origen al litigio, de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del CGP.

56.-Luego no encuentra el Tribunal que los hechos indicadores, que generó la

consecuencia de tener por inexistente el hecho económico tributario haya sido desvirtuado en este proceso.

57.-En efecto, como se indicó el objeto social de la precooperativa no consagra el servicio prestado como eje focal de su objeto, sin que se quiera indicar que no lo pueda realizar, pero no se demuestra de ninguna manera que efectivamente se efectuó en el tiempo que las facturas indican.

58.-No se aportaron los comprobantes de pago de tales servicios para contribuir a demostrar su existencia, pues es lo usual que cada pago genere un comprobante o documento y no es propio de la diversidad de actividades como lo ejecutada, que los pago se realicen en efectivo sin un documento que genere certeza de su realización para que todos los interesados queden con la evidencia que efectivamente sucedió.

59.-Y como quiera que, si bien la Precooperativa tenía la responsabilidad de reportar el pago realizado tanto en sus asientos contables como en su declaración rentística y no lo hizo, tal hecho no es propio de una lealtad con sus asociados, sus usuarios, clientes, beneficiarios ni con sus responsabilidades legales, lo que genera falta de confianza que irradia a terceros como la sociedad aquí demandante pues es un indicio que también la afecta, como en consecuencia ocurre.

60.-Para la sociedad demandante es fácil desvirtuar tal deslealtad legal de la precooperativa probando en este proceso que tiene forma de demostrar la existencia de la relación sustancial; sin embargo, no lo hizo, teniendo tal carga (Art. 167 CGP), lo que incide en la inferencia de su inexistencia realizada por la Dian y que aquí no se desvirtuó.

61.-Luego la argumentación de causalidad, necesidad y proporcionalidad se desvanece ante la carencia de la demostración de la sustancialidad del hecho económico que dio origen a las facturas.

62.-Luego entonces, no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados por lo que se denegarán las pretensiones.

FUENTE FORMAL: CPACA/ Estatuto Tributario.



Dr. ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
MAGISTRADO PONENTE

MEDIO DE CONTROL: ACCIÓN POPULAR

DEMANDANTE: PROCURADOR II JUDICIAL II AMBIENTAL Y AGRARIO

DEMANDADO: MUNICIPIO DE TIMAMÁ

RADICACIÓN: 41 001 23 33 000 2015 00853-00

FECHA: JULIO 12 DE 2022

SILOS PARTICULARES DEMANDADOS: No tienen permiso de uso de suelo.

“56.-En efecto, la corporación ambiental concluyó, que dadas las características de la emisión y las condiciones de operación de los silos, no se consideró que se configurara afectación ambiental o perjuicio a los habitantes del sector; a su vez, que conforme a la resolución No.619 de 19973, la actividad de secado de café no figura dentro de las industrias susceptibles de la obtención de permiso de emisiones atmosféricas y, además, que, “en averiguaciones con la comunidad del sector”, no hubo manifestación de inconformidad o perjuicio relacionado con las actividades de los silos.

57.-En consecuencia, como no existe, aparte de la manifestación señalada en la demanda, evidencia si quiera sumaria de vulneración alguna o perjuicio sobre el medio ambiente con ocasión al secado de café por silo, contrario a sensu lo conceptuado por la CAM, respecto de la inexistencia de daño ambiental alguno por efecto de dicha actividad, se despacharán negativamente las pretensiones con relación a la vulneración de los derechos colectivos ambientales, como quiera que no se está poniendo en peligro ni los recursos naturales, ni el equilibrio de los ecosistemas o la biodiversidad, como tampoco la calidad de vida de los administrados4.”

(...)

“62.-En consecuencia, de los tres silos que se tiene conocimiento en este proceso que existen en el territorio municipal, el del señor Emilson Ramos ubicado en la carrera 4 No. 3- 37 del barrio la Cruz, el del señor Nelson Bermeo Anturí en la carrera 2 No. 10- 64 del barrio Las Ferias y, el de Carlos Darío Bermeo en la calle 11 No. 2- 24 del mismo barrio, el único que se encuentra ubicado en el sector comercial delimitado en el EOT es el perteneciente al señor Emilson Ramos; sin embargo, los demás, no se encuentran dentro de dicho espacio geográfico, por lo cual, no podrían desempeñar la actividad comercial allí.

63.-A la postre, y como bien se dijo, para la realización de actividades comerciales derivadas de silos, se requiere el certificado de uso de suelo, que, como bien se señaló con anterioridad, para dicho fin no se ha emitido por parte del ente territorial permiso de suelo de dicho tipo, como también así lo aseveraron los particulares señalados en el párrafo anterior.

64.-Así entonces, pese a que el silo perteneciente al señor Emilson Ramos se encuentra ubicado en un lugar permitido para el desarrollo de la actividad, lo cierto es que los silos de los particulares demandados no cuentan con el requisito de ley para su funcionamiento y, por tanto, se quebrantó derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas.

65.-En medida de lo anterior, y, como el Estado tiene la función constitucional y legal de prevenir y controlar aquellos factores que vulneren los derechos colectivos, se ordenará a la administración municipal, a que exija a todos los particulares el hacerse a la licencia o permiso del uso del suelo para desarrollar sus actividades económicas, especialmente en lo que tiene que ver con el secado de café por silos en el municipio de Timaná.

66.-De ser necesario para todos los establecimientos de comercio que se encuentre ubicados por fuera de la zona de uso de suelo comercial contenido en el título “De las actividades comerciales” del acuerdo No. 044 de 1999, exigir que cese su funcionamiento y de ser necesario sean reubicados en dicha zona, para lo cual se concede el plazo de 3 meses, desde la ejecutoria de la presente providencia, término dentro del cual deberá cesar su funcionamiento en el área no habilitada.

67.-Por lo anterior, debe restablecer la condición de zona residencial o la que sea del caso, a todos y cada uno de los predios donde se encuentren silos que no estén ubicados en las zonas permitidas.”

FUENTE FORMAL: Ley 472 de 1998

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de marzo de 2008, Rad. No. AP-2005-00901. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

6 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: 63001-23-31- 000-2004-00688-01(AP).

7 Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del primero (1°) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez, Radicación número: 68001-23-31-000-2012- 00104-02(AP).



**Dr. ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
MAGISTRADO PONENTE**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: HUMBERTO ARTUNDUAGA CHICUÉ

DEMANDADO: MUNICIPIO DE PITALITO

RADICACIÓN: 41 001 33 33 001 2013 00253-01

FECHA: JULIO 5 DE 2022

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN VEJEZ POR INDEXACIÓN PRIMERA MESADA: No le asiste derecho al demandante.

“40.-Por otra parte, respecto de la indexación de la primera mesada pensional, se tiene que la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ ha establecido que la indexación es el mecanismo que se utiliza para revalorizar las obligaciones pensionales, con el ánimo de traer a valor presente las sumas que por el transcurso del tiempo han perdido poder adquisitivo.

41.-La Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre el derecho a la indexación, tanto en sede de tutela como de control abstracto de constitucionalidad y ha indicado que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, la actualización monetaria de las mesadas tiene por finalidad evitar la disminución del poder adquisitivo de las pensiones con ocasión del tiempo comprendido entre el momento en el que la persona cumple los requisitos para pensionarse y cuando la prestación es efectivamente reconocida y pagada⁵.

42.-A su vez, la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo ha indicado que el criterio de equidad es el que motiva el reconocimiento en vía judicial de la indexación de mesadas⁶ y, De tal modo, para la actualización de las mesadas, el Consejo de Estado dispuso una fórmula⁷, ajustada a los principios del derecho laboral que hacen relevantes la aplicación de la justicia material y la equidad, por medio de la cual se permitiera una verdadera indexación del quantum con la finalidad de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.”

(...)

50.-Por lo anterior, concluye la Sala, que no le asiste derecho al actor a reliquidar su pensión de vejez por indexación de la primera mesada, pues, efectivamente, la administración al momento de proferir la resolución No. 879 de 2005, tuvo en cuenta la actualización del IBL que conllevó a indexar la primera mesada y conforme con al Índice de Precios al Consumidor - base diciembre 1998-, aplicable para la época de su emisión.

52.-Así lo demuestran los antecedentes administrativos que contienen mes a mes la actualización del IBL realizada por la entidad demandada, por lo que, al comparar la demanda en donde se hace énfasis en las discrepancias del IPC, se infiere que toma un reporte del DANE, con una metodología del IPC posterior a la que la entidad realizó, como quiera que las metodologías utilizadas por el Dane varían y así se puede inferir del documento que la misma entidad ha publicado al respecto.10

FUENTE FORMAL: Art. 48 y 53 CP/ Ley 100 de 1993/ Ley 33 de 1985/

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión:

Ver, entre otras, las siguientes sentencias: de abril 30 de 2020, radicación 25000-23-40-0002014-01302-01(2319-17), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; de febrero 18 de 2010, radicación 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y abril 12 de 2012, radicación 25000-23-25-000-2008-00800-01(0581-10), C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

5 Sentencia SU-637 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, Subsección B, M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado 54001-23-31-000-2005-01044-01 (1135-10).

7 Concretamente, según lo dispuesto por el Consejo de Estado en Sentencias 25000 23 25 0001999 6877 01 y 25000 23 25 000 1998 4042 01 M.P.: Dr. Ana Margarita Olaya Forero. Cfr. Sentencia T-098 de 2005, Corte Constitucional.



DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: ZOILO CHAUX TOVAR Y OTROS

DEMANDADO: EMGESA E.S.P Y OTROS

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 003- 2016-00444-01

FECHA: JULIO 2 DE 2022

ACTIVIDAD MINERA Y DE BAREQUEO ZONA AFECTACIÓN QUIMBO: No fue debidamente demostrada.

“De ahí que, en criterio de la Sala, la formalización de la actividad de barequeo es lo que permite preservar la posibilidad de desarrollarla o considerarla como una actividad de subsistencia, en la medida que constituye un mecanismo al cual debe acudir el Estado para lograr acercar una realidad social a las exigencias que se imponen en la Ley para efectos de brindar una solución frente a quienes han tenido dicho oficio como fuente de su subsistencia.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra que para el ejercicio de la actividad de barequeo por parte de los demandantes no se tuvieron en cuenta los mandatos de la legislación minera que radicaba en ellos la obligación de inscribirse ante la alcaldía del lugar en el que se realizara la extracción, lo que evidencia la inexistencia del primer elemento de la responsabilidad, en la medida que, al no contar con dicho registro, la merma económica que eventualmente podrían haber sufrido por la construcción o la entrada en ejecución el proyecto hidroeléctrico no tiene carácter antijurídico.

Así mismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que el daño cuya reparación se pretende y que pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones leales y legítimas de los particulares.”
(...)

“Resalta la Sala que EMGESA S.A. E.S.P., en dicho procedimiento censal, localizó un número significativo de personas afectadas con la ejecución del proyecto hidroeléctrico El Quimbo que ejercían la actividad de minería en el área de influencia, luego debe concluirse que dicha entidad puso a disposición de estas todos los medios necesarios para que tuvieran conocimiento de la obra, de la realización del censo y de los impactos de la obra; sin que obre prueba en el proceso que justifique la no comparecencia de los aquí demandantes, pues pese a afirmarse que barequeaban en zonas como La Cañada y La Escalereta, que como vimos sí fueron censadas por EMGESA S.A. E.S.P., no encuentra la Sala justificación a su no participación.

Nótese que el ex - personero de Tarqui para los años 2007 a 2010 relató que, pese a que dicho municipio no hacía parte del área de influencia directa del proyecto, asistió voluntariamente a jornadas de socialización del proyecto en las que EMGESA S.A. E.S.P. dio a conocer los pormenores de la megaobra y que para esa misma época asesoró a los demandantes para que formaran un grupo asociativo de mineros artesanales, llamando la atención de la Sala que bajo su condición de personero y en contacto con los aquí demandantes, no les informara de las implicaciones de la obra, pese a que tenía conocimiento que la misma generaría afectaciones laborales y agrícolas en su municipio.

Ahora, si bien de manera posterior la sentencia T-135 de 2013 de la Corte Constitucional dispuso la realización de un nuevo censo bajo la premisa que el realizado en el año 2010 no podía considerarse cerrado, ello fue bajo la consideración que con el discurrir del tiempo y la dinámica del proyecto podrían presentarse nuevas afectaciones, y teniendo en cuenta que la naturaleza del minero de subsistencia es ser nómada, toda vez que es una actividad que por tradición y por necesidad se ha configurado bajo procesos de migración, era lógico que al presentarse mineros que no habían sido censados previamente, correspondía a EMGESA S.A. E.S.P. establecer la ubicación geográfica en la que desplegaron su actividad y proceder a la verificación de los presupuestos previstos en la normatividad minera vigente para su realización, que como vimos, se encuentra firmemente orientada a su formalización con fines de control y adecuado ejercicio, dado el gran impacto social, económico, medioambiental y de salud que representa.

Como los demandantes en esta nueva oportunidad tampoco demostraron que ejercían el barequeo según la normatividad minera, resultaba contrario a derecho concluir que su labor era de subsistencia, permanente, real y consolidada en la zona de influencia directa del proyecto antes de la declaratoria de utilidad pública e interés social, mucho menos que por efectos de esa obra estuviesen ejerciéndola por migración en otra zona del río, pues la prueba testimonial es clara en señalar que aproximadamente desde los años 2008 o 2009 los demandantes no ejercen el barequeo, es decir, que no acreditaron los daños que aducen les ocasionó la entidad

demandada, lo que impide afirmar que en este caso, se pueda presentar un daño especial para atribuir responsabilidad administrativa bajo dicho título de imputación jurídica a la entidad demandada por la no inclusión en el censo elaborado con ocasión del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo.

En resumen: se confirmará la sentencia apelada, dado que los demandantes no acreditaron el daño antijurídico que se invoca en la demanda, en la medida que la actividad minera y de barequeo que afirman haber ejercido en la zona de afectación del proyecto hidroeléctrico el Quimbo y que fuere truncada con la construcción y llenado de la represa, no fue debidamente demostrada en el proceso y en la forma como correspondía, ya que ninguno de los actores aparece formalmente registrado ante autoridad competente y autorizado para ejercer legalmente la actividad minera.

De esta manera, al no existir prueba del daño o no haberse acreditado su ejercicio formal, así aparezca que ejecutaron de manera artesanal e informal dicha actividad o labores antes del año 2015 -fecha de llenado de la represa-, no es posible imputar responsabilidad administrativa a la entidad demandada por falla del servicio o bajo otro título de imputación, la no inclusión de los demandantes en el censo de población no residente afectada en el área de influencia directa del PHEQ, como lo pretenden los recurrentes.”

FUENTE FORMAL: Art. 90 CP/ Ley 20 de 1969/ Ley 685 de 2001/ Ley 1382 de 2010/ Ley 1450 de 2011/ Decreto 276 de 2015/ Decreto 1666 de 2016.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: C-366 de 2011/ T-135 de 2013/ C-259 de 2016/ Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01054-01(311851 Agoglia, M. (1999). El daño jurídico, enfoque actual, Buenos Aires, La Ley, p. 49.



DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
MAGISTRADO PONENTE

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LEONOR ROJAS CUENCA

DEMANDADO: NACIÓN- MINEDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO

RADICACIÓN: 41 001 23 33- 000- 2019-00410-00

FECHA: JULIO 22 DE 2022

SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO CESANTÍAS: Prescripción reclamación.

“Con fundamento en este criterio jurisprudencial, el auxilio de cesantías es una prestación a la que tiene derecho el personal docente por ser parte de la Rama Ejecutiva del poder público, que para su reconocimiento y pago deben observarse los

términos señalados en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.”

(...)

“Por su parte el Consejo de Estado, en sentencia 18 de julio de 2018 unificó su jurisprudencia en el entendido que los docentes oficiales integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución, por lo tanto, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. En esa oportunidad, la Sección Segunda se pronunció respecto de la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes oficiales, con el ánimo de reiterar que a estos les asiste el derecho al pago oportuno de las cesantías y que son beneficiarios de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Así mismo, tanto en sede de tutela como en asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha considerado que, en virtud del principio de favorabilidad, a los docentes les son aplicables las disposiciones que en materia de sanción moratoria consagra la Ley 50 de 1989, esto es, por la consignación extemporánea de las cesantías anuales.”

(...)

“Como puede verse, la sanción moratoria está sujeta al término prescriptivo señalado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es decir, que la reclamación del empleado sobre un derecho o prestación debida, tendrá que efectuarse dentro de los 3 años, so pena de la prescripción, término que es susceptible de interrupción a través del simple reclamo escrito del trabajador, pero solo por un lapso igual.

Lo anterior en razón a que, si bien la causación de la sanción por mora es totalmente independiente a las cesantías, en tanto que se configura de pleno derecho por el incumplimiento del empleador de realizar el pago dentro de los términos de ley, lo cierto es que ello no puede confundirse con la extensión de la penalidad en el tiempo, la cual sí está directamente asociada a que se efectúe el pago efectivo de la prestación social.”

(...)

“A título de restablecimiento del derecho, pretende se ordene el reconocimiento y pago de tales cesantías del año 1993 y la indemnización por mora de conformidad con la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, desde la fecha de la omisión en la consignación, esto es, desde el año 1993 y hasta que se haga efectivo el pago y, además, que se ordene el reconocimiento de intereses moratorios, el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. y se condene costas a la entidad demandada.

Al examinar las pruebas aportadas y demás antecedentes allegados, la Sala observa que ninguna de las entidades accionadas dio respuesta a la petición antes aludida, y por tanto, se entiende que existe un acto ficto o presunto mediante el cual las entidades demandadas niegan a la peticionaria el reconocimiento y pago de las cesantías correspondientes al año 1993 y la sanción moratoria derivada del no pago de dicha prestación.

Ahora bien, atendiendo el marco normativo a que se hizo referencia, los docentes que se vincularon al servicio a partir del 1° de enero de 1990 gozan del régimen especial prestacional administrado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en cuanto a las cesantías se les aplica el régimen anualizado, prestación que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, debe liquidarse y pagarse conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esto es, los empleadores deben consignar tales recursos en las cuentas individuales de tal Fondo a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su causación y en caso de que dicha prestación no se consigne en esa fecha, se presenta mora y corresponde al empleador pagar la sanción moratoria, esto es, un día de salario por cada uno de retardo.

Sin embargo, si tales derechos prestacionales, esto es, las cesantías y la sanción moratoria, por tener tal característica anualizada, si bien no están afectadas de caducidad, en tanto que solo lo son las cesantías definitivas, si pueden verse afectados por la prescripción si no se reclaman dentro de los tres años siguientes a

la fecha en que se hacen exigibles, puesto que así lo dispone el Artículo 151 del Código Sustantivo del Trabajo.

En este caso está demostrado que la señora Leonor Rojas Cuenca se vinculó al servicio oficial docente con posterioridad al 1° de enero de 1990, esto es, el 18 de noviembre de 1993 y, por lo tanto, es claro que sus cesantías se liquidan conforme al régimen de cesantías anualizado y su pago y reconocimiento se debió realizar en los términos de la Ley 344 de 1996 y la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1582 de 1998, esto es, reconocerse y pagarse a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su causación.

Así mismo, se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 6598 del 2 de noviembre de 2016, el Fomag le reconoció y ordenó el pago a favor de la demandante las cesantías desde el año 1993, correspondientes a 22 años, 1 mes y 12 días, lapso comprendido entre el 11 de noviembre de 1993 a 30 de diciembre de 2015, para un total de 7962 días laborados continuos, por valor de \$30.454.691, ordenando pagar por concepto de cesantías parciales la suma de \$11.274.862 y que además, mediante Resoluciones 839 del 16/06/2008 y 809 del 25/02/2013, esta entidad ya la había reconocido y pagado cesantías parciales por valor de \$19.179.829.00., desde el mismo periodo inicial hasta el año 2006 y luego, las causadas desde esa misma data hasta el año 2011.

Si bien en los soportes de tales actos -anexos antecedentes administrativos-, y en los actos mismos aparece que los periodos liquidados inician desde el año 1994 en adelante, también lo es que en la parte motiva se indica que son las cesantías por el tiempo de servicio docente desde el 11 de noviembre de 1993 y por tanto, aunque no se precisa si ese breve lapso quedó incluido en el periodo 1994 o si por el mismo no se causó el derecho, la Sala debe concluir que tal periodo, esto es, el causado entre el 11/10/1993 al 31/12/1993, si se reconoció y liquidó y que quedó inmerso en los actos administrativos de reconocimiento de cesantías.

Aun así y de no aceptarse tal argumento y de ser cierto que tal periodo de servicios docentes laborado por la demandante, no ha sido liquidado ni pagado por la autoridad demandada y que el Departamento del Huila omitió consignar tal rubro prestacional a favor de la demandante antes del 15 de febrero de 1994, y que por consiguiente, existió mora en el pago de esta suma de dinero, tendría la Sala que igualmente negar tales pretensiones, pues en ese supuesto se configura la prescripción de tales derechos al tenor de lo previsto del Art. 151 del C.S.T.

Lo anterior encuentra sustento en lo expuesto en las sentencias de unificación del Consejo de Estado antes citadas, pues si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en mora en el pago de cesantías de la señora Leonor Rojas Cuenca, por el periodo laborado en el año 1993, pues ha debido consignarlas a más tardar el 14 de febrero de 1994; es claro que la demandante ha debido reclamar tanto las cesantías como la sanción moratoria dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, esto es, hasta el 15 de febrero de 1997 y como la solicitud se presentó en el año 2018, es evidente que se extinguieron tales derechos por la prescripción.

En resumen: se declarará probada la excepción de prescripción propuesta por el Departamento del Huila y, bajo ese entendido, deben negarse las pretensiones de la demandante Leonor Rojas Cuenca, en su condición de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías correspondientes a periodo laborado entre el 11/10/93 y el 31/12/93 y la sanción moratoria por el no pago de esta prestación en que pudieron incurrir estas entidades, en tanto se trata de cesantías anualizadas, debieron ser reclamadas dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, esto es, hasta el 15 de febrero de 1997 y no en el año 2018.”

FUENTE FORMAL: Ley 6 de 1945/ Ley 65 de 1946/ Ley 50 de 1990/ Ley 91 de 1989/ Ley 1769 de 2015.

NOTA DE RELATORÍA. Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: C-486 de 2016/ SU-336 DE 2017/SU-098 DE 2018/ SU-332 de 2019.



DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
MAGISTRADO PONENTE

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LYDA YINETH EPIA BASTOS

DEMANDADO: NACIÓN- MINEDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 007- 2010-00301-01

FECHA: JULIO 22 DE 2022

SANCIÓN MORATORIA: Pago tardío cesantías parciales

“Conforme a lo anterior, la Sala concluye que existió mora en el pago de las cesantías a la demandante Lida Yineth Epia Bastos desde el desde 1° de agosto al 17 de octubre de 2017, para un total de 77 días, contados desde el día siguiente del vencimiento del plazo legal de los 70 días hábiles que tenía la entidad para el reconocimiento y pago y hasta el día anterior al que la entidad dejó a disposición a favor del demandante el valor respectivo para ser cobrado, esto es, el 17 de octubre de 2017.

En consecuencia, le asiste razón a la recurrente en cuanto afirma que la sanción moratoria se hace exigible desde el día siguiente del vencimiento del plazo legal de los 70 días hábiles que tenía la entidad para el reconocimiento y pago, y no desde la ejecutoria del acto de reconocimiento de la prestación como erradamente lo concluyó el a quo, por lo tanto, y en atención a la línea jurisprudencial descrita en precedencia, a título de restablecimiento del derecho, se modificará la sentencia de primera instancia y se ordenará el reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo desde el 1° de agosto al 17 de octubre de 2017, para un total de 77 días, la cual se liquidará, tal y como lo señaló el a quo con base en la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, es decir, la devengada por la demandante para la anualidad 2017, correspondiéndole a la entidad demandada realizar los ajustes a que hubiere en el evento que las sumas adeudadas se hayan pagado efectivamente con antelación al pronunciamiento del presente fallo.

Por otra parte, téngase en cuenta que con fundamento en las sentencias de unificación CE-SUJO04 de 25 agosto de 2016 y CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020, el Consejo de Estado ha reiterado que la prescripción en estos casos se cuenta a partir de la fecha de la exigibilidad de la obligación de pagar tal sanción, esto es, a partir del día siguiente al vencimiento del término con que cuenta la entidad para reconocer y pagar tales cesantías y que la prescripción solo se interrumpe por una sola vez y por un término igual.

En el caso examinado la exigibilidad de la sanción moratoria inició a partir del vencimiento del término que tenía la entidad demandada para reconocer y pagar las cesantías parciales a la demandante, esto es, desde el día siguiente al vencimiento de los 70 días contados a partir del 1° de agosto de 2017 so pena de prescripción. Como quiera que la petición de reconocimiento de la sanción moratoria fue radicada el 31 de agosto de 2018 y la demanda radicada el 14 de diciembre de 2020 (Anexo 002 del expediente digital primera instancia), no se configuró el fenómeno prescriptivo.

Se negará lo relacionado con el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que se efectuó el pago de las cesantías, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, como quiera tal aspecto no fue reconocido en primera instancia y no se interpuso recurso alguno, por lo que la Sala carece de competencia para ello.

En conclusión, se modificará la sentencia recurrida y se ordenará pagar la sanción moratoria que en derecho corresponde, pues la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene derecho a que esta entidad, le reconozca y pague la sanción moratoria dispuesta en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, al no haberle pagado sus cesantías dentro de los términos legales para ello, la cual debe contabilizarse desde la fecha de la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, en aplicación de la ratio decidendi de la sentencia de unificación SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, cuyos considerandos son vinculantes y de obligatorio cumplimiento.”

FUENTE FORMAL: CPACA/ Ley 50 de 1990/Ley 244 de 1995/ Ley 1071 de 2006/ Ley 344 de 1996/ Ley 50 de 1990. Ley 244 de 1995/ Ley 280 de 2021.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: sentencias de unificación CE-SUJO04 de 25 agosto de 2016 y CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020/ la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, Rad.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)/ SU-336 De 2017/ C-539 DE 2011/ C-621 DE 2015/ C- 836 DE 2001.



DR. JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: OCTAVIO BLASQUEZ

DEMANDADO: MUNICIPIO DE NEIVA

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 002- 2019-00139-01

FECHA: JULIO 19 DE 2022

RECONOCIMIENTO Y PAGO SANCIÓN MORATORIA: Aplicación Ley 432 de 1998

“Ahora bien, en el caso del régimen anualizado de cesantías de la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, en su artículo 1º remitió al numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 que previó una sanción para el empleador que consigne fuera de los términos legales el auxilio de cesantía del trabajador en el fondo que éste escoja, consistente en un día de salario por cada día de retardo para: “(...) los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías”, añadiendo que el régimen de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al FNA será el artículo 5 de la Ley 432 de 1998 y demás normas pertinentes.

De lo anterior se colige que, a los empleados del nivel territorial con régimen anualizado de cesantías afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, no se les aplica la sanción moratoria regulada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 pues así lo dispuso el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 y en tal sentido el precedente indicó:

“En este orden de ideas, debe decir la Sala que acorde con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, los empleados del nivel territorial afiliados al Fondo Nacional del Ahorro no son beneficiarios de la sanción moratoria regulada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues así lo prevé el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998, el cual solo contempla la remisión a esta sanción para los “los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantía”.

Por tanto, no asiste la razón al recurrente, ya que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido pacífica en torno a que el régimen del Fondo Nacional del Ahorro previsto en la Ley 432 de 1998 no contempla la sanción moratoria por el retardo en la consignación de los auxilios de cesantías.

En vista de lo anterior, las previsiones de los artículos 13 de la Ley 344 de 1996, 99-3 de la Ley 50 de 1990 y 1° del Decreto 1582 de 1998 no resultan aplicables para la consignación de las cesantías anualizadas como equivocadamente hiciera el a quo ni para el pago de la sanción moratoria pretendida. “

En el presente asunto, pretende la parte actora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no habersele consignado oportunamente en el FNA las cesantías correspondientes a los años 2014 a 2016, lo cual denegó el a quo aduciendo que el actor omitió allegar el acto administrativo que le liquidó y reconoció dicha prestación, lo cual impide la verificación y contabilización de la mora en el pago de tal beneficio; decisión que no comparte el demandante por cuanto lo pretendido es la sanción por no haber consignado a tiempo sus cesantías (antes del 15 de febrero del año siguiente) y no la sanción por el pago extemporáneo de las mismas, en caso de solicitud parcial de las mismas o del pago definitivo por retiro del servicio.

Sea lo primero advertir que el legislador estableció una sanción económica para los eventos en que ocurra el pago tardío de las cesantías, que debe ser liquidada y reconocida mediante acto administrativo en firme, equivalente a un día de retardo por cada día de mora hasta que se haga efectivo su pago, supuesto fáctico que no encuadra en el presente asunto y por ello no había lugar a acudir a las Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006 como lo hizo el juez de primera instancia.

Aclarado lo anterior, al haberse vinculado el demandante el 1° de enero de 1997 como empleado territorial en el municipio de Neiva (f. 23) y haberse afiliado al FNA (f. 24 a 31), conforme al artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 y el precedente referido, el régimen de liquidación de cesantías es el contenido en la Ley 432 de 1998, sin que se pueda acudir al artículo 99 de la Ley 50 de 1990 contentivo de la sanción moratoria pretendida, que exclusivamente comprende a los empleados territoriales afiliados a los fondos de cesantías privados.

Bajo estas consideraciones no se acoge la alzada en cuanto propende por la aplicación en favor del actor del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990 contentivo de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías, por lo cual habrá de confirmarse la decisión impugnado en cuanto denegó las pretensiones, pero por las razones aquí expuestas.

FUENTE FORMAL: Ley 6 de 1945/ Ley 65 de 1946/ Ley 344 de 1996/ Ley 432 de 1998/ Ley 50 de 1990/ Ley 344 de 1996/ Ley 244 de 1995/ Ley 1017 de 2006/ Decreto 344 de 1996/ Decreto 1582 de 1988 Decreto 1252 de 2000/ Decreto 1919 de 2002.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B, sentencia de julio 19 de 2018, C.P. César Palomino Cortes, Rad. 44001-23-33-000-2013-00200-01(0742-15)/ 1 Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B, sentencia de julio 19 de 2018, C.P. César Palomino Cortes, Rad. 44001-23-33-000-2013-00200-01(0742-15)



DR. JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ANA MARÍA ROJAS MAÑOZCA

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL HUILA

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 002- 2013-00328-01

FECHA: JULIO 12 DE 2022

PENSIÓN DE VEJÉZ SUSTITUIDA: Factores salariales para liquidación

“De otra parte, se probó que con escrito radicado el 8 de febrero de 2012 (f 14 a 22), la demandante solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio por el señor Angelino Mañozca, sin que el demandado hubiera suministrado respuesta como lo acepta en la contestación de la demanda y por ello conforme al artículo 83 del CPACA se configuró el acto ficto negativo, en tal virtud se adicionará el fallo recurrido para declarar la existencia del mismo.

Conforme a lo anterior, sea lo primero advertir que el régimen pensional aplicable a la actora es la Ley 6 de 1945, pues conforme se indicó en la Resolución No. 031 de enero 29 de 1985 con la cual se le reliquidó la pensión de jubilación al señor Mañozca adquirió el estatus pensional el 3 de mayo de 1984 cuando cumplió 50 años de edad y ya contaba con 20 años de servicio, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 (29 de enero de 1985) y de la misma ley 100 de 1993 (30 de junio de 1995 por ser empleado territorial), de ahí que no lo cobija el régimen de transición dispuesto en dichos marcos normativos y no son vinculantes los pronunciamientos que sobre los mismos han efectuado las altas Corporaciones judiciales, en tal virtud la referida Ley 6 de 1945 y sus decretos reglamentarios se aplican en el presente asunto en su integralidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, observa el Tribunal que la pensión que le fue sustituida a la actora no fue liquidada conforme a la normativa que es aplicable al caso, en la medida en que no se incluyeron en el IBL los factores salariales denominados prima de vacaciones, prima de navidad y viáticos devengados en el último año de servicio, los cuales figuran en la lista del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

En cuanto a la prima de junio y la indemnización de las vacaciones que también devengó el de cujus, se tiene que no hay lugar a su inclusión en la liquidación pensional por cuanto no están enlistados en la disposición antedicha, además la aludida indemnización conforme al precedente corresponde a la remuneración del descanso del trabajador⁷.

Ahora, observa el Tribunal que en el IBL pensional se incluyó el subsidio de transporte que no hace parte del listado de factores a computar; no obstante, en aplicación del principio de favorabilidad su inclusión debe mantenerse.

En esa medida, a la actora le asiste el derecho a que la pensión que le fue sustituida se reliquidada con el 75% de los factores percibidos por el causante en el último año de servicio, en esa medida no se acogen los argumentos de la alzada y se confirmará el fallo recurrido en cuanto declaró la nulidad del acto acusado y ordenó la reliquidación de la pensión, pero se modificará el resolutivo tercero de la misma para precisar que los factores a incluir en el IBL son: sueldo mensual, subsidio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad y viáticos.”

FUENTE FORMAL: Ley 100 de 1993/Ley 33 de 1985/ Ley 6 de 1945/ Decreto 1743 de 1966/ Decreto 1045 de 1978/ Decreto 1919 de 2002.

NOTA DE RELATORÍA: Algunos de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, sentencia de mayo 2 de 2019, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. 25000-23-42-000-2012-02011-01(0298-14)/ Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de marzo 2 de 2000, C.P. Luis Camilo Osorio Isaza, Rad. 1257.



DR. JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD SIMPLE

DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A ESP.

DEMANDADO: MUNICIPIO DE NEIVA

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 006- 2014-00625-01

FECHA: JULIO 5 DE 2022

NORMATIVIDAD DEMANDADA : No debe ser anulada

“Bajo esta perspectiva, no cabe duda que con la entrada en vigencia del Decreto 001 de 2017 el Decreto 0162 de 2014 perdió vigor, luego se puede afirmar que este último acto administrativo perdió su fuerza ejecutoria; no obstante, corresponde a la Sala realizar el análisis de juridicidad de los artículos que de éste fueron demandados, mientras surtieron efectos y a ello se apresta, destacando que el examen recaerá únicamente frente a los artículos 3 a 5 y 7-4 porque relación con el artículo 13 no hay reparos, al haberse aceptado el desistimiento del recurso de apelación de la parte demandada que perseguía la revocatoria de la decisión que declaró su nulidad.”

(...)

“Desde ese punto de vista, como quiera que la ubicación e instalación de las antenas de telecomunicaciones es una circunstancia que incide o tiene repercusiones en el urbanismo y paisaje local, no cabe duda que es el ente territorial, por medio del Concejo de Neiva, quien tenía la facultad para reglamentar tales acciones, por tratarse de un asunto que es inherente al ordenamiento territorial y al uso del suelo, luego no es cierto que los entes territoriales carezcan

de competencia para determinar lo pertinente a la ubicación e instalación de antenas de telecomunicaciones en su territorio y se observa que dicha Corporación administrativa desarrolló tal competencia de manera parcial a través del Acuerdo que ajustó el POT (Acuerdo 026 de 2009).

Posteriormente lo llevó a cabo mediante el Decreto 0162 de 2014, proferido con ocasión de la autorización que le concedió precisamente el cabildo municipal al alcalde para regular la materia y, en el que de paso fijó los criterios a los que debía circunscribirse dicha reglamentación.

Entonces, si bien los alcaldes, en estricto sentido no están expresamente facultados o no tienen competencia para regular la materia, sí la tienen los entes territoriales por medio del Concejo y en el presente caso, este órgano autorizó al gobierno municipal a que señalara la correspondiente regulación, luego no cabe duda que el Decreto 0162 de 2016 se ajusta a las normas de competencias constitucionales y legales.

Es que, como se pudo ver, la normativa al respecto ha autorizado a los municipios para expedir esta clase de regulación en conexión con sus atribuciones de

ordenamiento territorial y protección ambiental, por lo que es absolutamente imprescindible tener en cuenta aquellas relativas al uso del suelo definido en el respectivo POT, pues es de ellas que se justifican o derivan las condiciones de ubicación e instalación de las antenas de telecomunicaciones que regula el acto acusado.

Ahora, al observar el contenido del artículo 3 demandado, el cual consagra la exigencia de permiso otorgado por el departamento administrativo de planeación municipal para la ubicación e instalación de las antenas de telecomunicaciones, no encuentra el Tribunal que dicha disposición contrarie la normativa invocada en la demanda y por ende no se configura, en su caso, la falta de competencia alegada, pues el mismo está previsto en los artículos 8 y 16 del Decreto 195 de 2005, por lo que se avista que dicha norma no es más que la concreción, en el plano local, del trámite y permiso previsto en la norma nacional, veamos: (...)”
(...)

“En relación con los artículos 4 y 7-4 demandados, los cuales establecieron una distancia mínima de 250 metros entre las antenas y entre éstas y los centros educativos, geriátricos y médicos, tampoco encuentra el Tribunal que trasgredan las normas invocadas en la demanda en cuanto a la competencia para su fijación, en la medida en que si bien es cierto la normativa atrás señalada refiere que es a las autoridades nacionales, como el MTIC y la ANE, a quienes corresponde según la época, la determinación de los límites de exposición de las personas a los campos electromagnéticos de las antenas, no puede olvidarse que fue a partir del año 2016 que los límites se fijaron, luego antes existía un vacío normativo sobre la instalación y ubicación de las antenas de telecomunicaciones.

Dicho vacío legislativo, como quedó visto en acápite precedente, fue advertido por la Corte Constitucional en las sentencias antes referidas, toda vez que las normas existente sólo se basaban en unas referencias técnicas que limitaban la emisión de la radiación no ionizante, pero no se había concebido una regulación que protegiera a las personas de la exposición, limitando la distancia entre la fuente y las zonas sensibles, tal como lo indicó el Consejo de Estado en la sentencia del 12 de julio de 2018.¹¹

Sin embargo, la primera de las altas Cortes sostuvo que ello no impedía a las autoridades territoriales, en aplicación del principio de precaución, adoptar las medidas que considerasen pertinentes para efectos de salvaguardar el medio ambiente y la salud humana en sus territorios, pues precisamente dicho principio les impone el deber de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente, máxime cuando los deberes de prevención que la Constitución señaló a las autoridades en esta materia, no significan que únicamente cuando se ha demostrado que un producto, proceso o actividad no tiene ningún riesgo, entonces puede ser usado, pues es imposible demostrar la ausencia de riesgo.¹²

En el específico caso de la ubicación e instalación de antenas de telecomunicaciones, el precedente jurisprudencial constitucional ha sido enfático

en señalar que a pesar de que no existe evidencia científica de que las radiaciones emitidas por dichos elementos generen un daño, los casos analizados de manera particular en cada providencia¹³ dejaban ver la posibilidad de que los campos electromagnéticos provenientes de tales antenas, de alguna manera incrementaban la enfermedad que niños y adultos mayores padecían, aunado al hecho de que los estudios científicos allí analizados, como los provenientes de la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC), permitían establecer la posible producción de eventos adversos en la salud humana.”

(...)

“En ese sentido, no comparte la Sala lo afirmado por la parte demandante cuando señaló que en materia de antenas de TMC no aplica el principio de precaución, pues la misma normativa y la jurisprudencia han ratificado su vigencia en dicho campo, aún cuando la misma legislación ha señalado a las radiaciones que emiten dichas antenas como fuentes inherentes conformes, es decir, que son radiaciones no ionizantes.

A partir de lo anterior y como quiera que antes del año 2016 no existía una normativa específica que estableciera los límites de exposición de las personas a los campos electromagnéticos producidos por las antenas de telecomunicaciones, bajo el principio de precaución, era plenamente viable que las autoridades territoriales, adoptaran medidas como las establecidas por el municipio de Neiva para la protección del ambiente sano y la salud humana.

De hecho, es preciso resaltar que ante ese vacío normativo, la Corte Constitucional ordenó a las autoridades nacionales que se expidieran las normas que establecieran la distancia a la que debía estar cada antena de TMC respecto de centros educativos, geriátricos y médicos y eso fue lo que hizo el municipio de Neiva para resguardar a grupos poblacionales que, dada su condición especial de sujetos con mayor grado de vulnerabilidad, requieren de acciones afirmativas en procura de salvaguardar su derecho a la salud, por lo que en criterio de la Sala, ante la ausencia normativa, la autoridad territorial podía establecer dicha reglamentación en aplicación del principio de precaución, de ahí que el cargo de nulidad analizado frente a los artículos 4 y 7-4 censurados, tampoco prospera.

En lo que concierne al artículo 5 del Decreto 0162 de 2014, que estableció como requisito una licencia de construcción en la modalidad de reforzamiento estructural para la instalación de estaciones de telecomunicaciones en edificaciones existentes, ha de señalarse que conforme al Decreto 195 de 2005 y al artículo 99 de la Ley 388 de 1997, dicho requisito no fue consagrado ni es exigible y desde esa perspectiva puede afirmarse que la disposición acusada trasgrede el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, a juicio de la Corporación, ello no resulta así en la medida en que el artículo demandado estipula la necesidad de tramitar la licencia de construcción, en la modalidad de reforzamiento estructural, en el evento en que la edificación en la que se piensa instalar la antena necesite de un reforzamiento, conclusión a la que se llega luego del estudio de vulnerabilidad estructural que deberá hacerse.

Fijese que la licencia exigida no es absoluta sino condicional, lo que se acompasa con la normativa urbanística y de contera, con el principio de prevención, por eso tampoco se acoge la nulidad invocada frente a la norma acusada, máxime si se tiene en cuenta que las autoridades locales son quienes tienen la competencia para verificar el cumplimiento de los requisitos urbanísticos y de edificación contenidas en el POT del respectivo ente territorial, conforme a los criterios de organización y desarrollo local allí contenidos.”

(...)

“ analizar los argumentos de esta causal de nulidad, se observa que se enfilan contra la decisión municipal de fijar la distancia para la ubicación e instalación de las antenas de telecomunicaciones, pues carecen de estudios científicos para adoptar tal medida, máxime cuando las antenas de TMC son fuentes inherentes conformes, para las que no hay que tomar medidas de precaución particulares, de ahí que el análisis de la causal se circunscribirá a los artículos 4 y 7-4 del Decreto 0162 de 2014, pues son los que fijaron la distancia mencionada con suficiencia.

Al examinar el contenido de las normas censuradas, se aprecia que las mismas van en armonía con lo establecido en el artículo 79 del POT, tal como lo ordenó el Acuerdo que autorizó al gobierno municipal a expedir tal reglamentación. En dicho artículo 79 se señaló que, para la instalación de estaciones de telecomunicaciones, se debería aplicar el principio de precaución consagrado en las Leyes 99 de 1993 y 388 de 1997, así como en el Decreto Nacional 195 de 2005.

Ahora, al auscultar la parte considerativa del Decreto 0162 de 2014, encuentra la Sala que éste se fundamentó, entre otras normas, en el artículo 79 superior, según el cual todos los habitantes del territorio nacional tienen derecho a gozar de un ambiente sano; el artículo 1° de la Ley 99 de 1993, el cual consagró el principio de precaución como regla general de la política ambiental en Colombia y, el citado Decreto 195 de 2005.

Pues bien, el Tribunal no desconoce que de acuerdo a la Resolución No. 1645 de 2005, las fuentes inherentes conformes, como lo son las antenas de TMC, producen radiación no ionizante y en principio, no representan riesgo para la salubridad pública y el medio ambiente. No obstante, si bien tal aspecto técnico fue regulado por las autoridades competentes, no se establecieron de manera específica los límites de exposición a los campos electromagnéticos, luego ello dio paso a que en virtud del principio de precaución y con fundamento en estudios científicos que señalaban la probable relación de tal exposición con el surgimiento o agravación de enfermedades, se adoptaran medidas como las que tomó la Corte Constitucional (ordenó la desinstalación y/o reubicación de antenas).

En ese sentido, para el Tribunal la motivación del municipio de Neiva para establecer la distancia que fijó en los artículos atacados, descansa precisamente

en el principio de precaución. Recuérdese que, como se indicó en el acápite inmediatamente anterior, la falta de evidencia científica sobre los daños que pueda ocasionar la exposición de las personas a los campos electromagnéticos generados por las antenas de telecomunicaciones, no es óbice para que las autoridades, en aplicación del citado principio, establezcan las medidas que consideren pertinentes para salvaguardar la salud humana y de contera, procurar la garantía de un ambiente sano.

En esa medida, el hecho de que el municipio de Neiva no haya indicado de manera expresa que la distancia establecida en las normas acusadas se basaba en un artículo científico, no es indicativo de que adolezca de motivación o que la misma no se ajuste al ordenamiento jurídico. En primer lugar, porque su fundamentación reposa en la normativa que le impone a las autoridades actuar acogiendo el principio de precaución y, ante el vacío normativo ya comentado, la entidad territorial no solo podía sino que debía establecer unos límites de exposición para evitar la concreción de un riesgo, pese a que no existiese evidencia científica absoluta.

Es que dicho principio se erige como una herramienta jurídica de gran importancia, pues responde a la incertidumbre técnica y científica que muchas veces se cierne sobre las cuestiones ambientales –que implica mantener una salud óptima–, por la inconmensurabilidad de algunos factores contaminantes y generadores de riesgo para la salubridad pública, por la falta de sistemas adecuados de medición o por el desvanecimiento del daño en el tiempo.¹⁴

En segundo lugar, esa motivación se ajusta a la interpretación que del ordenamiento jurídico hizo la Corte Constitucional en los pronunciamientos ya referidos, en donde esta alta Corporación ordenó a la autoridad nacional que reglamentara la distancia que debería existir entre las antenas de telecomunicaciones y los centros educativos, geriátricos y de servicios médicos, pues existía la posibilidad, aunque no comprobada científicamente, que la exposición a los campos electromagnéticos generados por aquéllas, pusieran en riesgo la salud de los menores de edad, los adultos mayores y quienes están afectados en su salud, luego la medida no se aprecia que sea caprichosa o arbitraria, sino que se acompasa con el precedente sobre la materia.

Es más, cabe relievár que el mismo artículo 5 del Decreto 195 de 2005, dispuso que deben medirse todas las estaciones radioelétricas que se encuentren a menos de 150 metros de centros educativos, geriátricos y de servicios médicos, lo que claramente indica que la intención de la misma normativa es asegurarse que las radiaciones emitidas no generen daños a la salud humana y al ambiente.

Esto permite, a su vez, colegir de manera razonable que entre tales centros y las antenas de TMC no deben existir distancias tan cortas, de tal suerte que la distancia de 250 metros que fijó el municipio de Neiva en los artículos acusados, no resulta desproporcionada si se pondera el fin que persigue, esto es, la protección de los referidos grupos poblacionales que, por sus condiciones de vulnerabilidad, son sujetos de especial protección por parte de las autoridades estatales y en tal virtud, el cargo de nulidad no tiene vocación de prosperidad.

Así las cosas, como quiera que los argumentos de la alzada no fueron acogidos por el Tribunal, pues no se avistó que las normas acusadas de nulidad hayan transgredido el ordenamiento jurídico, se impone la confirmación de la providencia recurrida.”

FUENTE FORMAL: Art. 313CP/ Ley 99 de 1993/ Ley 1454 de 2011 Ley 388 de 1997/ Ley 9 de 1998/ Ley 3 de 1991/ Ley 810 de 2003/ Ley 400 de 1997/ Decto 195 de 2005/ Decreto 0162 de 2014

NOTA DE RELTAORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: T-701 de 2014/ T-1077 de 2012/ T-397 de 2014/ C- 293 de 2015.



Dr. RAMIRO APONTE PINO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: INVERTRAC S.A.

DEMANDADO: CAM

RADICACIÓN: 41 001 23 33- 000- 2014-00572-00

FECHA: JULIO 5 DE 2022

PROCESO SANCIONATORIO AMBIENTAL: Incompetencia de la CAM

“Por su parte, el artículo 3° del Decreto 4728 de 2010 le impone a quienes transporten hidrocarburos la obligación de estar provistos de un plan de contingencia de control de derrames, aprobado por la autoridad ambiental competente Artículo 3°. El artículo 35 del Decreto 3930 de 2010, quedará así:

“Artículo 35. Plan de Contingencia para el Manejo de Derrames de Hidrocarburos o Sustancias Nocivas. Los usuarios que exploren, exploten, manufacturen, refinan, transformen, procesen, transporten o almacenen hidrocarburos o sustancias nocivas para la salud y para los recursos hidrológicos, deben estar provistos de un plan de contingencia y control de derrames, el cual deberá contar con la aprobación de la autoridad ambiental competente” (subrayado fuera de texto).

A través de la Resolución 1401 de 201215 (vigente en la época de los hechos), el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible estableció los criterios para definir cuál es la autoridad ambiental competente para aprobar el plan de contingencia del transporte de hidrocarburos; cuyo artículo 1° preceptúa lo siguiente:

“Definir que para la actividad de transporte por cualquier medio de hidrocarburos o sustancias nocivas, que comprenda la jurisdicción de más de una autoridad ambiental, es la autoridad ambiental en cuya jurisdicción se realice el cargue de hidrocarburos o sustancias nocivas, la competente para aprobar el respectivo plan de contingencia, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 3o del Decreto 4728 de 2010” (subraya la Sala).

Descendiendo al asunto sub examine, está acreditado que independientemente de que Invertrac hubiera iniciado el trámite para obtener la aprobación del plan de contingencia para transporte terrestre de hidrocarburos, no contaba con el mismo en el momento del siniestro. De suerte que, no podía desarrollar esa actividad sin ese requisito, y en la medida en que lo hizo, infringió el mencionado artículo 35 del Decreto 3930 de 2010. De contera, incurrió en una infracción ambiental; amén de que el siniestro puso en riesgo el medio ambiente, al no contar con los medios idóneos para conjurarlo.

De otro lado, está acreditado que la autoridad ambiental competente para aprobar el referido plan era Corpoamazonía, porque en su jurisdicción se realizaba el cargue de los hidrocarburos (Putumayo).

Dicho aserto, se sustenta en las siguientes razones:

a.- Es un hecho notorio que en la época de los hechos y en la actualidad no se explotan hidrocarburos en el sur del Huila. A contrario sensu, en el vecino departamento se explotaba y se explota dicho recurso.

b.- En el auto 057 del 4 de julio de 2013, expedido por la Dirección Territorial sur de la Cam16, se afirma que el vehículo que transportaba el hidrocarburo (afiliado a la empresa Invertrac), provenía de Villa Garzón – Putumayo: “...Con el in de verificar las afectaciones ambientales ocasionadas con el volcamiento de un vehículo tipo cisterna afiliado a la empresa INVERTRAC S.A, que transportaba hidrocarburo de propiedad de la Empresa Gran Tierra Energy Colombia Ltda, proveniente de Villa Garzón, en jurisdicción del Departamento del Putumayo...” (el subrayado fuera de texto. f. 1270 y ss. cuad. 7).

c.- Al revisar el contenido de la resolución 000594 del 25 de junio de 2013, a través de la cual, el Director General de Corpoamazonía aprobó el plan de contingencia de transporte terrestre de hidrocarburos de la empresa Invertrac SA, se observa que todas las rutas aprobadas tienen origen / punto de cargue en las estaciones ubicadas en el departamento de Putumayo: Villa Garzón y Puerto Asis17 (f. 241 y ss. cuad. 2).

d.- En las guías de remesa terrestre de carga y los formatos únicos de manifiesto electrónico de carga de varios vehículos de la empresa Invertrac, se observa que el lugar de origen es el municipio de Villa Garzón - Putumayo18.

Ahora bien, no obstante que la Cam tenía la facultad para imponer la medida preventiva (porque el accidente se escenificó en su jurisdicción), debió correrle traslado de las actuaciones a su homóloga (artículo 2º, Ley 1333 de 2009); pero carecía de atribuciones para iniciar la correspondiente actuación administrativa y para imponer la sanción.

En ese orden de ideas, es menester colegir que los actos enjuiciados se expidieron por un servidor que carecía de competencia (artículo 137 del CPACA); en consecuencia, se impone la declaratoria de nulidad.”

FUENTE FORMAL: Ley 3333 de 2009/ Decreto 4728 de 2010/ Resolución 1401 de 2012.



Dr. RAMIRO APONTE PINO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JORGE ELIECER OVIEDO HURREA

DEMANDADO: NACIÓN- MINDEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 001- 2018-00300-01

FECHA: JULIO 12 DE 2022

LIQUIDACIÓN SUBSIDIO FAMILIAR: Con la asignación mensual incrementada en un 20%.

“Al abordar el análisis de la referida evolución normativa y las pautas de aplicación, en reciente pronunciamiento³ la Segunda de H. Consejo de Estado precisó que el

subsidio familiar se debe reconocer al soldado profesional o al infante de marina, con fundamento en la norma vigente en el momento en que se causó el derecho.

En particular, se debe establecer si el uniformado adquirió el derecho i) antes 1° de julio de 2014 (en vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000) , o ii) a partir del 1° de julio de 2014 (en vigencia del artículo 1° del Decreto 1161 de 2014).”

(...)

“En ese orden de ideas, considera la Sala, que contrario a lo afirmado por el a quo, el reajuste del subsidio familiar sí fue solicitado en sede administrativa y judicial; porque como ya se indicara, en la petición del 27 de noviembre de 2017 solicitó “3... Que se disponga el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones en los que tengan incidencia los dos reajustes anteriores”.

Es del caso recordar, que de acuerdo con lo dispuesto en los Decretos 1794 de 2000 y Decreto 1161 de 2014, el subsidio familiar se liquida con base en la asignación básica del soldado o infante de marina del Ejército Nacional. Y en la medida en que la misma se incrementó en un 20% (de acuerdo con la sentencia de primera instancia), no existe duda que sobre dicha prestación social se debe resolver el presente asunto.

d.- De acuerdo con el precedente jurisprudencial, a los soldados profesionales que adquirieron el derecho a percibir el subsidio familiar antes del 1° de julio de 2014, se debe aplicar el monto establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000. A contrario sensu, si el derecho se causó después del 1° de julio de 2014, se debe aplicar lo dispuesto en el Decreto 1161 de 2014.

Como ya se indicara, el actor funge como soldado profesional desde el 1° de noviembre de 2003, y de acuerdo con el comprobante de nómina de noviembre de 2017, percibe el subsidio familiar en un porcentaje del 4% de la asignación básica (f.17 cuad. 1 ppal).

Teniendo en cuenta que el derecho a la referida prestación se causó antes del 1° de julio de 2014; considera la Sala que al demandante le asiste el derecho a que dicha prestación también se reajuste con base en el incremento de la asignación básica. Desde luego, en el monto que le ha sido reconocido; esto es, en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, y a partir 24 de noviembre de 2013 (por prescripción cuatrienal), como lo ordenó por el a quo frente a las demás prestaciones reconocidas en la sentencia impugnada.

Merced a lo anterior, se modificará el resolutivo 4° del fallo impugnado; en el sentido de incluir el subsidio familiar como factor sujeto al reajuste del 20%, ordenado a favor del accionante.

FUENTE FORMAL: Decreto 1794 de 2000/ Decreto 3770 de 2009/ Decreto 1161 de 2014/ Decreto 1794 de 2000.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. Providencia del 9 de febrero de 2017. C.P. Dr. William Hernández Gómez. Radicación: 08001-23-31-000-2011-01339-01(1457-15); la cual, reitera lo expuesto en Sentencia del 22 de Abril de 2015. Radicado: 08001-23-31-000-2011-00335- 01(3640-13)/ 3 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 24 de mayo de 2021. Exp. 11001- 03-15-000-2021-01970-00(AC). CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: HENRY JR PLATA SEPÚLVEDA

DEMANDADO: CREMIL

RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -003- 2016- 00031-01

FECHA: JULIO 26 DE 2022

ASIGNACIÓN DE RETIRO: Se desvirtuó presunción de legalidad Resolución demandada.

Es decir, que al quedar en firme la sentencia que declaró la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 del 2004, se debe entender que desapareció del ordenamiento jurídico, reputándose tal situación desde el mismo momento en que fuere expedido.

De tal manera que, la declaratoria de nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 del 2004 afecta la situación jurídica del demandante en la medida que al proferirse la sentencia (23 de octubre de 2014), no se encontraba consolidada su situación, como quiera que se encuentra en discusión su derecho al reconocimiento de la asignación de retiro con base en el artículo declarado nulo.

En ese orden de ideas, ante la declaratoria de nulidad del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, la normativa que se encontraba en vigencia corresponde a la Ley 923 de 2004 y, por tanto, no se podía exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores y que la transición señalada en el artículo 3, numeral, 3.1.º inciso segundo de la Ley 923 de 2004, estableció como único condicionamiento es que al momento de su entrada en vigencia (30 de diciembre de 2004) la persona se encuentre en servicio activo de las Fuerzas Militares.

Así, conforme al régimen de transición dispuesto en la Ley 923 de 2004, la normativa que regula el reconocimiento de la asignación mensual de retiro del personal de Oficiales del Ejército Nacional escalafonado con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, lo es el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 que señala para el caso concreto 15 años de servicios para el reconocimiento de la mencionada prestación, cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia.

Requisito cuyo cumplimiento se acredita por parte del Capitán® Henry JR Plata, toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 16 años, 01 mes y 9 días y su desvinculación se generó con ocasión de la separación absoluta.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia que negó las suplicas de la demanda será revocada, al desvirtuarse la presunción de legalidad que amparaba la Resolución No. 8585 del 9 de octubre de 2014 por medio de la cual se negó la asignación de retiro como Oficial retirado del Ejército de Colombia al Capitán® Henry JR Plata Sepúlveda.

Por consiguiente, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL - reconocer y pagar al demandante una asignación de retiro en un porcentaje del 54% por los 16 años, 01 mes y 09 días de servicio en la Ejército Nacional, la cual deberá liquidarse con las partidas computables establecidas en el artículo 158 ibídem, con efectividad a partir del día

siguiente al vencimiento de tres (3) meses de alta, es decir, teniendo en cuenta que fue retirado de forma absoluta a través de la Resolución No. 1524 del 05 de mayo de 2007, los tres meses de alta terminaría el 05 de agosto de 2007, con efectos fiscales a partir del 22 de julio de 2010, por operancia de la prescripción de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, según el análisis que se efectúa en el acápite siguiente.”

FUENTE FORMAL: Ley 923 de 2004/Decreto 1211/ Decreto 4433 de 2004/ Decreto 0991 de 2015.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta reunión: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección b. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 20001-23-39-000-2015-00454-01(2936-16).

1 Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección A, sentencia del 26 de julio de 2012, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 1948-09.



Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: CARMEN ESPERANZA RUIZ DE BONILLA

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -001- 2016- 00344-01

FECHA: JULIO 26 DE 2022

PENSIÓN DE VEJEZ: Art. 20 Acuerdo 049 de 1990 aprobado por Decreto 758 de 1990.

“En ese orden de ideas, le asiste derecho a la parte actora al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el artículo en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en cuantía o monto del 60% teniendo en cuenta las 791 semanas cotizadas.

Sin embargo, el fallo de primera instancia que ordenó tomar el IBL previsto en la referida normatividad, debe ser modificado, por cuanto en aplicación del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado plasmado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, el IBL de las pensiones que se llegaren a causar con arreglo a la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, no es un aspecto sometido al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tanto se debe establecer en aplicación de los incisos 2° y 3° del referido artículo 36, y con los factores salariales enlistados en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

En consecuencia, teniendo claridad la señora CARMEN ESPERANZA RUIZ DE BONILLA es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le resulta aplicable los requisitos de la edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones vigente con anterioridad a la Ley 100 de

1993, correspondiente al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 en lo concerniente a 55 años de edad para consolidar el derecho, 500 semanas cotizadas y como monto de la pensión o tasa de reemplazo un 60%, no así lo correspondiente a la forma de establecer el Ingreso Base de Liquidación, el cual se encuentra regulado por el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como lo determina la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 28 de agosto pasado, con la salvedad que la cuantía no puede ser menor al salario mínimo legal, como lo advirtió el a quo.

Y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, el cual preceptúa que el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados.”

Debiendo en consecuencia la entidad demandada en virtud del principio de favorabilidad, determinar el ingreso base de liquidación que le fuera más benéfico a la demandante, en la medida en que la Ley 100 de 1993 permite optar por (i) el promedio de lo cotizado durante el tiempo que le hiciera falta entre la entrada en vigor de la Ley 100 (1º. de abril de 1994) y la adquisición del estatus pensional, si fuere inferior a 10 años; (ii) el promedio de lo aportado durante todo el tiempo, si el monto es superior, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor (IPC); o (iii) el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, conforme al artículo 21 ibídem, e incluir como factores salariales para la liquidación de la pensión, los valores establecidos en las casillas 27. Asignación Básica mensual y 30. Otros factores salariales pagados en el mes certificado (Dto. 1158), del certificado de salarios mes a mes expedido por la entidad empleadora obrantes a folios 38 a 41 y 44 a 48 del cuaderno de primera instancia.”

FUENTE FORMAL: Acuerdo 049 de 1990/ Ley 100 de 1993/ Ley 797 de 2003 Decreto 758 de 1990.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en estadecisión: C-258 de 2013, SU230 de 2015, SU-395 de 2017 y SU-023 de 2018/ la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 28 de agosto de 2018, radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01



Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: FERNANDO VARGAS VARGAS

DEMANDADO: CASUR

RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -005- 2016- 00032-01

FECHA: JULIO 26 DE 2022

ASIGNACIÓN DE RETIRO MIEMBRO POLICÍA NACIONAL: En términos Decreto 1157 de 2014.

“De tal manera, que la normativa que se debe analizar para establecer el derecho o no a la asignación de retiro, corresponde a la aplicable a los Oficiales de la Policía Nacional y no del Nivel Ejecutivo como lo analizó el A quo, por cuanto el retiro de la Institución se produjo cuando ostentaba el grado de Oficial, advirtiéndose que la normatividad que regula el régimen salarial y prestacional de la fuerza pública no impide la acumulación de tiempo de servicio como Oficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o Soldado Profesional.

En ese orden de ideas, no le resulta aplicable al actor la normativa que regula el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, por cuanto el retiro del demandante se produjo como Oficial de la Policía Nacional, en el grado de Teniente, en el cual como se indicó previamente permaneció durante 8 años, 01 mes y 14 días.

Aclarado lo anterior, ante la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 que regulaba la asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, que se encontraban en servicio activo a su entrada en vigencia, se solicita por la parte actora la aplicación del artículo 144 del Decreto 1213 de 1990 o del artículo 1 del Decreto 1157 de 2014, en virtud de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004

Ley 923 de 2004 que impuso para ser beneficiario de la transición establecida en su artículo 3, es que al momento de su entrada en vigor el uniformado se encontrara en servicio activo en la fuerza pública (Policía Nacional o fuerzas militares), situación que cobija al demandante.

Sin embargo, advierte la Sala que en este caso no es posible aplicar el artículo 144 del Decreto 1213 de 1990 que exige 15 años de servicios cuando el retiro se produzca, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente, por cuanto, el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere la Ley 923 de 2004, a raíz de la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, expidió el Decreto 1157 del 24 de junio de 2014 que fue publicado en el Diario Oficial N°49193 del 25 de junio de 2014, es decir, que se encontraba vigente al momento de la ocurrencia del retiro del servicio del actor.

es decir, que se encontraba vigente al momento de la ocurrencia del retiro del servicio del actor.

Norma que se encuentra actualmente vigente y dispuso que el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo después de quince (15) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, y los que se retiren a solicitud propia, o sean separados en forma absoluta, con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que se terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables de que trata el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, por los primeros quince (15) años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más, por cada

año que exceda de los quince (15), hasta el ochenta y cinco por ciento (85%), incrementado en un dos por ciento (2%) por cada año adicional después de los veinticuatro (24) años de servicio, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Norma que se encuentra actualmente vigente y dispuso que el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo después de quince (15) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, y los que se retiren a solicitud propia, o sean separados en forma absoluta, con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que se terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables de que trata el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, por los primeros quince (15) años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más, por cada año que exceda de los quince (15), hasta el ochenta y cinco por ciento (85%), incrementado en un dos por ciento (2%) por cada año adicional después de los veinticuatro (24) años de servicio, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.”

(...)

“En ese orden de ideas, al encontrarse acreditado que el TENIENTE® FERNANDO VARGAS VARGAS prestó sus servicios en la Policía Nacional, durante 16 años, 02 meses y 01 día, siendo retirado en el grado de Teniente (Oficial), y que su causal de retiro lo fue la “Destitución” que como se indicó es asimilable con la causal de mala conducta, le asiste derecho al reconocimiento de la asignación mensual de retiro, en los términos del Decreto 1157 de 2014 “Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de la Policía Nacional y de pensión de invalidez para el personal uniformado de la fuerza pública”, pues el párrafo del artículo 1 es claro en disponer que las condiciones previstas en este artículo para tener derecho a una asignación de retiro son aplicables al uniformado que sea retirado del servicio activo después de quince (15) años de servicio por mala conducta.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia que negó las suplicas de la demanda será revocada, al desvirtuarse la presunción de legalidad que amparaba el Oficio No. 10598 / GAG SDP del 23 de mayo de 2016 que negó al TE® FERNANDO VARGAS VARGAS el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Por consiguiente, resulta procedente decretar la nulidad de dicho acto administrativo, y con fundamento en lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, reconocer y pagar al demandante una asignación de retiro en un porcentaje del 54% por los 16 años, 02 meses y 01 día de servicio en la Policía Nacional, la cual deberá liquidarse con las partidas computables establecidas en el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, con efectividad a partir del día siguiente al vencimiento de tres (3) meses de alta.”

(...)

FUENTE FORMAL: Ley 923 de 2004/ Ley 587 de 2000/ Decreto 1213 de 1990/ Decreto 1157 de 2014/ Decreto 578 de 2000.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 10 de octubre de 2019, radicación: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015). Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez/ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Bogotá, D. C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). - Radicación número: 76001-23-31-000-2006-02942-01(2201-07)

Dra. NELCY VARGAS TOVAR
MAGISTRADA PONENTE



ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: MAYCOL STEEVEN RIVERA TOVAR Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -007- 2018- 00362-01

FECHA: JULIO 13 DE 2022

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD: No fue injusta.

“Del acervo probatorio descrito in extenso, se puede colegir que MAYCOL STEEVEN RIVERA TOVAR estaba en el deber jurídico de soportar la privación de su libertad, comoquiera que la medida de aseguramiento se sustentó en la realidad probatoria vigente al momento de su imposición (informe ejecutivo de captura en flagrancia, acta de incautación de elementos y resultados de investigación de campo - protocolo PIPH); realidad, que no podía desconocerse y que al contrario, le permitía al funcionario judicial inferir razonablemente su presunta participación en el delito. Máxime, cuando quedó plenamente establecido que en esa etapa preliminar no se demostró que aquel tenía la condición de consumidor de sustancias psicoactivas, para considerar que, por esa circunstancia, la cocaína que llevaba consigo correspondía a la dosis de provisionamiento.

Para la Sala, la medida precautoria estuvo debidamente justificada y en los términos del precedente judicial citado, fue legal porque se ajustó a los requisitos objetivos y subjetivos descritos en el procedimiento penal (artículos 308 y 313 CPP); fue razonable por la gravedad de los hechos denunciados; fue proporcional porque la conducta se encuentra tipificada con pena privativa intramural de más de cuatro (4) años; y fue necesaria para brindar protección a la comunidad, en razón a que la naturaleza de la sustancia incautada.

Es cierto que el 14 de diciembre de 2016, la Juez Segunda Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, precluyó la investigación adelantada contra MAYCOL STEEVEN RIVERA TOVAR. Sin embargo, no se puede desconocer que, esa decisión, se adoptó con fundamento en las pruebas practicadas y arrimadas por la defensa pública (entrevistas y documentales) con posterioridad a la imposición de la medida preventiva (es decir, al 25 de junio de 2016); pues fue solo a través de ellas, que se demostró que el alucinógeno decomisado era para consumo propio.

De lo anterior, es posible colegir, que para la fase procesal en la que se impuso la medida de aseguramiento, la realidad probatoria obligaba a las entidades demandadas a actuar de conformidad a sus atribuciones legales (como

efectivamente lo hicieron según se describe en los actos urgentes); más aún cuando el análisis de los elementos de la responsabilidad (objetivos y subjetivos) que echa de menos el recurrente, son propios de la etapa juicio (como parte de la culpabilidad), y no, del estudio que se les ha encomendado en esa etapa inicial.

En razones de equidad y de igualdad, tampoco se advierte que haya existido un desequilibrio en las cargas públicas, pues el demandante no acreditó (en los términos del artículo 167 del CGP51) que las circunstancias descritas en los informes policiales y demás elementos materiales de prueba, no correspondieran a la realidad; ni que haya tenido que soportar un gravamen superior al que cualquier otro ciudadano (en sus mismas condiciones) hubiese sido sometido; principalmente, porque la preclusión de la investigación fue solicitada por la representante de la Fiscalía tan pronto tuvo conocimiento cierto de la condición de consumidor de sustancias psicoactivas.

Por contera, para la Sala resulta claro que no se cumple con el primero de los elementos de la responsabilidad (el daño antijurídico). En consecuencia, no se acogerán los argumentos de alzada y se confirmará la sentencia de primer grado.”

FUENTE FORMAL: Ley 270 de 1996/ CGP/

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: SU-072 DE 2018/ C-287 de 1996/49 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Ponente: Dr. Nicolás Yepes Corrales. Bogotá, 13 de abril de 2021. Radicación 25000-23-26-000-2011-01000-01 (46560).

**Dra. NELCY VARGAS TOVAR
MAGISTRADA PONENTE**



ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: JOAQUIN ALBERTO GÓMEZ ROMERO Y OTROS

DEMANDADO: E.S.E HOSPITAL MIGUEL BARRERTO LÓPEZ DE TELLO Y COMFAMILIAR DEL HUILA

RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -005- 2015- 00244-01

FECHA: JULIO 22 DE 2022

ATENCIÓN HOSPITALARIA: No hubo error de diagnóstico

“c.- El impugnante aduce que en esa primera atención debía haberse diagnosticado la hernia diafragmática. La prueba científica arrimada y los testimonios técnicos recepcionados, dan cuenta de que dicha patología puede ser causada por un trauma abdominal y/o torácico previo. Sin embargo, de acuerdo con la descripción de sus síntomas (los cuales incluso, pueden presentarse o no): abdomen agudo quirúrgico, inestabilidad hemodinámica, signos vitales anormales, baja saturación, etc.; no era

posible percibirla en esa oportunidad; máxime cuando lo advertido física y diagnósticamente por los galenos, era totalmente contrario.

En tal virtud, considera la Sala que no se erró en el diagnóstico otorgado en la atención hospitalaria que se le prestó a JOAQUÍN ALBERTO GÓMEZ ROMERO el 25 de febrero de 2013 en la ESE HOSPITAL MIGUEL BARRETO LÓPEZ DE TELLO (H).

ii.- Ahora bien, en lo concerniente a la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico, es importante recordar que uno de los requisitos que jurisprudencialmente se exige para su configuración es la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar⁶⁴.

Como ya se indicó, por los síntomas advertidos la hernia diafragmática no era perceptible en la atención de urgencias prestada el 25 de febrero de 2013; y bajo ese mismo criterio, no se puede hablar de pérdida de la oportunidad, habida cuenta que no existía –para ese momento– una aleatoriedad o un resultado esperado. El tratamiento a la herida en el hemitórax izquierdo se ajustó a los requerimientos del paciente, sin que de éste se derivara una incertidumbre de recibir un beneficio o evitar un perjuicio.

En ese orden, este cargo tampoco prospera.

Así las cosas, al revisar los medios de convicción, la Sala no puede descalificar el procedimiento adelantado por el personal médico para mitigar la patología por la que consultó JOAQUÍN ALBERTO GÓMEZ ROMERO el 25 de febrero, el 8 y el 9 de diciembre de 2013; quienes utilizaron los recursos técnicos y científicos con que contaba la entidad (primer nivel de complejidad) y se sujetaron a la sintomatología descrita por el paciente y advertida por el examen físico.”

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: 64 Consejo de Estado. Sección Tercera- Subsección B. Sentencia del 5 de abril de 2017. Radicación número: 17001-23-31- 000-2000-00645-01(25706). M.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero/ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Ponente: Dr. Nicolás Yepes Corrales. Bogotá, 13 de abril de 2021. Radicación 25000-23-26-000-2011-01000-01 (46560)/ 24 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2008, exp 15.563. "(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño". Al respecto consultar también: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16.085. Reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2017, exp. 38.515, entre otras. Cita que se extrae de la providencia proferida el 20 de mayo de 2022 por la Sección Tercera, Subsección A, con ponencia del Dr. José Roberto Sáchica Méndez, dentro del expediente 68001-23-31-000-2004-01503-01 (55134).

NOTA DE ADVERTENCIA

La Relatoría es la encargada de clasificar, titular y extraer los autos y sentencias de la Corporación para organizar la jurisprudencia, pero advierte a sus usuarios que no se exoneran de verificar el contenido de lo publicado con los textos originales ubicados en la Secretaría

del **Tribunal Administrativo del Huila.**

CONTÁCTENOS



María Piedad Vásquez Borrero

Relatora

Tel. 8722638

Palacio de Justicia Neiva- Huila

Carrera 4 No. 6-99 Oficina 1108

Email: reltadmnei@cendoj.ramajudicial.gov.co

www.ramajudicialdelhuila.gov.co

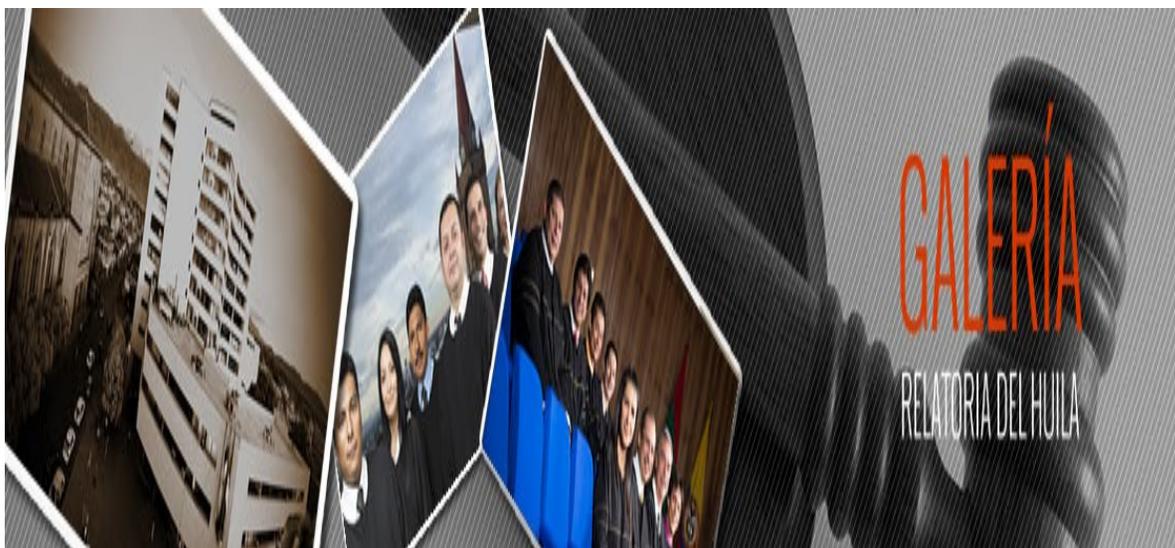


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

BOLETÍN No. 7

JULIO

2022



Tel. 8722638
Email: relatoriatah@gmail.com
www.ramajudicialdelhuila.gov.co

MAGISTRADOS TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
Presidente

ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
Vicepresidente

GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado

RAMIRO APONTE PINO
Magistrado

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado

NELCY VARGAS TOVAR
Magistrada

RESEÑA HISTÓRICA

La Relatoría del Tribunal Administrativo del Huila fue creada mediante Acuerdo No. 2078, (Art. 2º) de Septiembre 24 de 2003, del Consejo Superior de la Judicatura.

MISIÓN

Recopilar, titular y sistematizar la información jurídica suministrada por los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, para que pueda ser consultada oportunamente por los usuarios internos y externos.

VISIÓN

Apoyar permanentemente en su misión a los administradores de justicia y a la comunidad en general, estando a la vanguardia en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

FUNCIONES DE LA RELATORÍA

Las funciones del Relator del Tribunal Administrativo del Huila están precisadas en el Acuerdo No. 01 del 6 de Abril de 2011 de la Corporación, en el artículo 7º, destacando en lo que hace referencia a este tema, las siguientes:

- ◆ Recopilar, analizar y titular el documento jurisprudencial.
- ◆ Procesar la información.
- ◆ Facilitar a los usuarios un adecuado acceso a la información jurisprudencial



Dr. ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
MAGISTRADO PONENTE

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: HUMBERTO ARTUNDUAGA CHICUÉ

DEMANDADO: MUNICIPIO DE PITALITO

RADICACIÓN: 41 001 33 33 001 2013 00253-01

FECHA: JULIO 5 DE 2022

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN VEJEZ POR INDEXACIÓN PRIMERA MESADA:
No le asiste derecho al demandante.

“40.-Por otra parte, respecto de la indexación de la primera mesada pensional, se tiene que la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ ha establecido que la indexación es el mecanismo que se utiliza para revalorizar las obligaciones pensionales, con el ánimo de traer a valor presente las sumas que por el transcurso del tiempo han perdido poder adquisitivo.

41.-La Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre el derecho a la indexación, tanto en sede de tutela como de control abstracto de constitucionalidad y ha indicado que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, la actualización monetaria de las mesadas tiene por finalidad evitar la disminución del poder adquisitivo de las pensiones con ocasión del tiempo comprendido entre el momento en el que la persona cumple los requisitos para pensionarse y cuando la prestación es efectivamente reconocida y pagada⁵.

42.-A su vez, la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo ha indicado que el criterio de equidad es el que motiva el reconocimiento en vía judicial de la indexación de mesadas⁶ y, De tal modo, para la actualización de las mesadas, el Consejo de Estado dispuso una fórmula⁷, ajustada a los principios del derecho laboral que hacen relevantes la aplicación de la justicia material y la equidad, por medio de la cual se permitiera una verdadera indexación del quantum con la finalidad de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.”

(...)

50.-Por lo anterior, concluye la Sala, que no le asiste derecho al actor a reliquidar su pensión de vejez por indexación de la primera mesada, pues, efectivamente, la administración al momento de proferir la resolución No. 879 de 2005, tuvo en cuenta la actualización del IBL que conllevó a indexar la primera mesada y conforme con al Índice de Precios al Consumidor - base diciembre 1998-, aplicable para la época de su emisión.

52.-Así lo demuestran los antecedentes administrativos que contienen mes a mes la actualización del IBL realizada por la entidad demandada, por lo que, al comparar la demanda en donde se hace énfasis en las discrepancias del IPC, se infiere que toma un reporte del DANE, con una metodología del IPC posterior a

la que la entidad realizó, como quiera que las metodologías utilizadas por el Dane varían y así se puede inferir del documento que la misma entidad ha publicado al respecto.10

FUENTE FORMAL: Art. 48 y 53 CP/ Ley 100 de 1993/ Ley 33 de 1985/

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión:
Ver, entre otras, las siguientes sentencias: de abril 30 de 2020, radicación 25000-23-40-0002014-01302-01(2319-17), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; de febrero 18 de 2010, radicación 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y abril 12 de 2012, radicación 25000-23-25-000-2008-00800-01(0581-10), C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

5 Sentencia SU-637 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, Subsección B, M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado 54001-23-31-000-2005-01044-01 (1135-10).

7 Concretamente, según lo dispuesto por el Consejo de Estado en Sentencias 25000 23 25 0001999 6877 01 y 25000 23 25 000 1998 4042 01 M.P.: Dr. Ana Margarita Olaya Forero. Cfr. Sentencia T-098 de 2005, Corte Constitucional.



Dr. ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
MAGISTRADO PONENTE

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: SOCIEDAD ZÚÑIGA Y ASOCIADOS CONSULTORES Y
ASESORES S.A.S

DEMANDADO: DIAN

RADICACIÓN: 41 001 23 33 000 2018 00117-00

FECHA: JULIO 26 DE 2022

MODIFICACIÓN IMPUESTO DE VENTAS: No se desvirtuó presunción de legalidad de los actos demandados:

51.-Al respecto debe indicarse que las facturas, por ser documentos privados, se presumen auténticos y hacen fe de su contenido y como los mencionados documentos aluden al hecho de que la sociedad Zúñiga Asociados Consultores Asesores S.A.S., adquirió servicios prestados por la Precooperativa citada y en los valores reseñados, en principio se debe indicar que tiene razón la parte actora en cuanto demostró formalmente la existencia de la prestación del servicio y su pago.

52.-Sin embargo, sustancialmente no existe prueba de la clase de servicios adquiridos de la precooperativa, pues, de un lado del objeto social de la precooperativa no se infiere que en su cometido esté la prestación de servicios de los que la sociedad aquí demandante resultó necesitada o beneficiaria, sin tener claridad de cuáles fueron.

53.-Y si bien, no los tiene prohibido, no es su razón de ser, y si bien puede ser excepcional que se realice, por los valores y tiempos efectuados no se corresponden con su propia naturaleza, con la adición de que, si se volvió medio de obtener ingresos, la adición del objeto social facilitaría más tal forma de obtener ingresos diferentes a los que inicialmente pactaros los asociados.

54.-De otro lado, extraña el Tribunal que ni en la actuación administrativa tributaria ni en la presente actuación procesal, la parte actora haya aportado prueba alguna para que, meridianamente demostrara la sustancialidad de los servicios que adquirió, lo que no es propio de una lealtad procesal cuando se busca y pretende desvirtuar con criterio fehaciente, la carencia de razón de la decisión de la administración tributaria.

55.-Es que, como si bien se indicó, formalmente la parte actora demuestra conforme cada factura el pagar los servicios que indica se le prestaron, no es usual que procesalmente no se allegue ni siquiera el testimonio de quien los prestó para corroborar los elementos contractuales del servicio teniendo el deber de hacerlo por tener en su poder el objeto de la prueba al haber intervenido directamente en los hechos que dan origen al litigio, de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del CGP.

56.-Luego no encuentra el Tribunal que los hechos indicadores, que generó la consecuencia de tener por inexistente el hecho económico tributario haya sido desvirtuado en este proceso.

57.-En efecto, como se indicó el objeto social de la precooperativa no consagra el servicio prestado como eje focal de su objeto, sin que se quiera indicar que no lo pueda realizar, pero no se demuestra de ninguna manera que efectivamente se efectuó en el tiempo que las facturas indican.

58.-No se aportaron los comprobantes de pago de tales servicios para contribuir a demostrar su existencia, pues es lo usual que cada pago genere un comprobante o documento y no es propio de la diversidad de actividades como lo ejecutada, que los pago se realicen en efectivo sin un documento que genere certeza de su realización para que todos los interesados queden con la evidencia que efectivamente sucedió.

59.-Y como quiera que, si bien la Precooperativa tenía la responsabilidad de reportar el pago realizado tanto en sus asientos contables como en su declaración rentística y no lo hizo, tal hecho no es propio de una lealtad con sus asociados, sus usuarios, clientes, beneficiarios ni con sus responsabilidades legales, lo que genera falta de confianza que irradia a terceros como la sociedad aquí demandante pues es un indicio que también la afecta, como en consecuencia ocurre.

60.-Para la sociedad demandante es fácil desvirtuar tal deslealtad legal de la precooperativa probando en este proceso que tiene forma de demostrar la existencia de la relación sustancial; sin embargo, no lo hizo, teniendo tal carga (Art. 167 CGP), lo que incide en la inferencia de su inexistencia realizada por la Dian y que aquí no se desvirtuó.

61.-Luego la argumentación de causalidad, necesidad y proporcionalidad se desvanece ante la carencia de la demostración de la sustancialidad del hecho económico que dio origen a las facturas.

62.-Luego entonces, no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados por lo que se denegarán las pretensiones.

FUENTE FORMAL: CPACA/ Estatuto Tributario.



Dr. ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
MAGISTRADO PONENTE

MEDIO DE CONTROL: POPULAR

DEMANDANTE: PROCURADOR II JUDICIAL II AMBIENTAL Y AGRARIO

DEMANDADO: MUNICIPIO DE TIMANÁ Y OTROS

RADICACIÓN: 41 001 23 33 000 2015 00853-00

FECHA: JULIO 12 DE 2022

SILOS PARTICULARES: No tienen permiso de uso de suelo

62.-En consecuencia, de los tres silos que se tiene conocimiento en este proceso que existen en el territorio municipal, el del señor Emilson Ramos ubicado en la carrera 4 No. 3- 37 del barrio la Cruz, el del señor Nelson Bermeo Anturí en la carrera 2 No. 10-64 del barrio Las Ferias y, el de Carlos Darío Bermeo en la calle 11 No. 2- 24 del mismo barrio, el único que se encuentra ubicado en el sector comercial delimitado en el EOT es el perteneciente al señor Emilson Ramos; sin embargo, los demás, no se encuentran dentro de dicho espacio geográfico, por lo cual, no podrían desempeñar la actividad comercial allí.

63.-A la postre, y como bien se dijo, para la realización de actividades comerciales derivadas de silos, se requiere el certificado de uso de suelo, que, como bien se señaló con anterioridad, para dicho fin no se ha emitido por parte del ente territorial permiso de suelo de dicho tipo, como también así lo aseveraron los particulares señalados en el párrafo anterior.

64.-Así entonces, pese a que el silo perteneciente al señor Emilson Ramos se encuentra ubicado en un lugar permitido para el desarrollo de la actividad, lo cierto es que los silos de los particulares demandados no cuentan con el requisito de ley para su funcionamiento y, por tanto, se quebrantó derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas.

65.-En medida de lo anterior, y, como el Estado tiene la función constitucional y legal de prevenir y controlar aquellos factores que vulneren los derechos colectivos, se ordenará a la administración municipal, a que exija a todos los particulares el hacerse a la licencia o permiso del uso del suelo para desarrollar sus actividades económicas, especialmente en lo que tiene que ver con el secado de café por silos en el municipio de Timaná.

66.-De ser necesario para todos los establecimientos de comercio que se encuentre ubicados por fuera de la zona de uso de suelo comercial contenido en el título “De las actividades comerciales” del acuerdo No. 044 de 1999, exigir que cese su funcionamiento y de ser necesario sean reubicados en dicha zona, para lo cual se concede el plazo de 3 meses, desde la ejecutoria de la presente providencia, término dentro del cual deberá cesar su funcionamiento en el área no habilitada.

67.-Por lo anterior, debe restablecer la condición de zona residencial o la que sea del

caso, a todos y cada uno de los predios donde se encuentren silos que no estén ubicados en las zonas permitidas.

68.-Para el cumplimiento de lo anterior, se ordenará la constitución del comité de que trata el artículo 34 inciso 4 de la ley 472 de 1998.

FUENTE FORMAL: Art. 90/ Ley 472 de 1998

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en la presente decisión:
T-707 de 2012/ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de marzo de 2008, Rad. No. AP-2005-00901. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.
6 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: 63001-23-31- 000-2004-00688-01(AP).
7 Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del primero (1º) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez, Radicación número: 68001-23-31-000-2012-00104-02(AP).



DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: ZOILO CHAUX TOVAR Y OTROS

DEMANDADO: EMGESA E.S.P Y OTRO

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 003- 2016-00441-01

FECHA: JULIO 2 DE 2022

ACTIVIDAD MINERA Y DE BAREQUEO ZONA AFECTACIÓN QUIMBO: No fue debidamente demostrada.

“De ahí que, en criterio de la Sala, la formalización de la actividad de barequeo es lo que permite preservar la posibilidad de desarrollarla o considerarla como una actividad de subsistencia, en la medida que constituye un mecanismo al cual debe acudir el Estado para lograr acercar una realidad social a las exigencias que se imponen en la Ley para efectos de brindar una solución frente a quienes han tenido dicho oficio como fuente de su subsistencia.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra que para el ejercicio de la actividad de barequeo por parte de los demandantes no se tuvieron en cuenta los mandatos de la legislación minera que radicaba en ellos la obligación de inscribirse ante la alcaldía del lugar en el que se realizara la extracción, lo que evidencia la inexistencia del primer elemento de la responsabilidad, en la medida que, al no contar con dicho registro, la merma económica que eventualmente podrían haber sufrido por la construcción o la entrada en ejecución el proyecto hidroeléctrico no tiene carácter antijurídico.

Así mismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que el daño cuya reparación se pretende y que pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el

ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones leales y legítimas de los particulares.”

(....)

“Resalta la Sala que EMGESA S.A. E.S.P., en dicho procedimiento censal, localizó un número significativo de personas afectadas con la ejecución del proyecto hidroeléctrico El Quimbo que ejercían la actividad de minería en el área de influencia, luego debe concluirse que dicha entidad puso a disposición de estas todos los medios necesarios para que tuvieran conocimiento de la obra, de la realización del censo y de los impactos de la obra; sin que obre prueba en el proceso que justifique la no comparecencia de los aquí demandantes, pues pese a afirmarse que barequeaban en zonas como La Cañada y La Escalereta, que como vimos sí fueron censadas por EMGESA S.A. E.S.P., no encuentra la Sala justificación a su no participación.

Nótese que el ex - personero de Tarquí para los años 2007 a 2010 relató que, pese a que dicho municipio no hacía parte del área de influencia directa del proyecto, asistió voluntariamente a jornadas de socialización del proyecto en las que EMGESA S.A. E.S.P. dio a conocer los pormenores de la megaobra y que para esa misma época asesoró a los demandantes para que formaran un grupo asociativo de mineros artesanales, llamando la atención de la Sala que bajo su condición de personero y en contacto con los aquí demandantes, no les informara de las implicaciones de la obra, pese a que tenía conocimiento que la misma generaría afectaciones laborales y agrícolas en su municipio.

Ahora, si bien de manera posterior la sentencia T-135 de 2013 de la Corte Constitucional dispuso la realización de un nuevo censo bajo la premisa que el realizado en el año 2010 no podía considerarse cerrado, ello fue bajo la consideración que con el discurrir del tiempo y la dinámica del proyecto podrían presentarse nuevas afectaciones, y teniendo en cuenta que la naturaleza del minero de subsistencia es ser nómada, toda vez que es una actividad que por tradición y por necesidad se ha configurado bajo procesos de migración, era lógico que al presentarse mineros que no habían sido censados previamente, correspondía a EMGESA S.A. E.S.P. establecer la ubicación geográfica en la que desplegaron su actividad y proceder a la verificación de los presupuestos previstos en la normatividad minera vigente para su realización, que como vimos, se encuentra firmemente orientada a su formalización con fines de control y adecuado ejercicio, dado el gran impacto social, económico, medioambiental y de salud que representa.

Como los demandantes en esta nueva oportunidad tampoco demostraron que ejercían el barequeo según la normatividad minera, resultaba contrario a derecho concluir que su labor era de subsistencia, permanente, real y consolidada en la zona de influencia directa del proyecto antes de la declaratoria de utilidad pública e interés social, mucho menos que por efectos de esa obra estuviesen ejerciéndola por migración en otra zona del río, pues la prueba testimonial es clara en señalar que aproximadamente desde los años 2008 o 2009 los demandantes no ejercen el barequeo, es decir, que no acreditaron los daños que aducen les ocasionó la entidad demandada, lo que impide afirmar que en este caso, se pueda presentar un daño especial para atribuir responsabilidad administrativa bajo dicho título de imputación jurídica a la entidad demandada por la no inclusión en el censo elaborado con ocasión del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo.

En resumen: se confirmará la sentencia apelada, dado que los demandantes no acreditaron el daño antijurídico que se invoca en la demanda, en la medida que la actividad minera y de barequeo que afirman haber ejercido en la zona de afectación del proyecto hidroeléctrico el Quimbo y que fuere truncada con la construcción y llenado de la represa, no fue debidamente demostrada en el proceso y en la forma como correspondía, ya que ninguno de los actores aparece formalmente registrado ante autoridad competente y autorizado para ejercer legalmente la actividad minera.

De esta manera, al no existir prueba del daño o no haberse acreditado su ejercicio formal, así aparezca que ejecutaron de manera artesanal e informal dicha actividad o labores antes del año 2015 -fecha de llenado de la represa-, no es posible imputar responsabilidad administrativa a la entidad demandada por falla del servicio o bajo otro título de imputación, la no inclusión de los demandantes en el censo de población no residente afectada en el área de influencia directa del PHEQ, como lo pretenden los recurrentes.”

FUENTE FORMAL: Art. 90 CP/ Ley 20 de 1969/ Ley 685 de 2001/ Ley 1382 de 2010/ Ley 1450 de 2011/ Decreto 276 de 2015/ Decreto 1666 de 2016.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: C-366 de 2011/ T-135 de 2013/ C-259 de 2016/ Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01054-01(311851 Agoglia, M. (1999). El daño jurídico, enfoque actual, Buenos Aires, La Ley, p. 49.



DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LEONOR ROJAS CUENTA

DEMANDADO: NACIÓN- MINEDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RADICACIÓN: 41 001 23 33- 000 2019-00410-00

FECHA: JULIO 22 DE 2022

SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO CESANTÍAS: Prescripción reclamación.

“Con fundamento en este criterio jurisprudencial, el auxilio de cesantías es una prestación a la que tiene derecho el personal docente por ser parte de la Rama Ejecutiva del poder público, que para su reconocimiento y pago deben observarse los términos señalados en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.”

(...)

“Por su parte el Consejo de Estado, en sentencia 18 de julio de 2018 unificó su jurisprudencia en el entendido que los docentes oficiales integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución, por lo tanto, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. En esa oportunidad, la Sección Segunda se pronunció respecto de la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes oficiales, con el ánimo de reiterar que a estos les asiste el derecho al pago oportuno de las cesantías y que son beneficiarios de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Así mismo, tanto en sede de tutela como en asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha considerado que, en virtud del principio de favorabilidad, a los docentes les son aplicables las disposiciones que en materia de sanción moratoria consagra la Ley 50 de 1989, esto es, por la consignación extemporánea de las cesantías anuales.”

(...)

“Como puede verse, la sanción moratoria está sujeta al término prescriptivo señalado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es decir, que la reclamación del empleado sobre un derecho o prestación debida, tendrá que efectuarse dentro de los 3 años, so pena de la prescripción, término que es susceptible de interrupción a través del simple reclamo escrito del trabajador, pero solo por un lapso igual.

Lo anterior en razón a que, si bien la causación de la sanción por mora es totalmente independiente a las cesantías, en tanto que se configura de pleno derecho por el incumplimiento del empleador de realizar el pago dentro de los términos de ley, lo cierto es que ello no puede confundirse con la extensión de la penalidad en el tiempo, la cual sí está directamente asociada a que se efectúe el pago efectivo de la prestación social.”

(...)

“A título de restablecimiento del derecho, pretende se ordene el reconocimiento y pago de tales cesantías del año 1993 y la indemnización por mora de conformidad con la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, desde la fecha de la omisión en la consignación, esto es, desde el año 1993 y hasta que se haga efectivo el pago y, además, que se ordene el reconocimiento de intereses moratorios, el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.CA. y se condene costas a la entidad demandada.

Al examinar las pruebas aportadas y demás antecedentes allegados, la Sala observa que ninguna de las entidades accionadas dio respuesta a la petición antes aludida, y por tanto, se entiende que existe un acto ficto o presunto mediante el cual las entidades demandadas niegan a la peticionaria el reconocimiento y pago de las cesantías correspondientes al año 1933 y la sanción moratoria derivada del no pago de dicha prestación.

Ahora bien, atendiendo el marco normativo a que se hizo referencia, los docentes que se vincularon al servicio a partir del 1° de enero de 1990 gozan del régimen especial prestacional administrado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en cuanto a las cesantías se les aplica el régimen anualizado, prestación que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, debe liquidarse y pagarse conforme lo dispone el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esto es, los empleadores deben consignar tales recursos en las cuentas individuales de tal Fondo a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su causación y en caso de que dicha prestación no se consigne en esa fecha, se presenta mora y corresponde al empleador pagar la sanción moratoria, esto es, un día de salario por cada uno de retardo.

Sin embargo, si tales derechos prestacionales, esto es, las cesantías y la sanción moratoria, por tener tal característica anualizada, si bien no están afectadas de caducidad, en tanto que solo lo son las cesantías definitivas, si pueden verse afectados por la prescripción si no se reclaman dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se hacen exigibles, puesto que así lo dispone el Artículo 151 del Código Sustantivo del Trabajo.

En este caso está demostrado que la señora Leonor Rojas Cuenca se vinculó al servicio oficial docente con posterioridad al 1° de enero de 1990, esto es, el 18 de noviembre de 1993 y, por lo tanto, es claro que sus cesantías se liquidan conforme al régimen de cesantías anualizado y su pago y reconocimiento se debió realizar en los términos de la Ley 344 de 1996 y la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1582 de 1998, esto es, reconocerse y pagarse a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su causación.

Así mismo, se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 6598 del 2 de noviembre de 2016, el Fomag le reconoció y ordenó el pago a favor de la demandante las cesantías desde el año 1993, correspondientes a 22 años, 1 mes y 12 días, lapso comprendido entre el 11 de noviembre de 1993 a 30 de diciembre de 2015, para un total de 7962 días laborados continuos, por valor de \$30.454.691, ordenando pagar por concepto de cesantías parciales la suma de \$11.274.862 y que además, mediante Resoluciones 839 del 16/06/2008 y 809 del 25/02/2013, esta entidad ya la había reconocido y pagado cesantías parciales por valor de \$19.179.829.00., desde el

mismo periodo inicial hasta el año 2006 y luego, las causadas desde esa misma data hasta el año 2011.

Si bien en los soportes de tales actos -anexos antecedentes administrativos-, y en los actos mismos aparece que los periodos liquidados inician desde el año 1994 en adelante, tambien lo es que en la parte motiva se indica que son las cesantías por el tiempo de servicio docente desde el 11 de noviembre de 1993 y por tanto, aunque no se precisa si ese breve lapso quedó incluido en el periodo 1994 o si por el mismo no se causó el derecho, la Sala debe concluir que tal periodo, esto es, el causado entre el 11/10/1993 al 31/12/1993, si se reconoció y liquidó y que quedó inmerso en los actos administrativos de reconocimiento de cesantías.

Aun así y de no aceptarse tal argumento y de ser cierto que tal periodo de servicios docentes laborado por la demandante, no ha sido liquidado ni pagado por la autoridad demandada y que el Departamento del Huila omitió consignar tal rubro prestacional a favor de la demandante antes del 15 de febrero de 1994, y que por consiguiente, existió mora en el pago de esta suma de dinero, tendría la Sala que igualmente negar tales pretensiones, pues en ese supuesto se configura la prescripción de tales derechos al tenor de lo previsto del Art. 151 del C.S.T.

Lo anterior encuentra sustento en lo expuesto en las sentencias de unificación del Consejo de Estado antes citadas, pues si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en mora en el pago de cesantías de la señora Leonor Rojas Cuenca, por el periodo laborado en el año 1993, pues ha debido consignarlas a más tardar el 14 de febrero de 1994; es claro que la demandante ha debido reclamar tanto las cesantías como la sanción moratoria dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, esto es, hasta el 15 de febrero de 1997 y como la solicitud se presentó en el año 2018, es evidente que se extinguieron tales derechos por la prescripción.

En resumen: se declarará probada la excepción de prescripción propuesta por el Departamento del Huila y, bajo ese entendido, deben negarse las pretensiones de la demandante Leonor Rojas Cuenca, en su condición de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías correspondientes a periodo laborado entre el 11/10/93 y el 31/12/93 y la sanción moratoria por el no pago de esta prestación en que pudieron incurrir estas entidades, en tanto se trata de cesantías anualizadas, debieron ser reclamadas dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, esto es, hasta el 15 de febrero de 1997 y no en el año 2018.”

FUENTE FORMAL: Ley 6 de 1945/ Ley 65 de 1946/ Ley 50 de 1990/ Ley 91 de 1989/ Ley 1769 de 2015.

NOTA DE RELATORÍA. Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: C-486 de 2016/ SU-336 DE 2017/SU-098 DE 2018/ SU-332 de 2019.



DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LYDA YINETH EPIA BASTO
DEMANDADO: NACIÓN- MINEDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 007 2020-000301-01

FECHA: JULIO 22 DE 2022

MORATORIA: Pago tardío cesantías parciales

“Conforme a lo anterior, la Sala concluye que existió mora en el pago de las cesantías a la demandante Lida Yineth Epia Bastos desde el desde 1° de agosto al 17 de octubre de 2017, para un total de 77 días, contados desde el día siguiente del vencimiento del plazo legal de los 70 días hábiles que tenía la entidad para el reconocimiento y pago y hasta el día anterior al que la entidad dejó a disposición a favor del demandante el valor respectivo para ser cobrado, esto es, el 17 de octubre de 2017.

En consecuencia, le asiste razón a la recurrente en cuanto afirma que la sanción moratoria se hace exigible desde el día siguiente del vencimiento del plazo legal de los 70 días hábiles que tenía la entidad para el reconocimiento y pago, y no desde la ejecutoria del acto de reconocimiento de la prestación como erradamente lo concluyó el a quo, por lo tanto, y en atención a la línea jurisprudencial descrita en precedencia, a título de restablecimiento del derecho, se modificará la sentencia de primera instancia y se ordenará el reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo desde el 1° de agosto al 17 de octubre de 2017, para un total de 77 días, la cual se liquidará, tal y como lo señaló el a quo con base en la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, es decir, la devengada por la demandante para la anualidad 2017, correspondiéndole a la entidad demandada realizar los ajustes a que hubiere en el evento que las sumas adeudadas se hayan pagado efectivamente con antelación al pronunciamiento del presente fallo.

Por otra parte, téngase en cuenta que con fundamento en las sentencias de unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016 y CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020, el Consejo de Estado ha reiterado que la prescripción en estos casos se cuenta a partir de la fecha de la exigibilidad de la obligación de pagar tal sanción, esto es, a partir del día siguiente al vencimiento del término con que cuenta la entidad para reconocer y pagar tales cesantías y que la prescripción solo se interrumpe por una sola vez y por un término igual.

En el caso examinado la exigibilidad de la sanción moratoria inició a partir del vencimiento del término que tenía la entidad demandada para reconocer y pagar las cesantías parciales a la demandante, esto es, desde el día siguiente al vencimiento de los 70 días contados a partir del 1° de agosto de 2017 so pena de prescripción. Como quiera que la petición de reconocimiento de la sanción moratoria fue radicada el 31 de agosto de 2018 y la demanda radicada el 14 de diciembre de 2020 (Anexo 002 del expediente digital primera instancia), no se configuró el fenómeno prescriptivo.

Se negará lo relacionado con el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que se efectuó el pago de las cesantías, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, como quiera tal aspecto no fue reconocido en primera instancia y no se interpuso recurso alguno, por lo que la Sala carece de competencia para ello.

En conclusión, se modificará la sentencia recurrida y se ordenará pagar la sanción moratoria que en derecho corresponde, pues la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene derecho a que esta entidad, le reconozca y pague la sanción moratoria dispuesta en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, al no haberle pagado sus cesantías dentro de los términos legales para ello, la cual debe contabilizarse desde la fecha de la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, en aplicación de la ratio decidendi de la sentencia de unificación SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, cuyos considerandos son vinculantes y de obligatorio cumplimiento.”

FUENTE FORMAL: CPACA/ Ley 50 de 1990/Ley 244 de 1995/ Ley 1071 de 2006/ Ley 344 de 1996/ Ley 50 de 1990. Ley 244 de 1995/ Ley 280 de 2021.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: sentencias de unificación CE-SUJO04 de 25 agosto de 2016 y CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020/ la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, Rad.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)/ SU-336 De 2017/ C-539 DE 2011/ C-621 DE 2015/ C- 836 DE 2001.



DR. JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ANA MARÍA ROJAS MAÑOZCA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL HUILA
RADICACIÓN: 41 001 33 33- 002- 2013-00328-01
FECHA: JULIO 12 2022

PENSIÓN DE VEJÉZ SUSTITUIDA: Factores salariales para liquidación

“De otra parte, se probó que con escrito radicado el 8 de febrero de 2012 (f 14 a 22), la demandante solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio por el señor Angelino Mañozca, sin que el demandado hubiera suministrado respuesta como lo acepta en la contestación de la demanda y por ello conforme al artículo 83 del CPACA se configuró el acto ficto negativo, en tal virtud se adicionará el fallo recurrido para declarar la existencia del mismo.

Conforme a lo anterior, sea lo primero advertir que el régimen pensional aplicable a la actora es la Ley 6 de 1945, pues conforme se indicó en la Resolución No. 031 de enero 29 de 1985 con la cual se le reliquidó la pensión de jubilación al señor Mañozca adquirió el estatus pensional el 3 de mayo de 1984 cuando cumplió 50 años de edad y ya contaba con 20 años de servicio, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 (29 de enero de 1985) y de la misma ley 100 de 1993 (30 de junio de 1995 por ser empleado territorial), de ahí que no lo cobija el régimen de transición dispuesto en dichos marcos normativos y no son vinculantes los pronunciamientos que sobre los mismos han efectuado las altas Corporaciones judiciales, en tal virtud la referida Ley 6 de 1945 y sus decretos reglamentarios se aplican en el presente asunto en su integralidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, observa el Tribunal que la pensión que le fue sustituida a la actora no fue liquidada conforme a la normativa que es aplicable al caso, en la medida en que no se incluyeron en el IBL los factores salariales denominados prima de vacaciones, prima de navidad y viáticos devengados en el último año de servicio, los cuales figuran en la lista del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

En cuanto a la prima de junio y la indemnización de las vacaciones que también devengó el de cujus, se tiene que no hay lugar a su inclusión en la liquidación pensional por cuanto no están enlistados en la disposición antedicha, además la aludida indemnización conforme al precedente corresponde a la remuneración del descanso del trabajador⁷.

Ahora, observa el Tribunal que en el IBL pensional se incluyó el subsidio de transporte que no hace parte del listado de factores a computar; no obstante, en aplicación del principio de favorabilidad su inclusión debe mantenerse.

En esa medida, a la actora le asiste el derecho a que la pensión que le fue sustituida se reliquidada con el 75% de los factores percibidos por el causante en el último año de servicio, en esa medida no se acogen los argumentos de la alzada y se confirmará el fallo recurrido en cuanto declaró la nulidad del acto acusado y ordenó la reliquidación de la pensión, pero se modificará el resolutivo tercero de la misma para precisar que los factores a incluir en el IBL son: sueldo mensual, subsidio de transporte, prima de vacaciones, prima de navidad y viáticos.”

FUENTE FORMAL: Ley 100 de 1993/Ley 33 de 1985/ Ley 6 de 1945/ Decreto 1743 de 1966/ Decreto 1045 de 1978/ Decreto 1919 de 2002.

NOTA DE RELATORÍA: Algunos de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, sentencia de mayo 2 de 2019, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. 25000-23-42-000-2012-02011-01(0298-14)/ Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de marzo 2 de 2000, C.P. Luis Camilo Osorio Isaza, Rad. 1257.



DR. JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: OCTAVIO BLÁSQUEZ
DEMANDADO: MUNICIPIO DE NEIVA
RADICACIÓN: 41 001 33 33- 002- 2019-00139-01
FECHA: JULIO 19 2022

RECONOCIMIENTO Y PAGO SANCIÓN MORATORIA: Aplicación Ley 432 de 1998

“Ahora bien, en el caso del régimen anualizado de cesantías de la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, en su artículo 1° remitió al numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 que previó una sanción para el empleador que consigne fuera de los términos legales el auxilio de cesantía del trabajador en el fondo que éste escoja, consistente en un día de salario por cada día de retardo para: “(...) los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías”, añadiendo que el régimen de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al FNA será el artículo 5 de la Ley 432 de 1998 y demás normas pertinentes.

De lo anterior se colige que, a los empleados del nivel territorial con régimen anualizado de cesantías afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, no se les aplica la sanción moratoria regulada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 pues así lo dispuso el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 y en tal sentido el

precedente indicó:

“En este orden de ideas, debe decir la Sala que acorde con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, los empleados del nivel territorial afiliados al Fondo Nacional del Ahorro no son beneficiarios de la sanción moratoria regulada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues así lo prevé el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998, el cual solo contempla la remisión a esta sanción para los “los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantía”.

Por tanto, no asiste la razón al recurrente, ya que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido pacífica en torno a que el régimen del Fondo Nacional del Ahorro previsto en la Ley 432 de 1998 no contempla la sanción moratoria por el retardo en la consignación de los auxilios de cesantías.

En vista de lo anterior, las previsiones de los artículos 13 de la Ley 344 de 1996, 99-3 de la Ley 50 de 1990 y 1° del Decreto 1582 de 1998 no resultan aplicables para la consignación de las cesantías anualizadas como equivocadamente hiciera el a quo ni para el pago de la sanción moratoria pretendida. “

En el presente asunto, pretende la parte actora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no habersele consignado oportunamente en el FNA las cesantías correspondientes a los años 2014 a 2016, lo cual denegó el a quo aduciendo que el actor omitió allegar el acto administrativo que le liquidó y reconoció dicha prestación, lo cual impide la verificación y contabilización de la mora en el pago de tal beneficio; decisión que no comparte el demandante por cuanto lo pretendido es la sanción por no haber consignado a tiempo sus cesantías (antes del 15 de febrero del año siguiente) y no la sanción por el pago extemporáneo de las mismas, en caso de solicitud parcial de las mismas o del pago definitivo por retiro del servicio.

Sea lo primero advertir que el legislador estableció una sanción económica para los eventos en que ocurra el pago tardío de las cesantías, que debe ser liquidada y reconocida mediante acto administrativo en firme, equivalente a un día de retardo por cada día de mora hasta que se haga efectivo su pago, supuesto fáctico que no encuadra en el presente asunto y por ello no había lugar a acudir a las Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006 como lo hizo el juez de primera instancia.

Aclarado lo anterior, al haberse vinculado el demandante el 1° de enero de 1997 como empleado territorial en el municipio de Neiva (f. 23) y haberse afiliado al FNA (f. 24 a 31), conforme al artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 y el precedente referido, el régimen de liquidación de cesantías es el contenido en la Ley 432 de 1998, sin que se pueda acudir al artículo 99 de la Ley 50 de 1990 contentivo de la sanción moratoria pretendida, que exclusivamente comprende a los empleados territoriales afiliados a los fondos de cesantías privados.

Bajo estas consideraciones no se acoge la alzada en cuanto propende por la aplicación en favor del actor del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990 contentivo de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías, por lo cual habrá de confirmarse la decisión impugnado en cuanto denegó las pretensiones, pero por las razones aquí expuestas.

FUENTE FORMAL: Ley 6 de 1945/ Ley 65 de 1946/ Ley 344 de 1996/ Ley 432 de 1998/ Ley 50 de 1990/ Ley 344 de 1996/ Ley 244 de 1995/ Ley 1017 de 2006/ Decreto 344 de 1996/ Decreto 1582 de 1988 Decreto 1252 de 2000/ Decreto 1919 de 2002.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B, sentencia de julio 19 de 2018, C.P. César Palomino Cortes, Rad. 44001-23-33-000-2013-00200-01(0742-15)/ 1 Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B, sentencia de julio 19 de 2018, C.P. César Palomino Cortes, Rad. 44001-23-33-000-2013-00200-01(0742-15)



DR. JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
MAGISTRADO PONENTE

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD SIMPLE

DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP

DEMANDADO: MUNICIPIO DE NEIVA

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 006- 2014-00625-01

FECHA: JULIO 5 DE 2022

NORMATIVIDAD DEMANDADA: No debe ser anulada

“Partiendo de lo anterior y lo expuesto en los acápites precedentes, al analizar el Tribunal los argumentos de la parte actora, se aprecia que el Decreto censurado fue expedido como consecuencia de una habilitación efectuada por el Concejo de la ciudad de Neiva al alcalde de la misma y sin duda, ello constituye el ejercicio de una facultad asignada a los entes territoriales por el artículo 17 del Decreto-Ley 1900 de 1990 con el fin de que éstos se procuren en su organización territorial, el desarrollo normativo local frente a los permisos de instalación de antenas y torres en su territorio.

Adicionalmente, nótese que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 311 superior, a los municipios les corresponde ordenar el desarrollo de su territorio y propender por el mejoramiento social de sus habitantes, más aún la correlación existente con los desarrollos legislativos, en especial el establecido en la Ley 99 de 1993, en cuyo artículo 63 se consagró el principio de gradación normativa en materia ambiental y la Ley 388 de 1997 que en su artículo 10-1 estableció las determinantes de los POT.

De hecho, de manera específica el artículo 313-7 constitucional encomendó a los Concejos municipales la tarea de reglamentar los usos del suelo, competencia que fue reiterada en el artículo 29-4-b de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (1454 de 2011) y que viene siendo una forma de materialización de la acción urbanística que a los entes territoriales les concierne; competencia que puede ser concretada por el alcalde, pues la misma Carta Política en su artículo 313-3 autorizó al Concejo municipal para que entregue transitoriamente dichas facultades al alcalde y le confiera autorizaciones pro tempore para su ejercicio.

Desde ese punto de vista, como quiera que la ubicación e instalación de las antenas de telecomunicaciones es una circunstancia que incide o tiene repercusiones en el urbanismo y paisaje local, no cabe duda que es el ente territorial, por medio del Concejo de Neiva, quien tenía la facultad para reglamentar tales acciones, por tratarse de un asunto que es inherente al ordenamiento territorial y al uso del suelo, luego no es cierto que los entes territoriales carezcan de competencia para determinar lo pertinente a la ubicación e instalación de antenas de telecomunicaciones en su territorio y se observa que dicha Corporación administrativa desarrolló tal competencia de manera parcial a través del Acuerdo que ajustó el POT (Acuerdo 026 de 2009).

Posteriormente lo llevó a cabo mediante el Decreto 0162 de 2014, proferido con ocasión de la autorización que le concedió precisamente el cabildo municipal al alcalde para regular la materia y, en el que de paso fijó los criterios a los que debía circunscribirse dicha reglamentación.

Entonces, si bien los alcaldes, en estricto sentido no están expresamente facultados o no tienen competencia para regular la materia, sí la tienen los entes territoriales por medio del Concejo y en el presente caso, este órgano autorizó al gobierno municipal a que señalara la correspondiente regulación, luego no cabe duda que el Decreto 0162 de 2016 se ajusta a las normas de competencias constitucionales y legales.

Es que, como se pudo ver, la normativa al respecto ha autorizado a los municipios para expedir esta clase de regulación en conexión con sus atribuciones de ordenamiento territorial y protección ambiental, por lo que es absolutamente imprescindible tener en cuenta aquellas relativas al uso del suelo definido en el respectivo POT, pues es de ellas que se justifican o derivan las condiciones de ubicación e instalación de las antenas de telecomunicaciones que regula el acto acusado.”

(...)

“De hecho, es preciso resaltar que ante ese vacío normativo, la Corte Constitucional ordenó a las autoridades nacionales que se expidieran las normas que establecieran la distancia a la que debía estar cada antena de TMC respecto de centros educativos, geriátricos y médicos y eso fue lo que hizo el municipio de Neiva para resguardar a grupos poblacionales que, dada su condición especial de sujetos con mayor grado de vulnerabilidad, requieren de acciones afirmativas en procura de salvaguardar su derecho a la salud, por lo que en criterio de la Sala, ante la ausencia normativa, la autoridad territorial podía establecer dicha reglamentación en aplicación del principio de precaución, de ahí que el cargo de nulidad analizado frente a los artículos 4 y 7-4 censurados, tampoco prospera.

En lo que concierne al artículo 5 del Decreto 0162 de 2014, que estableció como requisito una licencia de construcción en la modalidad de reforzamiento estructural para la instalación de estaciones de telecomunicaciones en edificaciones existentes, ha de señalarse que conforme al Decreto 195 de 2005 y al artículo 99 de la Ley 388 de 1997, dicho requisito no fue consagrado ni es exigible y desde esa perspectiva puede afirmarse que la disposición acusada trasgrede el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, a juicio de la Corporación, ello no resulta así en la medida en que el artículo demandado estipula la necesidad de tramitar la licencia de construcción, en la modalidad de reforzamiento estructural, en el evento en que la edificación en la que se piensa instalar la antena necesite de un reforzamiento, conclusión a la que se llega luego del estudio de vulnerabilidad estructural que deberá hacerse.

Fíjese que la licencia exigida no es absoluta sino condicional, lo que se acompasa con la normativa urbanística y de contera, con el principio de prevención, por eso tampoco se acoge la nulidad invocada frente a la norma acusada, máxime si se tiene en cuenta que las autoridades locales son quienes tienen la competencia para verificar el cumplimiento de los requisitos urbanísticos y de edificación contenidas en el POT del respectivo ente territorial, conforme a los criterios de organización y desarrollo local allí contenidos.”

(...)

“En segundo lugar, esa motivación se ajusta a la interpretación que del ordenamiento jurídico hizo la Corte Constitucional en los pronunciamientos ya referidos, en donde esta alta Corporación ordenó a la autoridad nacional que reglamentara la distancia que debería existir entre las antenas de telecomunicaciones y los centros educativos, geriátricos y de servicios médicos, pues existía la posibilidad, aunque no comprobada científicamente, que la exposición a los campos electromagnéticos generados por aquéllas, pusieran en riesgo la salud de los menores de edad, los adultos mayores y quienes están afectados en su salud, luego la medida no se aprecia que sea caprichosa o arbitraria, sino que se acompasa con el precedente sobre la materia.

Es más, cabe relieves que el mismo artículo 5 del Decreto 195 de 2005, dispuso que deben medirse todas las estaciones radioelctricas que se encuentren a menos de 150 metros de centros educativos, geriátricos y de servicios médicos, lo que claramente indica que la intención de la misma normativa es asegurarse que las radiaciones emitidas no generen daños a la salud humana y al ambiente.

Esto permite, a su vez, colegir de manera razonable que entre tales centros y las antenas de TMC no deben existir distancias tan cortas, de tal suerte que la distancia de 250 metros que fijó el municipio de Neiva en los artículos acusados, no resulta desproporcionada si se pondera el fin que persigue, esto es, la protección de los referidos grupos poblacionales que, por sus condiciones de vulnerabilidad, son sujetos de especial protección por parte de las autoridades estatales y en tal virtud, el cargo de nulidad no tiene vocación de prosperidad.

Así las cosas, como quiera que los argumentos de la alzada no fueron acogidos por el Tribunal, pues no se avistó que las normas acusadas de nulidad hayan transgredido el ordenamiento jurídico, se impone la confirmación de la providencia recurrida.”

FUENTE FORMAL: Art. 313 CP/Ley 99 de 1993/ Ley 1454 de 2011Ley 388 de 1997/ Ley 9 fe 1989/ Ley 3 de 1991/ Ley 810 de 2003/ Ley 400 de 1997/Decreto 195 de 200/ Decreto 0162 de 2014/

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en la presente decisión: T- 701 de 2014/ T-1077 de 2012/ T-3097 de 2014.
2022



Dr. RAMIRO APONTE PINO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ERNESTO VELÁSQUEZ VARGAS

DEMANDADO: NACIÓN- MINDEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 002- 2015-00117-01

FECHA: JULIO 12 DE 2022

RETIRO DEL SERVICIO DISMINUCIÓN CAPACIDAD SICOFÍSICA- Estabilidad laboral reforzada

“Finalmente, es del caso precisar, que al abordar en sede de tutela el análisis de un asunto similar; esto es, la desvinculación de un soldado que sufrió una mengua de su capacidad psicofísica en actos del servicio; en un pronunciamiento la H. Corte Constitucional precisó que quienes se encuentran en estado de debilidad manifiesta por disminuciones físicas, sensoriales o psíquicas, son sujetos de una especial protección constitucional; lo cual, se traduce en una estabilidad laboral reforzada. Garantía, que a su vez, se extiende a la posibilidad de reincorporación y reubicación en un cargo compatible con sus condiciones de salud; desde luego, teniendo en

cuenta su grado de escolaridad, sus habilidades y destrezas. Incluso, resaltó que el empleador debe garantizarle la capacitación técnica y profesional requerida para desempeñar su nueva labor.

Luego de amparar los “derechos a la salud, a la vida en condiciones de dignidad, al mínimo vital, a la seguridad social, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada” de dos soldados, dejó sin efecto los actos administrativos de retiro y le ordenó “...al Ejército Nacional de Colombia que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, adelante todas las gestiones necesarias encaminadas a reincorporar al señor Oscar Iván Gordillo Panteves en uno de sus programas y en consecuencia, lo reubique en una actividad que pueda desempeñar, teniendo en cuenta su grado de escolaridad, habilidades y destrezas”. De igual manera, que “...dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la presente decisión, le cancele al actor desde la fecha del retiro del servicio hasta su reintegro efectivo, todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, al igual que los aportes al Sistema General de Seguridad Social”.

En esencia, el Tribunal Constitucional consideró que “...si bien es cierto que pudo acudir a otros mecanismos judiciales de defensa, no lo es menos que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, como se evidencia en las pruebas allegadas al expediente, por ser una persona con una disminución de su capacidad laboral de un 27.0%.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que el señor Oscar Iván Gordillo Panteves, en su calidad de soldado, tiene un aprendizaje y formación que se enmarca en el campo especializado de la vida militar, por lo cual no es dable pensar que ante su retiro se adapte cómodamente a desarrollar funciones fuera de esa área, tampoco que sea vinculado fácilmente al mercado laboral, dentro del cual no cuenta con la misma experiencia que posee en el campo militar, por lo que puede estarse afectando su mínimo vital...”5.”

(...)

“Como ya se indicara, el Tribunal Médico negó la posibilidad de reubicación del señor Velásquez Vargas, argumentando que no acreditó habilidades o adiestramiento diferentes a las requeridas en el desarrollo de la actividad militar. Amén de que, dada la falta de preparación y conocimientos en áreas de apoyo a la actividad operacional, tampoco puede ocupar labores administrativas.

Con base en el marco normativo y jurisprudencial relacionado ad supra, es evidente que la mengua de la capacidad laboral del demandante (64.99%), le impide realizar las actividades que constitucionalmente le fueron encomendadas, y aunque el porcentaje asignado supera el 50%, en el plenario está probado que dicha limitación no lo inhabilitaba para llevar a cabo otra clase de labores; particularmente, de naturaleza administrativa.

Por esa razón, considera la Sala que se vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada; porque podía ser reubicado para desarrollar una actividad acorde con sus destrezas y habilidades. Siendo del caso resaltar, que el H. Consejo de Estado aclaró que la posibilidad de retirar del servicio se debe interpretar de manera restrictiva y en armonía con el derecho a la estabilidad reforzada, y que a la Junta Médica le corresponde estudiar el conjunto de habilidades o destrezas en aras a recomendar la reubicación laboral: (...)

(...)

“En tal virtud, no es cierto que carezca de destrezas que le permitan desempeñarse en una función diferente a la militar, o que no pueda ser capacitado para desarrollar labores administrativas. Porque como ya se indicara, antes de la desvinculación había desempeñado labores de esa naturaleza (archivo y jefe de inventarios); sin que esa circunstancia se haya tenido en cuenta al analizar la reubicación laboral.

En ese orden de ideas, la Sala comparte la decisión a la que arribó el a quo, adicionando que el acto de reintegro debe ser expedido en el término de 30 días

siguientes a la comunicación de la presente providencia (artículo 192 del CPACA).

c.- En ejercicio del control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, la Sala estima necesario adicionar el resolutivo tercero del fallo impugnado, respecto al pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir a partir de la desvinculación, por las siguientes razones:

En la sentencia de unificación SU-556 de 2014, la H. Corte Constitucional analizó la forma en que se debe garantizar el cumplimiento de las sentencias que declaran la nulidad de los actos de desvinculación a quienes fungían en un cargo de carrera en provisionalidad; concluyendo que se debe ordenar el reintegro (siempre que el cargo no se haya suprimido, no se haya sido provisto por concurso, o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso). Y a título de indemnización se deben cancelar los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia (descontando las sumas percibidas en cualquier relación laboral: pública o privada, dependiente o independiente); sin que la misma sea inferior a 6 meses ni superior a 24 (...)

FUENTE FORMAL: Ley 578 de 2000/ Ley 1104 de 2006/ Decreto 1793 de 2000/ Decreto 1796 de 2000.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: SU-556 DE 2014/ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., Siete (7) de Abril de 2016. Radicación Número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14). Actor: José Francisco Guerrero Bardi. Demandado: Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social – Ugpp - Caja Nacional De Previsión Social – Cajanal Eice, En Liquidación, (Hoy Liquidada). Posición reiterada en pronunciamiento de la Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., Nueve (9) de diciembre de 2019. Radicación Número: 25000-23-42-000-2015-00166-01(0729-17).



Dr. RAMIRO APONTE PINO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: INVERTRAC-S.A.

DEMANDADO: CAM

RADICACIÓN: 41 001 23 33- 000- 2014-00572-00

FECHA: JULIO 5 DE 2022

PROCESO SANCIONATORIO AMBIENTAL: Incompetencia de la CAM

“Por su parte, el artículo 3° del Decreto 4728 de 2010 le impone a quienes transporten hidrocarburos la obligación de estar provistos de un plan de

contingencia de control de derrames, aprobado por la autoridad ambiental competente Artículo 3°. El artículo 35 del Decreto 3930 de 2010, quedará así:

“Artículo 35. Plan de Contingencia para el Manejo de Derrames de Hidrocarburos o Sustancias Nocivas. Los usuarios que exploren, exploten, manufacturen, refinen, transformen, procesen, transporten o almacenen hidrocarburos o sustancias nocivas para la salud y para los recursos hidrológicos, deben estar provistos de un plan de contingencia y control de derrames, el cual deberá contar con la aprobación de la autoridad ambiental competente” (subrayado fuera de texto).

A través de la Resolución 1401 de 201215 (vigente en la época de los hechos), el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible estableció los criterios para definir cuál es la autoridad ambiental competente para aprobar el plan de contingencia del transporte de hidrocarburos; cuyo artículo 1° preceptúa lo siguiente:

“Definir que para la actividad de transporte por cualquier medio de hidrocarburos o sustancias nocivas, que comprenda la jurisdicción de más de una autoridad ambiental, es la autoridad ambiental en cuya jurisdicción se realice el cargue de hidrocarburos o sustancias nocivas, la competente para aprobar el respectivo plan de contingencia, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 3o del Decreto 4728 de 2010” (subraya la Sala).

Descendiendo al asunto sub examine, está acreditado que independientemente de que Invertrac hubiera iniciado el trámite para obtener la aprobación del plan de contingencia para transporte terrestre de hidrocarburos, no contaba con el mismo en el momento del siniestro. De suerte que, no podía desarrollar esa actividad sin ese requisito, y en la medida en que lo hizo, infringió el mencionado artículo 35 del Decreto 3930 de 2010. De contera, incurrió en una infracción ambiental; amén de que el siniestro puso en riesgo el medio ambiente, al no contar con los medios idóneos para conjurarlo.

De otro lado, está acreditado que la autoridad ambiental competente para aprobar el referido plan era Corpoamazonía, porque en su jurisdicción se realizaba el cargue de los hidrocarburos (Putumayo).

Dicho aserto, se sustenta en las siguientes razones:

a.- Es un hecho notorio que en la época de los hechos y en la actualidad no se explotan hidrocarburos en el sur del Huila. A contrario sensu, en el vecino departamento se explotaba y se explota dicho recurso.

b.- En el auto 057 del 4 de julio de 2013, expedido por la Dirección Territorial sur de la Cam16, se afirma que el vehículo que transportaba el hidrocarburo (afiliado a la empresa Invertrac), provenía de Villa Garzón – Putumayo: “...Con el in de verificar las afectaciones ambientales ocasionadas con el volcamiento de un vehículo tipo cisterna afiliado a la empresa INVERTRAC S.A, que transportaba hidrocarburo de propiedad de la Empresa Gran Tierra Energy Colombia Ltda, proveniente de Villa Garzón, en jurisdicción del Departamento del Putumayo...” (el subrayado fuera de texto. f. 1270 y ss. cuad. 7).

c.- Al revisar el contenido de la resolución 000594 del 25 de junio de 2013, a través de la cual, el Director General de Corpoamazonía aprobó el plan de contingencia de transporte terrestre de hidrocarburos de la empresa Invertrac SA, se observa que todas las rutas aprobadas tienen origen / punto de cargue en las estaciones ubicadas en el departamento de Putumayo: Villa Garzón y Puerto Asís17 (f. 241 y ss. cuad. 2).

d.- En las guías de remesa terrestre de carga y los formatos únicos de manifiesto electrónico de carga de varios vehículos de la empresa Invertrac, se observa que el lugar de origen es el municipio de Villa Garzón - Putumayo18.

Ahora bien, no obstante que la Cam tenía la facultad para imponer la medida preventiva (porque el accidente se escenificó en su jurisdicción), debió correrle traslado de las actuaciones a su homóloga (artículo 2º, Ley 1333 de 2009); pero carecía de atribuciones para iniciar la correspondiente actuación administrativa y para imponer la sanción.

En ese orden de ideas, es menester colegir que los actos enjuiciados se expedieron por un servidor que carecía de competencia (artículo 137 del CPACA); en consecuencia, se impone la declaratoria de nulidad.”

FUENTE FORMAL: Ley 3333 de 2009/ Decreto 4728 de 2010/ Resolución 1401 de 2012.



Dr. RAMIRO APONTE PINO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JORGE ELICER OVIEDO HERRERA

DEMANDADO: NACIÓN- MINDEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 001- 2018-00300-01

FECHA: JULIO 12 DE 2022

LIQUIDACIÓN SUBSIDIO FAMILIAR: Con la asignación mensual incrementada en un 20%.

“Al abordar el análisis de la referida evolución normativa y las pautas de aplicación, en reciente pronunciamiento³ la Segunda de H. Consejo de Estado precisó que el subsidio familiar se debe reconocer al soldado profesional o al infante de marina, con fundamento en la norma vigente en el momento en que se causó el derecho.

En particular, se debe establecer si el uniformado adquirió el derecho i) antes 1º de julio de 2014 (en vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000) , o ii) a partir del 1º de julio de 2014 (en vigencia del artículo 1º del Decreto 1161 de 2014).”

(...)

“En ese orden de ideas, considera la Sala, que contrario a lo afirmado por el a quo, el reajuste del subsidio familiar sí fue solicitado en sede administrativa y judicial; porque como ya se indicara, en la petición del 27 de noviembre de 2017 solicitó “3... Que se disponga el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones en los que tengan incidencia los dos reajustes anteriores”.

Es del caso recordar, que de acuerdo con lo dispuesto en los Decretos 1794

de 2000 y Decreto 1161 de 2014, el subsidio familiar se liquida con base en la asignación básica del soldado o infante de marina del Ejército Nacional. Y en la medida en que la misma se incrementó en un 20% (de acuerdo con la sentencia de primera instancia), no existe duda que sobre dicha prestación social se debe resolver el presente asunto.

d.- De acuerdo con el precedente jurisprudencial, a los soldados profesionales que adquirieron el derecho a percibir el subsidio familiar antes del 1° de julio de 2014, se debe aplicar el monto establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000. A contrario sensu, si el derecho se causó después del 1° de julio de 2014, se debe aplicar lo dispuesto en el Decreto 1161 de 2014.

Como ya se indicara, el actor funge como soldado profesional desde el 1° de noviembre de 2003, y de acuerdo con el comprobante de nómina de noviembre de 2017, percibe el subsidio familiar en un porcentaje del 4% de la asignación básica (f.17 cuad. 1 ppal).

Teniendo en cuenta que el derecho a la referida prestación se causó antes del 1° de julio de 2014; considera la Sala que al demandante le asiste el derecho a que dicha prestación también se reajuste con base en el incremento de la asignación básica. Desde luego, en el monto que le ha sido reconocido; esto es, en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, y a partir 24 de noviembre de 2013 (por prescripción cuatrienal), como lo ordenó por el a quo frente a las demás prestaciones reconocidas en la sentencia impugnada.

Merced a lo anterior, se modificará el resolutivo 4° del fallo impugnado; en el sentido de incluir el subsidio familiar como factor sujeto al reajuste del 20%, ordenado a favor del accionante.

FUENTE FORMAL: Decreto 1794 de 2000/ Decreto 3770 de 2009/ Decreto 1161 de 2014/ Decreto 1794 de 2000.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. Providencia del 9 de febrero de 2017. C.P. Dr. William Hernández Gómez. Radicación: 08001-23-31-000-2011-01339-01(1457-15); la cual, reitera lo expuesto en Sentencia del 22 de Abril de 2015. Radicado: 08001-23-31-000-2011-00335- 01(3640-13)/ 3 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 24 de mayo de 2021. Exp. 11001- 03-15-000-2021-01970-00(AC). CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: CARMEN ESPERANZA RUIZ DE BONILLA

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -001- 2016- 00344-01

FECHA: JULIO 22 DE 2022

PENSIÓN DE VEJEZ: Art. 20 Acuerdo 049 de 1990 aprobado por Decreto 758 de 1990.

“En ese orden de ideas, le asiste derecho a la parte actora al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el artículo en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en cuantía o monto del 60% teniendo en cuenta las 791 semanas cotizadas.

Sin embargo, el fallo de primera instancia que ordenó tomar el IBL previsto en la referida normatividad, debe ser modificado, por cuanto en aplicación del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado plasmado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, el IBL de las pensiones que se llegaren a causar con arreglo a la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, no es un aspecto sometido al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tanto se debe establecer en aplicación de los incisos 2° y 3° del referido artículo 36, y con los factores salariales enlistados en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

En consecuencia, teniendo claridad la señora CARMEN ESPERANZA RUIZ DE BONILLA es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le resulta aplicable los requisitos de la edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones vigente con anterioridad a la Ley 100 de 1993, correspondiente al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 en lo concerniente a 55 años de edad para consolidar el derecho, 500 semanas cotizadas y como monto de la pensión o tasa de reemplazo un 60%, no así lo correspondiente a la forma de establecer el Ingreso Base de Liquidación, el cual se encuentra regulado por el inciso 3 del artículo 36 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como lo determina la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 28 de agosto pasado, con la salvedad que la cuantía no puede ser menor al salario mínimo legal, como lo advirtió el a quo.

Y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, el cual preceptúa que el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor desalario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados.”

Debiendo en consecuencia la entidad demandada en virtud del principio de favorabilidad, determinar el ingreso base de liquidación que le fuera más benéfico a la demandante, en la medida en que la Ley 100 de 1993 permite optar por (i) el promedio de lo cotizado durante el tiempo que le hiciera falta entre la entrada en vigor de la Ley 100 (1°. de abril de 1994) y la adquisición del estatus pensional, si fuere inferior a 10 años; (ii) el promedio de lo aportado durante todo el tiempo, si el monto es superior, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor (IPC); o (iii) el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, conforme al artículo 21 ibidem, e incluir como factores salariales para la liquidación de la pensión, los valores establecidos en las casillas 27. Asignación Básica mensual y 30. Otros factores salariales pagados en el mes certificado (Dto. 1158), del certificado de salarios mes a mes expedido por la entidad empleadora obrantes a folios 38 a 41 y 44 a 48 del cuaderno de primera instancia.”

FUENTE FORMAL: Acuerdo 049 de 1990/ Ley 100 de 1993/ Ley 797 de 2003 Decreto 758 de 1990.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en estadecisión:C-258 de 2013, SU230 de 2015, SU-395 de 2017 y SU-023 de 2018/ la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 28 de agosto de 2018, radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01



Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: FERNANDO VARGAS VARGAS

DEMANDADO: CASUR

RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -005- 2016- 00232-01

FECHA: JULIO 26 DE 2022

ASIGNACIÓN DE RETIRO MIEMBRO POLICÍA NACIONAL: En términos Decreto 1157 de 2014.

“De tal manera, que la normativa que se debe analizar para establecer el derecho o no a la asignación de retiro, corresponde a la aplicable a los Oficiales de la Policía Nacional y no del Nivel Ejecutivo como lo analizó el A quo, por cuanto el retiro de la Institución se produjo cuando ostentaba el grado de Oficial, advirtiéndose que la normatividad que regula el régimen salarial y prestacional de la fuerza pública no impide la acumulación de tiempo de servicio como Oficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o Soldado Profesional.

En ese orden de ideas, no le resulta aplicable al actor la normativa que regula el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, por cuanto el retiro del demandante se produjo como Oficial de la Policía Nacional, en el grado de Teniente, en el cual como se indicó previamente permaneció durante 8 años, 01 mes y 14 días.

Aclarado lo anterior, ante la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 que regulaba la asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, que se encontraban en servicio activo a su entrada en vigencia, se solicita por la parte actora la aplicación del artículo 144 del Decreto 1213 de 1990 o del artículo 1 del Decreto 1157 de 2014, en virtud de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004

Ley 923 de 2004 que impuso para ser beneficiario de la transición establecida en su artículo 3, es que al momento de su entrada en vigor el uniformado se encontrara en servicio activo en la fuerza pública (Policía Nacional o fuerzas militares), situación que cobija al demandante.

Sin embargo, advierte la Sala que en este caso no es posible aplicar el artículo 144 del Decreto 1213 de 1990 que exige 15 años de servicios cuando el retiro se produzca, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente, por cuanto, el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere la Ley 923 de 2004, a raíz de la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, expidió el Decreto 1157 del 24 de junio de 2014 que fue publicado en el Diario Oficial N°49193 del 25 de junio de 2014, es decir, que se encontraba vigente al momento de la ocurrencia del retiro del servicio del actor.

es decir, que se encontraba vigente al momento de la ocurrencia del retiro del servicio del actor.

Norma que se encuentra actualmente vigente y dispuso que el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo después de quince (15) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad sicofísica, por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, y los que se retiren a solicitud propia, o sean separados en forma absoluta, con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que se terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables de que trata el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, por los primeros quince (15) años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más, por cada año que exceda de los quince (15), hasta el ochenta y cinco por ciento (85%), incrementado en un dos por ciento (2%) por cada año adicional después de los veinticuatro (24) años de servicio, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Norma que se encuentra actualmente vigente y dispuso que el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo después de quince (15) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad sicofísica, por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, y los que se retiren a solicitud propia, o sean separados en forma absoluta, con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que se terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables de que trata el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, por los primeros quince (15) años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más, por cada año que exceda de los quince (15), hasta el ochenta y cinco por ciento (85%), incrementado en un dos por ciento (2%) por cada año adicional después de los veinticuatro (24) años de servicio, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.”

(...)

“En ese orden de ideas, al encontrarse acreditado que el TENIENTE® FERNANDO VARGAS VARGAS prestó sus servicios en la Policía Nacional, durante 16 años, 02 meses y 01 día, siendo retirado en el grado de Teniente (Oficial), y que su causal de retiro lo fue la “Destitución” que como se indicó es asimilable con la causal de mala conducta, le asiste derecho al reconocimiento de la asignación mensual de retiro, en los términos del Decreto 1157 de 2014 “Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de la Policía Nacional y de pensión de invalidez para el personal uniformado de la fuerza pública”, pues el parágrafo del artículo 1 es claro en disponer que las condiciones previstas en este artículo para tener derecho a una asignación de retiro son aplicables al uniformado que sea retirado del servicio activo después de quince (15) años de servicio por mala conducta.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia que negó las suplicas de la demanda será revocada, al desvirtuarse la presunción de legalidad que amparaba el Oficio No. 10598 / GAG SDP del 23 de mayo de 2016 que negó al TE® FERNANDO VARGAS VARGAS el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Por consiguiente, resulta procedente decretar la nulidad de dicho acto administrativo, y con fundamento en lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, reconocer y pagar al demandante una asignación de retiro en un porcentaje del 54% por los 16 años, 02 meses y 01 día de servicio en la Policía Nacional, la cual deberá liquidarse con las partidas computables establecidas en el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, con efectividad a partir del día siguiente al vencimiento de tres (3) meses de alta.”
(...)

FUENTE FORMAL: Ley 923 de 2004/ Ley 587 de 2000/ Decreto 1213 de 1990/ Decreto 1157 de 2014/ Decreto 578 de 2000.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 10 de octubre de 2019, radicación: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015). Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez/ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Bogotá, D. C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). - Radicación número: 76001-23-31-000-2006-02942-01(2201-07)



Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: HENRY JR. PLATA SEPÚLVEDA

DEMANDADO: CREMIR

RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -003- 2016- 000301-01

FECHA: JULIO 26 DE 2022

ASIGNACIÓN DE RETIRO: Se desvirtuó presunción de legalidad

Es decir, que al quedar en firme la sentencia que declaró la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 del 2004, se debe entender que desapareció del ordenamiento jurídico, reputándose tal situación desde el mismo momento en que fuere expedido.

De tal manera que, la declaratoria de nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 del 2004 afecta la situación jurídica del demandante en la medida que al proferirse la sentencia (23 de octubre de 2014), no se encontraba consolidada su situación, como quiera que se encuentra en discusión su derecho al reconocimiento de la asignación de retiro con base en el artículo declarado nulo.

En ese orden de ideas, ante la declaratoria de nulidad del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, la normativa que se encontraba en vigencia corresponde a la Ley 923 de 2004 y, por tanto, no se podía exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores y que la transición señalada en el artículo 3, numeral, 3.1.º inciso segundo de la Ley 923 de 2004, estableció como único condicionamiento es que al momento de su entrada en vigencia (30 de diciembre de 2004) la persona se encuentre en servicio activo de las Fuerzas Militares.

Así, conforme al régimen de transición dispuesto en la Ley 923 de 2004, la normativa que regula el reconocimiento de la asignación mensual de retiro del del personal de Oficiales del Ejército Nacional escalafonado con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, lo es el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 que señala para el caso concreto 15 años de servicios para el reconocimiento de la mencionada prestación, cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia.

Requisito cuyo cumplimiento se acredita por parte del Capitán® Henry JR Plata, toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 16 años, 01 mes y 9 días y su desvinculación se generó con ocasión de la separación absoluta.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia que negó las suplicas de la demanda será revocada, al desvirtuarse la presunción de legalidad que amparaba la Resolución No. 8585 del 9 de octubre de 2014 por medio de la cual se negó la asignación de retiro como Oficial retirado del Ejército de Colombia al Capitán® Henry JR Plata Sepúlveda.

Por consiguiente, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL - reconocer y pagar al demandante una asignación de retiro en un porcentaje del 54% por los 16 años, 01 mes y 09 días de servicio en la Ejército Nacional, la cual deberá liquidarse con las partidas computables establecidas en el artículo 158 ibidem, con efectividad a partir del día siguiente al vencimiento de tres (3) meses de alta, es decir, teniendo en cuenta que fue retirado de forma absoluta a través de la Resolución No.1524 del 05 de mayo de 2007, los tres meses de alta terminaría el 05 de agosto de 2007, con efectos fiscales a partir del 22 de julio de 2010, por operancia de la prescripción de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, según el análisis que se efectúa en el acápite siguiente.”

FUENTE FORMAL: Ley 923 de 2004/Decreto 1211/ Decreto 4433 de 2004/ Decreto 0991 de 2015.

NOTA DE RELATORÍA: **Algunas de las sentencias citadas en esta reunión:** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección b. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 20001-23-39-000-2015-00454-01(2936-16).

1 Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección A, sentencia del 26 de julio de 2012, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 1948-09.

Dra. NELCY VARGAS TOVAR MAGISTRADA PONENTE



ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: JOAQUÍN ALBERTO GÓMEZ ROMERO Y OTROS

DEMANDADO: E.S.E. HOSITAL MIGUEL BARRERTO LÓPEZ DE TELLO
Y COMFAMILIAR DEL HUILA

RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -005- 2015- 00244-01

FECHA: JULIO 22 DE 2022

ATENCIÓN HOSPITALARIA: No hubo error de diagnóstico

“c.- El impugnante aduce que en esa primera atención debía haberse diagnosticado la hernia diafragmática. La prueba científica arrimada y los testimonios técnicos recepcionados, dan cuenta de que dicha patología puede ser causada por un trauma abdominal y/o torácico previo. Sin embargo, de acuerdo con la descripción de sus síntomas (los cuales incluso, pueden presentarse o no): abdomen agudo quirúrgico, inestabilidad hemodinámica, signos vitales anormales, baja saturación, etc.; no era posible percibirla en esa oportunidad; máxime cuando lo advertido física y diagnósticamente por los galenos, era totalmente contrario.

En tal virtud, considera la Sala que no se erró en el diagnóstico otorgado en la atención hospitalaria que se le prestó a JOAQUÍN ALBERTO GÓMEZ ROMERO el 25 de febrero de 2013 en la ESE HOSPITAL MIGUEL BARRETO LÓPEZ DE TELLO (H).

ii.- Ahora bien, en lo concerniente a la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico, es importante recordar que uno de los requisitos que jurisprudencialmente se exige para su configuración es la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar⁶⁴.

Como ya se indicó, por los síntomas advertidos la hernia diafragmática no era perceptible en la atención de urgencias prestada el 25 de febrero de 2013; y bajo ese mismo criterio, no se puede hablar de pérdida de la oportunidad, habida cuenta que no existía –para ese momento- una aleatoriedad o un resultado esperado. El tratamiento a la herida en el hemitórax izquierdo se ajustó a los requerimientos del paciente, sin que de éste se derivara una incertidumbre de recibir un beneficio o evitar un perjuicio.

En ese orden, este cargo tampoco prospera.

Así las cosas, al revisar los medios de convicción, la Sala no puede descalificar el procedimiento adelantado por el personal médico para mitigar la patología por la que consultó JOAQUÍN ALBERTO GÓMEZ ROMERO el 25 de febrero, el 8 y el 9 de diciembre de 2013; quienes utilizaron los recursos técnicos y científicos con que contaba la entidad (primer nivel de complejidad) y se sujetaron a la sintomatología descrita por el paciente y advertida por el examen físico.”

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: 64 Consejo de Estado. Sección Tercera- Subsección B. Sentencia del 5 de abril de 2017. Radicación número: 17001-23-31- 000-2000-00645-01(25706). M.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero/ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Ponente: Dr. Nicolás Yepes Corrales. Bogotá, 13 de abril de 2021. Radicación 25000-23-26-000-2011-01000-01 (46560)/ 24 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2008, exp 15.563. "(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño". Al respecto consultar también: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16.085. Reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2017, exp. 38.515, entre otras. Cita que se extrae de la providencia proferida el 20 de mayo de 2022 por la Sección Tercera, Subsección A, con ponencia del Dr. José Roberto Sáchica Méndez, dentro del expediente 68001-23-31-000-2004-01503-01 (55134).

Dra. NELCY VARGAS TOVAR
MAGISTRADA PONENTE



ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: MAYCOL STEVEN RIVERA TOVAR Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN-RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -007- 2018- 00362-01

FECHA: JULIO 13 DE 2022

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD: No fue injusta.

“Del acervo probatorio descrito in extenso, se puede colegir que MAYCOL STEEVEN RIVERA TOVAR estaba en el deber jurídico de soportar la privación de su libertad, comoquiera que la medida de aseguramiento se sustentó en la realidad probatoria vigente al momento de su imposición (informe ejecutivo de captura en flagrancia, acta de incautación de elementos y resultados de investigación de campo - protocolo PIPH); realidad, que no podía desconocerse y que al contrario, le permitía al funcionario judicial inferir razonablemente su presunta participación en el delito. Máxime, cuando quedó plenamente establecido que en esa etapa preliminar no se demostró que aquel tenía la condición de consumidor de sustancias psicoactivas, para considerar que, por esa circunstancia, la cocaína que llevaba consigo correspondía a la dosis de aprovisionamiento.

Para la Sala, la medida precautoria estuvo debidamente justificada y en los términos del precedente judicial citado, fue legal porque se ajustó a los requisitos objetivos y subjetivos descritos en el procedimiento penal (artículos 308 y 313 CPP); fue razonable por la gravedad de los hechos denunciados; fue proporcional porque la conducta se encuentra tipificada con pena privativa intramural de más de cuatro (4) años; y fue necesaria para brindar protección a la comunidad, en razón a que la naturaleza de la sustancia incautada.

Es cierto que el 14 de diciembre de 2016, la Juez Segunda Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, precluyó la investigación adelantada contra MAYCOL STEEVEN RIVERA TOVAR. Sin embargo, no se puede desconocer que, esa decisión, se adoptó con fundamento en las pruebas practicadas y arrimadas por la

defensa pública (entrevistas y documentales) con posterioridad a la imposición de la medida preventiva (es decir, al 25 de junio de 2016); pues fue solo a través de ellas, que se demostró que el alucinógeno decomisado era para consumo propio.

De lo anterior, es posible colegir, que para la fase procesal en la que se impuso la medida de aseguramiento, la realidad probatoria obligaba a las entidades demandadas a actuar de conformidad a sus atribuciones legales (como efectivamente lo hicieron según se describe en los actos urgentes); más aún cuando el análisis de los elementos de la responsabilidad (objetivos y subjetivos) que echa de menos el recurrente, son propios de la etapa juicio (como parte de la culpabilidad), y no, del estudio que se les ha encomendado en esa etapa inicial.

En razones de equidad y de igualdad, tampoco se advierte que haya existido un desequilibrio en las cargas públicas, pues el demandante no acreditó (en los términos del artículo 167 del CGP51) que las circunstancias descritas en los informes policiales y demás elementos materiales de prueba, no correspondieran a la realidad; ni que haya tenido que soportar un gravamen superior al que cualquier otro ciudadano (en sus mismas condiciones) hubiese sido sometido; principalmente, porque la preclusión de la investigación fue solicitada por la representante de la Fiscalía tan pronto tuvo conocimiento cierto de la condición de consumidor de sustancias psicoactivas.

Por contera, para la Sala resulta claro que no se cumple con el primero de los elementos de la responsabilidad (el daño antijurídico). En consecuencia, no se acogerán los argumentos de alzada y se confirmará la sentencia de primer grado.”

FUENTE FORMAL: Ley 270 de 1996/ CGP/

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: SU-072 DE 2018/ C-287 de 1996/49 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Ponente: Dr. Nicolás Yepes Corrales. Bogotá, 13 de abril de 2021. Radicación 25000-23-26-000-2011-01000-01 (46560).

Dra. NELCY VARGAS TOVAR MAGISTRADA PONENTE



MEDIO DE CONTROL: CUMPLIMIENTO

DEMANDANTE: JUAN MIGUEL CUENCA CLEVES

DEMANDADO: BANCO AGRARIO DE COLOMBIA
RADICACIÓN: 41-001- 23- 33 -000- 2022- 00107-00
FECHA: JULIO 22 DE 2022

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO: Requisitos- procedencia.

“Con base en ello, se ha colegido que se trata de actos regidos por el derecho privado, siendo la jurisdicción ordinaria, en su especialidad civil, la competente para su conocimiento, pues en virtud de la cláusula general de competencia prevista en el artículo 15 del C.G.P., atañe a ella “el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra especialidad jurisdiccional ordinaria”; para lo cual se cuenta con el proceso declarativo verbal, regulado por los artículos 368 y siguientes del Código General del Proceso.

Así las cosas, para la Sala la acción enervada por el señor Juan Miguel Cuenca Cleves se torna en improcedente ante la existencia de otro mecanismo judicial a través del cual puede hacer efectivas sus pretensiones, a saber, el proceso declarativo verbal ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil; pues el alcance que el actor da a sus pretensiones va más allá de exigir que se acaten las normas invocadas, como fue expuesto en precedencia.

Una conclusión distinta implicaría que esta Colegiatura, actuando como juez constitucional, rebase el objeto y competencia de la acción de cumplimiento, que no puede ser ejercida so pretexto de no acudir al mecanismo judicial dispuesto por el ordenamiento jurídico para atender la controversia que de fondo se plantea.

Pese a la existencia de un instrumento judicial, el juez de cumplimiento podría pronunciarse de fondo siempre y cuando se acredite la existencia e inminencia de un perjuicio, lo que no ocurre en el presente caso, en la medida que la parte actora no realiza manifestación alguna en tal sentido.

De manera que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento incoada por el señor Juan Miguel Cuenca Cleves es improcedente, se itera, por existir un instrumento judicial a través del cual materializar el efecto de las normas que invoca, en ausencia de un perjuicio grave e inminente que habilite la competencia del juez constitucional para conocer de fondo el asunto; por lo que así se declarará.”

FUENTE FORMAL: Art. 87 CP/ Ley 2071 de 2020/ Ley 393 de 1997/ Decreto 1730 de 2021 / Decreto 1071 de 2015.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 30 de septiembre de 2021. Consejero Ponente: Luis Alberto Álvarez Parra. Radicación: 19001-23-33-000-2021-00209-01 (ACU)/ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de marzo de 2009. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Radicación: 11001-03-06-000-2009-00024-00 (C). 29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Auto del 6 de mayo de 2021. Consejero Ponente: Roberto Sáchica Méndez. Radicación: 11001-03-26-000-2020-00077-00 (66099).
30 Ibidem.

NOTA DE ADVERTENCIA

La Relatoría es la encargada de clasificar, titular y extraer los autos y sentencias de la Corporación para organizar la jurisprudencia, pero advierte a sus usuarios que no se exoneran de verificar el contenido de lo publicado con los textos originales ubicados en la Secretaría del **Tribunal Administrativo del Huila**.

CONTÁCTENOS



María Piedad Vásquez Borrero
Relatora

Tel. 8722638

Palacio de Justicia Neiva- Huila
Carrera 4 No. 6-99 Oficina 1108

Email: reltadmnei@cendoj.ramajudicial.gov.co

www.ramajudicialdelhuila.gov.co

