

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 369

Manizales, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17001-33-33-004-2018-00490-02
Naturaleza: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Demandantes: Myriam Porras Castro
Demandado: Municipio de Anserma
Vinculado: E.S.P. Empocaldas

Se emite fallo de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación propuesto contra la sentencia mediante la cual se declaró la vulneración de los derechos colectivos *“a la seguridad y salubridad públicas y al goce del espacio público”* y se profirieron órdenes para su protección.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

Se solicita en la demanda amparar los derechos colectivos que vienen siendo vulnerados por la entidad accionada y en consecuencia se ordene adoptar las medidas necesarias para que cese su vulneración, efectuando la pavimentación de la vía ubicada en la calle 28 entre carreras 3 y 4 del barrio los sauces del municipio de Anserma, Caldas.

1.2. Sustento Fático Relevante

Manifestó la accionante que, la cuadra ubicada en la calle 28 entre carreras 3 y 4 del barrio los sauces del municipio de Anserma - Caldas, es una vía pública que no tiene pavimento por lo que no puede ser utilizada vehicularmente, lo cual impide, por ejemplo, el tránsito de ambulancias o vehículos para la atención de emergencias.

Añade que, el estado actual de dicha vía genera que en tiempos de sequía el polvo se eleve al interior de las viviendas de barrio “Los Sauces” generando afectaciones en la salud de sus pobladores, aunado a que en época de invierno la misma se torna intransitable incluso para los peatones por los barrizales que se forman.

1.3. Fundamentos de derecho

Se citan los artículos 88 de la Constitución Política; 1006 del Código Civil; 4 de la Ley 472 de 1998 -literales d), g), h) y j)-; y la Ley 99 de 1993.

1.4. Pronunciamiento frente a la demanda

El **municipio de Anserma** (fls. 29-34, cdo. 1) arguye que, si bien la vía objeto de controversia no ha sido pavimentada, ello no obedece a negligencia o desidia de la administración municipal, sino a las limitaciones presupuestales, señalando que el presupuesto municipal contiene dos grandes rubros como son los gastos de funcionamiento y los gastos de inversión, últimos dentro de los cuales se incluye todo tipo de obras, tales las reclamadas en la demanda, empero que deben ser cubiertas de acuerdo con un orden de prelación.

Así, de accederse a lo pretendido por la actora se dejarían de lado intervenciones en otros lugares que han sido calificados con mayor nivel de necesidad de acuerdo con su nivel de importancia, número de habitantes aledaños, promedio de personas que se movilizan, flujo de vehículos, siendo la vía objeto de controversia calificada con un 2,5 lo que significa que existen otros sectores con mayor nivel de priorización.

Agrega que el municipio debe dar cumplimiento a otros fallos emitidos en materia de acciones populares, lo cual requiere la utilización de una gran parte de los recursos.

Finalmente, solicita que se integre el contradictorio con la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas Empocaldas S.A. E.S.P., en virtud de que, en caso de ordenarse la pavimentación de la vía resulta necesario que, previamente se realicen los ajustes, reparaciones o reposiciones de las redes de acueducto y alcantarillado a que haya lugar en el sector.

- La **E.S.P. Empocaldas S.A.** (fls. 48-58, cdo. 1) señaló que carece de capacidad jurídica para atender los pedimentos de la acción, dado que, el objeto principal de esta empresa la prestación de los servicios públicos de agua potable, acueducto y alcantarillado y no la construcción, mantenimiento o reparación de vías públicas.

Advierte que, del informe realizado por el Ingeniero de Zona Occidente adscrito a la E.S.P. tras la visita técnica a la Calle 28 entre carreras 3 y 4 del municipio de Antema se pudo constatar que no hay avería o indicio alguno que permita inferir que las redes de acueducto y alcantarillado en la zona se encuentren en mal estado.

En tal sentido, se opone de esta forma a las pretensiones y para ello opone como medios de defensa los que denomino *Ausencia de legitimación por pasiva*.

1.5. Providencia impugnada

El *a quo* declaró la existencia de vulneración a los derechos colectivos “a la seguridad y salubridad públicas y al goce del espacio público” y ordenó al municipio de Anserma “que dentro del término de tres (3) meses contados a partir de la ejecutoria de fallo, adelante las gestiones de carácter administrativo financiero y presupuestal para la apropiación de los recursos necesarios a

efectos de realizar las obras de intervención, mantenimiento y/o pavimentación de la calle 28, entre carreras 3 y 4 del barrio Los Sauces". Además, requirió a Empocaldas para que: "conforme a sus competencias en materia de servicios públicos domiciliarios, concorra con el Municipio de Anserma (Caldas) en las obras de pavimentación que habrán de hacerse en cuanto a verificar de un lado, el estado en que se encuentren las acometidas según el art 20 del Decreto 302 de 2000 y de otro, en caso de constatarse su mal estado, el de adelantar ante los suscriptores el pago de los costos de reparación y reposición de las mismas lo anterior aprovechando las obras de pavimentación que habrán de hacerse".

Como sustento de sus decisiones, analizó el alcance de los derechos colectivos invocados, para posteriormente señalar que, quedaron probadas las malas condiciones de la vía pública objeto de controversia y cómo estas repercuten en dichas garantías colectivas. En ese sentido, mencionó que no existen dudas sobre la naturaleza del bien objeto de controversia *"de uso público"*, razón por la cual con el fin de proteger los derechos invocados se hace necesario la realización de las obras de pavimentación.

Finalmente señaló que, si bien el municipio de Anserma es el la entidad pública que ha vulnerado los derechos colectivos objeto protección y por ende, la llamada a realizar las obras señaladas, esto no es óbice para que se disponga que la E.S.P. Empocaldas S.A., como prestadora de servicios públicos de acueducto y alcantarillado en el municipio, deba concurrir para verificar el estado de las redes de acometida de dichos servicios, *"aprovechando"* las obras de pavimentación que habrán de realizarse.

1.6. Impugnación del fallo

La E.S.P. Empocaldas S.A. (fls. 171-173, cdo. 1), indicó que, el fallo vulnera la normativa legal pertinente al imponerle obligaciones atinentes a la protección de los derechos colectivos vulnerados por el ente territorial, a pesar de señalar en forma expresa que la vinculada no tuvo participación alguna en dicha vulneración.

Agrega que, con la contestación a la demanda se aportó informe técnico en el cual se concluye que en la visita realizada a la vía objeto de controversia se pudo constatar que no existe daño o mal funcionamiento alguno en las redes de acueducto y alcantarillado allí ubicadas.

En tal sentido, solicita que se revoque el ordinal tercero del fallo de primera instancia en tanto requirió a la E.S.P. para concurrir con el Municipio de Anserma (Caldas) en las obras de pavimentación que habrán de realizarse.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

¿Debe revocarse la orden impartida por la sentencia de primera instancia al requerir a la E.S.P. Empocaldas S.A. a concurrir -verificando el estado de las redes de acometida

de acueducto y alcantarillado- con el Municipio de Anserma (Caldas) en las obras de pavimentación que habrán de realizarse?

Para efectos de resolver el cuestionamiento planteado se analizará: i) La naturaleza, finalidad y procedencia de las acciones populares; ii) El alcance de la facultad del Juez constitucional para la emisión de órdenes tendientes a la protección de derechos colectivos y iii) su relación con las órdenes que fueron emitidas por el *a quo*.

2.2. Naturaleza, finalidad y procedencia de las acciones populares

La acción popular fue instituida en el artículo 88 inciso 1º de la Constitución Política en los siguientes términos: *“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella...”*.

Dicho precepto constitucional fue desarrollado por la Ley 472 de 1998, disponiendo en su artículo 2º inciso 2º respecto a las acciones populares que: *“...[S]e ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”*

En tal sentido, se tiene que el medio de control aquí desplegado procede contra toda acción u omisión de las autoridades o de los particulares que vulnere o amenace transgredir los derechos e intereses colectivos (art. 9º *ibidem*), pudiéndose instaurar la respectiva demanda en el tiempo que subsista la amenaza o el peligro de tales derechos o intereses (art. 11 *ídem*), bien a iniciativa de las personas naturales o jurídicas, o de las organizaciones, entidades o autoridades a que alude el precepto 12 de la citada Ley 472/98.

Sobre los criterios para su procedencia el H. Consejo de Estado ha señalado tres aspectos necesarios que deben ser acreditados en cada asunto particular: (i) *Una acción u omisión de la parte demandada.* (ii) *Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana.* (iii) *La relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses. Dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.”*¹

Aunado a lo anterior, el artículo 4º de la ley 472 de 1998 enlista los derechos que pueden ser objeto de amparo mediante el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, frente a lo cual cabe recalcar que si bien la parte actora no realizó en la demanda un claro señalamiento sobre cuáles de los derechos allí contenidos considera objeto de vulneración, la Sala de conformidad con los hechos y pretensiones del escrito introductor considera pertinente ceñir el análisis a las garantías colectivas contenidas en los literales g), h) y j) de dicho canon normativo referentes a la seguridad y salubridad pública, el acceso

¹ Sección Primera, 15 de diciembre de 2016, Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00084-01(AP).

a una infraestructura de servicios que garantice lo anterior, y el acceso a los servicios públicos en condiciones de eficiencia y oportunidad.

De otra parte, tratándose del alcance de las órdenes impartidas en una sentencia donde lo discutido es la protección de los derechos e intereses colectivos, el Consejo de Estado ha señalado²:

"Es de recordarse que las órdenes emanadas del juez popular no obedecen a su capricho, sino a que con su oportuno cumplimiento se protejan los derechos colectivos que se encuentran amenazados o conculcados, siendo esta la única finalidad de esta acción constitucional, pues esta corporación ha sido clara en precisar que compete al juez popular impartir las ordenes adecuadas con el fin de proteger los derechos colectivos vulnerados.

"(...) Conviene recordar que en tratándose de acciones constitucionales como la presente, al fallador le compete proferir la orden que dentro de la razonabilidad fáctica, probatoria, constitucional y legal, resulte adecuada para proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado (art. 34 Ley 472 de 1998), lo que en modo alguno le impone la obligación invariable de proferir la propuesta por el demandante, aunque pueden resultar semejantes". (Resaltado fuera de texto)

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia T-443 de 2013³, al referirse a los poderes del juez popular, consideró:

"En efecto, se debe tener en cuenta que las acciones populares poseen una estructura especial que las diferencias de los demás procesos litigiosos, en cuanto son un mecanismo de protección de los derechos colectivos, radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero de los que al mismo tiempo son titulares cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial.

En consecuencia, como director del proceso, el juez puede conminar, exhortar, recomendar o prevenir, a fin de evitar una eventual vulneración o poner fin a una afectación actual de los derechos colectivos que se pretenden proteger, sin que tal decisión constituya un capricho del juez constitucional.⁴Es así como, un elemento esencial de las acciones populares es el carácter oficioso con que debe actuar el juez, sus amplios poderes y con miras a la defensa de los derechos colectivos.

Así, se ha establecido⁵ que es propio del juez de acción popular quien debe amparar los

² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 16 de marzo de 2012. Radicación 88001-23-31-000-2010-00071 01. Actor: Jaime Miguel Torres Padilla.

³ Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ Cita de cita: Al respecto, ver: CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Auto de 5 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Exp: (AP) 25000-23-24-000-2003-00238-01.

⁵ Cita de cita: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 9 de agosto de 2012. Consejero ponente (E): Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00472-01(AP). En aquella oportunidad se presentó acción popular y se solicitó la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público, el derecho a la seguridad y la prevención de desastres previsibles técnicamente, los cuales se estiman

derechos yendo incluso más allá de lo pedido por el actor, pues el fin último de este mecanismo no es proteger al demandante, sino resguardar a la comunidad que resulta afectada; debe recordarse que el titular de los derechos colectivos es toda la colectividad, y que tales derechos guardan una relación estrecha con otros derechos como la vida y la salud respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental. Por tal motivo el juez de la acción popular, como garante de los derechos constitucionales colectivos puede, cuando resulte necesario, proferir fallos ultra y extra petita. Por ejemplo, como ha resaltado Consejo de Estado, (...) es viable que se tengan en cuenta hechos distintos a los que aparecen en la demanda, siempre que la conducta que se persiga sea la misma que la parte actora indicó como trasgresora en la demanda. En ese orden de ideas, la sentencia debe ser coherente con la conducta vulneradora imputada en el escrito de la demanda⁶.

En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el juez de acción popular, al declarar la vulneración de los derechos colectivos y protegerlos, puede ordenar remedios que excedan las pretensiones presentadas por el actor popular en la demanda siempre que resulte necesario. En este sentido, en razón a la obligación positiva en cabeza del juez de proteger los derechos colectivos, si en curso del proceso se encuentra probada una circunstancia que vulnera los derechos colectivos y que no fue alegada por el demandante, el juez está facultado para proferir fallos ultra petita y extra petita...". (Resaltado fuera de texto)

En este orden de ideas, el Juez en sede popular cuenta con la facultad para impartir órdenes a fin de lograr la efectiva protección de los derechos colectivos invocados, pero bajo criterios de razonabilidad fáctica, probatoria, constitucional y legal, como se reseñó en acápite anteriores.

2.3. Caso concreto.

Sea lo primero advertir, que en el presente asunto no es asunto de apelación lo referente a la existencia o no de vulneración a los derechos colectivos objeto de la sentencia de primera instancia, razón por la cual la Sala no efectuará análisis sobre el particular, limitándose al análisis de la oposición planteada por Empocaldas S.A. E.S.P. específicamente en lo que a la orden impartida en el numeral tercero de la sentencia recurrida.

Ahora bien, con el fin de descender a las particularidades del objeto de alzada, resulta necesario recordar que el único punto de controversia en el *sub lite* hace referencia a la inconformidad planteada por Empocaldas frente al ordinal tercero de la sentencia emitida por el *A quo*, el cual cabe rememorar señaló:

vulnerados como quiera que la alcantarilla ubicada en el Km 138 + 002 de la vía Guamo-Espinal no cuenta con las medidas de seguridad necesarias y exigidas por la ley.

⁶ Cita de cita: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Agosto 9 de 2012. Consejero ponente (E): Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 73001-23-31-000-2010- 00472-01 (A P).

*“**TERCERO: REQUERIR** a EMPOCALDAS S.A. E.S.P. para que conforme a sus competencias en materia de servicios públicos domiciliarios, concorra con el Municipio de Anserma (Caldas) en las obras de pavimentación que habrán de hacerse en cuanto a verificar de un lado, el estado en que se encuentren las acometidas según el art 20 del Decreto 302 de 2000 y de otro, en caso de constatarse su mal estado, el de adelantar ante los suscriptores el pago de los costos de reparación y reposición de las mismas lo anterior aprovechando las obras de pavimentación que habrán de hacerse”.*

Sobre este asunto, resulta necesario señalar que, no resulta de recibo la oposición planteada por dicha E.S.P., al argüir que la sentencia objeto de alza no le podía imponer este tipo de requerimientos por haber determinado que no era la causante de la vulneración a los derechos colectivos, pues como se advirtió en el acápite anterior, las facultades del Juez Constitucional en materia de protección de derechos colectivos pueden extenderse no solo a la emisión de órdenes que atiendan a la situación inmediata que dio lugar al correspondiente medio de control, sino que también pueden precaver *“conminar, exhortar, recomendar o prevenir, a fin de evitar una eventual vulneración... sin que tal decisión constituya un capricho del juez constitucional”.*

En esta línea de intelección, la Sala no observa que el *a quo* haya impuesto un requerimiento improcedente o ajeno a las funciones propias de la E.S.P. Empocaldas S.A., el cual por demás se torna coherente con la finalidad de la protección de derechos colectivos que fue el eje central de la decisión adoptada, pues es apenas lógico que el momento idóneo para verificar el adecuado estado de las redes de acueducto y alcantarillado de la zona objeto de intervención sea el momento coetáneo a la ejecución de las labores de pavimentación que habrán de hacerse en la calle 28 entre carreras 3 y 4 del barrio los sauces del municipio de Anserma - Caldas con ocasión de la orden impartida al ente territorial.

Así, el requerimiento impartido a la E.S.P. Empocaldas se vislumbra coherente con los derechos colectivos objeto de protección, pues con el mismo se logra evitar que las obras de pavimentación a ser efectuadas por el municipio de Anserma se tornen inanes para resolver el escenario que dio lugar al presente medio de control, por la existencia de eventuales daños, afectaciones o mal funcionamientos de las redes de acueducto y alcantarillado, que puedan evitar que la protección de garantías colectivas perseguidas con en la sentencia objeto de alza sea definitiva.

Cabe destacar que lo dispuesto en el ordinal tercero de la sentencia recurrida no se erige como una carga excesiva, desproporcionada a las funciones propias de la E.S.P. Empocaldas, quien debe velar por que las redes de acueducto y alcantarillado se encuentre en óptimas condiciones, lo cual precisamente podrá comprobar sin mayores traumatismos al momento en que se ejecuten las obras de pavimentación ordenadas.

En tal sentido, basta ver como el recurso de apelación propuesto por la E.S.P. Empocaldas no controvierte por modo alguno el hecho de que las funciones señaladas

sean propias a la referida empresa de servicios públicos, sino que se limita a argüir que por no haberse determinado una vulneración de derechos colectivos en cabeza de la entidad no pueden impartirse órdenes a su cargo, sin embargo, como se vio en procedencia tal consideración no se acompasa con las facultades del Juez constitucional en el marco de la protección de derechos colectivos.

Coralario, al hallarse respuesta negativa al problema jurídico planteado se confirmará la sentencia recurrida.

2.6. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 03 de febrero de 2020 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

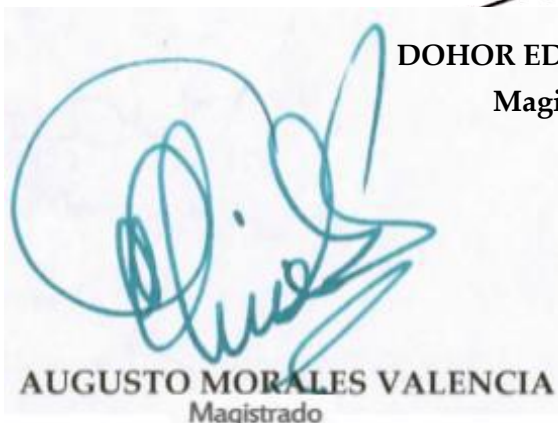
TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Ordinaria No. 056 de 2020.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020).

A.I. 294

Radicado: 17-001-23-33-000-2013-00258-00
Naturaleza: Ejecutivo a Continuación
Demandante: Diana Carolina Zuluaga Varón, María Marulanda López
y Laura Marulanda López
Demandados: Colpensiones E.I.C.E.

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir sobre la viabilidad de librar mandamiento de pago

2. ANTECEDENTES

Mediante sentencia proferida el 25 de mayo de 2015 dentro del presente asunto en su etapa primigenia de nulidad y restablecimiento del derecho, este Tribunal ordenó a la entidad accionada:

“...reliquidar y pagar la pensión del señor Tulio Marulanda Mejía en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado por este en el último año de servicios, esto es, la asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, gastos representación prima técnica, prima de servicios, prima de servicios LCT, prima de vacaciones, prima de vacaciones LCT, gastos de representación prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, gastos representación bonificación por servicios prestados, prima de navidad y prima de navidad LCT.

La reliquidación pensional se hará efectiva a partir del día siguiente al retiro del servicio público del demandante (1° de marzo de 2008). Pero el pago de las diferencias pensionales se efectuará a partir del 1° de febrero de 2009 por prescripción trienal.

...

No se efectuará pago de las diferencias pensionales durante el periodo en el cual se suspendió el pago de la pensión de jubilación del demandante, esto es, entre el 1° de enero de 2012 y el 31 de mayo de 2013...”.

La parte actora con la demanda ejecutiva solicita se libre mandamiento de pago a su favor y contra Colpensiones E.I.C.E. al considerar que el monto de la mesada pensional de conformidad con la inclusión de factores salariales ordenada en la

sentencia debe ascender a la suma de \$5.441.122 efectiva a partir del 1 de marzo de 2008.

Refiere que, Colpensiones mediante Resolución GNR 184844 de 2016 pretendió dar cumplimiento a la sentencia, reliquidando el monto de la referida prestación a la suma de \$5.108.790 -valor año 2009-, por lo cual existen valores adeudados entre la suma que reconoció la ejecutada y la que debió reconocer en razón de la orden impartida en la sentencia, tanto por concepto de capital indexado a la fecha de ejecutoria de la sentencia, como por capital e intereses con posterioridad a esta con ocasión de las sumas causadas hasta la fecha.

Finalmente señala que, el señor Tulio Marulanda Mejía falleció el 15 de junio de 2015, por lo que en el presente asunto fungen como ejecutantes Diana Carolina Zuluaga Varón, María Marulanda López y Laura Marulanda López en calidad de herederas y adicionalmente, la primera de ellas como beneficiaria en sustitución de la prestación pensional reconocida en vida a dicho causante¹.

3. CONSIDERACIONES

3.1. COMPETENCIA.

Con fundamento en los artículos 104 (numeral 6) y 156 (numeral 9) del Código de lo Contencioso Administrativo (C/CA), este Tribunal es competente para conocer sobre la demanda ejecutiva ya identificada, al haber emitido la sentencia judicial arribada como título ejecutivo.

3.2. TÍTULO EJECUTIVO.

La Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA), en su Título IX², artículo 297, consagra en su numeral 1 que *“para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo... Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias (...)”*.

Entretanto, el artículo 422 del Código General del Proceso (CGP), aplicable en virtud de la remisión de que trata el canon 306 de la Ley 1437 de 2011, prevé las condiciones esenciales que ha de contener un documento (o varios, según el caso) para hacerlo valer como título ejecutivo, al indicar que pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones claras, expresas y exigibles que consten en documento idóneo:

¹ Calidades de las que aportaron como prueba copia de la escritura pública que reconoció los derechos sucesorales de aquellas y copia de la resolución No. GNR 184844 de 2016 mediante la cual reconoció la sustitución pensional.

² Relativo al ‘PROCESO EJECUTIVO’.

“Artículo 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.” (Subraya la Sala)

Al respecto el H. Consejo de Estado ha expresado que:

“...[S]egún lo previsto en el artículo 422 del Código General del Proceso, para poder considerar como títulos ejecutivos los documentos aportados con la demanda es necesario que reúnan las condiciones de forma y fondo que para tal efecto establece dicha disposición normativa.

Con respecto a las condiciones de forma, la Corporación ha señalado que existe título ejecutivo cuando los documentos que conforman una unidad jurídica son auténticos, emanan del deudor o de su causante o de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia o, de un acto administrativo en firme³.

(...)

Ahora bien, en lo atinente a las condiciones de fondo requeridas, se ha indicado que un documento presta mérito ejecutivo siempre y cuando contenga una obligación clara, expresa y exigible a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado y, en el caso de obligaciones pagaderas en dinero, que sean líquidas o liquidables por simple operación aritmética.

(...)

En relación con las mencionadas condiciones que deben revestir las obligaciones susceptibles de ser exigidas ejecutivamente, ha señalado la Corporación lo siguiente:

*“... por **expresa** debe entenderse cuando la obligación aparece manifiesta en la redacción misma del título, es decir que en el documento (s) que contiene la obligación debe constar en forma nítida el ‘crédito – deuda’ sin que para ello haya que acudir a elucubraciones o suposiciones; por ello, como lo ha dicho la doctrina procesal colombiana, ‘Faltará este requisito cuando se pretenda deducir la obligación por razonamientos lógico jurídicos, considerándola una consecuencia implícita o una interpretación personal indirecta’.*

*Otra de las cualidades necesarias para que una obligación contractual sea ejecutable es la **claridad**, lo que significa que debe ser fácilmente inteligible y entenderse en un solo sentido. La última cualidad para que la obligación sea ejecutable es la de que sea **exigible** lo que se traduce en que puede demandarse su cumplimiento por no estar*

³ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de enero de 2007, Exp: 85001-23-31-000-2005-00291-01(31825). M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

pendiente de un plazo o una condición...⁴...⁵ (Negrillas de la cita de cita son originales. Demás resaltado y subrayas son de la Sala).

En el presente asunto, la parte accionante allega como título de recaudo ejecutivo, los siguientes documentos:

(i) Copia auténtica de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 25 de mayo de 2015 en el proceso radicado 2013-00258-00, providencia que cuenta con su respectiva constancia de haber quedado ejecutoriada el 10 de junio de 2015 (fls. 7-23).

(ii) Copia de las resoluciones GNR 356592 de 2014, VPB 36528 de 2015 y GNR 184844 de 2016 por medio de la cuales la entidad demandadas aumento el monto de la mesada pensional recibida por el actor, última de ellas en la que manifiesta dar cumplimiento a la sentencia previamente referida (fls. 32-49).

(iii) Copia de la solicitud de cumplimiento a la sentencia radicada por la parte actora el 24 de junio de 2016 (fls. 81-82).

(iii) Igualmente fueron aportados por la parte ejecutante, constancia de salarios que acredita los conceptos y valores percibidos por el señor Tulio Marulanda Mejía durante su último año de servicios.

En este orden, a juicio de esta célula judicial, los documentos relacionados cumplen con lo dispuesto por el artículo 422 del Código General del Proceso, siendo pertinente abordar la existencia o no de los valores que la parte actora deprecia con ocasión del título ejecutivo.

3.2. MANDAMIENTO DE PAGO.

A efectos de determinar la viabilidad de librar el mandamiento de pago deprecado, debe advertirse en primera medida que en virtud de la sentencia emitida por este Tribunal, tantas veces aludida, se dispuso que Colpensiones reconociera una pensión de jubilación al señor Tulio Marulanda Mejía sobre el promedio de lo devengado durante el último año de servicios, incluyendo en dicho promedio los factores devengados denominados *“asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, gastos representación prima técnica, prima de servicios, prima de servicios LCT, prima de vacaciones, prima de vacaciones LCT, gastos de representación prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, gastos representación bonificación por servicios prestados, prima de navidad y prima de navidad LCT”*; valores económicos que generarían intereses en los términos del artículo 192 del CPACA.

⁴ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de septiembre de 2004, Exp: 05001-23-31-000-2003-2114-01(26723). M.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁵ H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 9 de marzo de 2016, Exp. Interno 54426. M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

Arguye entonces la ejecutante que, Colpensiones no ha dado estricto cumplimiento al pluricitado fallo, por cuanto, conforme a la liquidación que aporta, la mesada pensional debió ser liquidada en \$5.441.122 -valor año 2008-, empero, la entidad accionada la liquidó en \$5.108.790 -valor año 2009-.

A efectos de determinar la existencia o no de los créditos por los cuales se deprecia el mandamiento de pago, resulta necesario determinar el monto por el cual debió ser liquidada la pensión de jubilación del señor Tulio Marulanda Mejía, atendiendo a los términos de la sentencia judicial base de recaudo:

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL DEL SEÑOR TULIO MARULANDA MEJÍA (fl. 31)		
FACTORES A INCLUIR (CERTIFICADO DE SALARIOS, FL. 58, C.1)	TOTAL ULTIMO AÑO (Marzo/2011 a febrero/2012) (Retiro Serv. 28 de feb de 2010)	PROMEDIO ANUAL (DOCEAVA)
Sueldo	\$ 40.026.926	\$ 3.335.577
Gastos De Representación	\$ 5.627.631	\$ 468.969
Prima Técnica	\$ 21.103.416	\$ 1.758.618
G. repre. Prima Técnica	\$ 392.482	\$ 32.707
Prima Servicios	\$ 5.640.845	\$ 470.070
Prima Servicios LCT	\$ 3.362.726	\$ 280.227
Prima Vacaciones	\$ 3.357.508	\$ 279.792
Prima Vacaciones LCT	\$ 153.773	\$ 12.814
G. repre. Prima Vacaciones	\$ 19.168	\$ 1.597
Bonif. x Serv. Prestados	\$ 34.630	\$ 2.886
G. repre. Bonif. x Serv. Prestados	\$ 34.630	\$ 2.886
Prima Navidad	\$ 6.390.708	\$ 532.559
Prima Navidad LCT	\$ 913.501	\$ 76.125
	TOTAL I.B.L.	\$ 7.254.829
	MESADA PENSIONAL (75% I.B.L.)	\$ 5.441.122

En este orden, atendiendo a la cifra obtenida y a las reclamaciones efectuadas, se librará el mandamiento de pago deprecado, por las sumas solicitadas por la parte actora referentes a las diferencias entre la referida mesada pensional y la que fue liquidada por Colpensiones, así como por los valores correspondientes a la indexación e intereses generados.

Cabe advertir que el mandamiento de pago se librará discriminando los valores generados a favor de las demandantes como herederas del señor Tulio Marulanda Mejía valores causados con anterioridad al fallecimiento del causante -15 de junio de 2015- y de otra parte las sumas causadas a favor de la señora Diana Carolina Zuluaga

Varón como beneficiaria en sustitución de la prestación pensional objeto de reliquidación a partir de la referida data.

3.3. Medidas Cautelares.

Al impetrar la demanda ejecutiva la parte ejecutante solicitó *“como medida cautelar el embargo de los depósitos que a cualquier título posea la entidad demandada, la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES (Nit. # 900.336.004-7) en el banco Davivienda y Bancolombia la ciudad de Manizales, en la cuantía que limite el embargo y que garantice el pago de la obligación.”*

De acuerdo con el artículo 83 del C.G.P. cuando se soliciten medidas cautelares, deberá determinarse los bienes objeto de ella, empero, revisada la solicitud se denomina de manera general las entidades bancarias en las cuales la entidad ejecutada podía tener cuentas de ahorro o corrientes. Al respecto el H. Consejo de Estado⁶ indicó:

“Advierte la sala que, sobre embargo de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, no establecen que para la procedencia de la medida cautelar, el solicitante deba suministrar la información que el a quo señala. Para la sala, nada impide que para dar cumplimiento a la medida cautelar que se solicite en ese sentido, el a quo oficie a las diferentes entidades bancarias con el fin de que cada una de ellas proceda al embargo, si el ejecutado posee allí cuentas bancarias, o comunicarle al tribunal la imposibilidad de practicarlo, por inexistencia de la cuenta, ya que resulta “imposible pretender que el solicitante tenga un conocimiento preciso y detallado de las cuentas en que están depositados los dineros del ejecutado, así como su identificación numérica”.

Corolario del antecedente jurisprudencial expuesto resulta dable estudiar la solicitud de medidas cautelares realizada por la parte ejecutante en los términos planteados en el escrito introductor.

Ahora bien, el artículo 599 del C.G.P. referente a las medidas de embargo y secuestro en los asuntos ejecutivos, señala que el demandante puede pedir las desde la presentación de la demanda. Al efecto, dicho artículo prescribe:

“Artículo 599. Embargo y secuestro.

Desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado.

Cuando se ejecute por obligaciones de una persona fallecida, antes de liquidarse la sucesión, sólo podrán embargarse y secuestrarse bienes del causante.

⁶ Sección Tercera, Providencia del 17 de junio de 2004, Consejero Ricardo Hoyos Duque. Rad.: 25000-23-25-000-1997-4432-02(25809).

El juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad.

En el momento de practicar el secuestro el juez deberá de oficio limitarlo en la forma indicada en el inciso anterior, si el valor de los bienes excede ostensiblemente del límite mencionado, o aparece de las facturas de compra, libros de contabilidad, certificados de catastro o recibos de pago de impuesto predial, o de otros documentos oficiales, siempre que se le exhiban tales pruebas en la diligencia.

En los procesos ejecutivos, el ejecutado que proponga excepciones de mérito o el tercer afectado con la medida cautelar, podrán solicitarle al juez que ordene al ejecutante prestar caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución para responder por los perjuicios que se causen con su práctica, so pena de levantamiento. La caución deberá prestarse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del auto que la ordene. Contra la providencia anterior, no procede recurso de apelación. Para establecer el monto de la caución, el juez deberá tener en cuenta la clase de bienes sobre los que recae la medida cautelar practicada y la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito.

La caución a que se refiere el artículo anterior no procede cuando el ejecutante sea una entidad financiera o vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o una entidad de derecho público.

Cuando se trate de caución expedida por compañía de seguros, su efectividad podrá reclamarse también por el asegurado o beneficiario directamente ante la aseguradora, de acuerdo con las normas del Código de Comercio.

Parágrafo. El ejecutado podrá solicitar que, de la relación de bienes de su propiedad e ingresos, el juez ordene el embargo y secuestro de los que señale con el fin de evitar que se embarguen otros, salvo cuando el embargo se funde en garantía real. El juez, previo traslado al ejecutante por dos (2) días, accederá a la solicitud siempre que sean suficientes, con sujeción a los criterios establecidos en los dos incisos anteriores."

El marco normativo y jurisprudencial relacionado permite concluir la viabilidad de acceder a la medida cautelar deprecada por la parte ejecutante, sin embargo, con relación a la limitación del embargo, se debe advertir que dado que el mandamiento de pago se proferirá por la suma solicitada por la parte actora de \$275.906.508 y teniendo en cuenta que el valor del embargo no podrá exceder del doble del valor del crédito, los intereses y las costas prudencialmente calculadas, la medida cautelar de embargo será decretada limitando la misma a la suma de \$350.000.000.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de

Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: **LÍBRASE mandamiento de pago** a favor de los ejecutantes por la obligación de hacer referente a **reliquidar** la pensión de jubilación reconocida al señor Tulio Marulanda Mejía en un valor de mesada pensional correspondiente \$5.441.122, valor efectivo a 1º de marzo del año 2008.

SEGUNDO: **LÍBRASE mandamiento de pago** a favor de la señora **Diana Carolina Zuluaga Varón** por los siguientes conceptos:

1. \$ 22.217.184,57 correspondiente a las diferencias adeudas entre el 1º de febrero de 2009 y el 15 de junio de 2015 -valor indexado-.
2. \$ 748.047,32 correspondiente a los intereses moratorios calculados a una tasa equivalente al DTF para los primeros diez meses posteriores a la ejecutoria del fallo.
3. \$ 24.153.633 correspondiente a los intereses moratorios calculados a la tasa comercial corriente.
4. \$ 1.453.314,27 correspondiente a costas procesales.
5. \$ 71.678.731,30 por concepto de las diferencias adeudas desde el 16 de junio de 2015 hasta el 03 de diciembre de 2020.
6. \$ 58.525.887,80 correspondiente a los intereses moratorios calculados a la tasa comercial corriente.
7. Por las sumas correspondiente a la diferencia entre la mesada pensional reconocida y pagada actualmente a la señora Diana Carolina Zuluaga Varón y la mesada pensional correspondiente al valor señalado en el numeral No. 1, por cada una de las mesadas pensionales causadas a partir del 04 de diciembre de 2020 y hasta la fecha de pago total de la obligación.
8. Por los intereses moratorios causados sobre el total de los valores adeudados por concepto de capital a partir del 04 de diciembre de 2020 y hasta la fecha de pago total de la obligación.

TERCERO: **LÍBRASE mandamiento de pago** a favor de la señora **María Marulanda López** por los siguientes conceptos:

1. \$ 22.210.520,75 correspondiente a las diferencias adeudas entre el 1º de febrero de 2009 y el 15 de junio de 2015 -valor indexado-.

2. \$ 747.822,95 correspondiente a los intereses moratorios calculados a una tasa equivalente al DTF para los primeros diez meses posteriores a la ejecutoria del fallo.
3. \$ 24.153.633 correspondiente a los intereses moratorios calculados a la tasa comercial corriente.
4. \$ 1.452.878,36 correspondiente a costas procesales.
5. Por los intereses moratorios causados sobre el total de los valores adeudados por concepto de capital a partir del 04 de diciembre de 2020 y hasta la fecha de pago total de la obligación.

CUARTO: LÍBRASE mandamiento de pago a favor de la señora **Laura Marulanda López** por los siguientes conceptos:

1. \$ 22.210.520,75 correspondiente a las diferencias adeudadas entre el 1° de febrero de 2009 y el 15 de junio de 2015 -valor indexado-.
2. \$ 747.822,95 correspondiente a los intereses moratorios calculados a una tasa equivalente al DTF para los primeros diez meses posteriores a la ejecutoria del fallo.
3. \$ 24.153.633 correspondiente a los intereses moratorios calculados a la tasa comercial corriente.
4. \$ 1.452.878,36 correspondiente a costas procesales.
5. Por los intereses moratorios causados sobre el total de los valores adeudados por concepto de capital a partir del 04 de diciembre de 2020 y hasta la fecha de pago total de la obligación.

QUINTO: NOTIFÍQUESE al representante legal de la entidad demandada o a quien éste haya delegado la facultad de recibir notificaciones, al agente del Ministerio Público Delegado ante este Despacho y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 198 y 199 de la ley 1437 de 2011, en aplicación de lo dispuesto por el Decreto 806 de 2020 para la notificación por medios electrónicos; haciéndosele saber a la entidad demandada que dispone del término de cinco (5) días para pagar o el de diez (10) días para excepcionar (art. 431 CGP), así como del correspondiente término de ley para la interposición de recursos en contra del presente proveído.

SEXTO: DECRÉTASE como medida cautelar el embargo de los dineros que posea la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones E.I.C.E. -Nit. # 900.336.004-

7- en el banco Davivienda y Bancolombia la ciudad de Manizales en depósitos que no ostenten la calidad de inembargables.

SÉPTIMO: LIMÍTASE la medida cautelar a la suma de Trescientos Cincuenta Millones de Pesos (\$350.000.000).

OCTAVO: LÍBRENSE los oficios respectivos dirigidos a las entidades bancarias señaladas en el ordinal sexto, solicitando la práctica de la medida cautelar decretada y su respectiva comunicación al despacho, con la clara advertencia de abstenerse de practicar la medida cautelar en caso de que los dineros tengan la calidad de inembargables.

NOVENO: RECONÓCESE personería para actuar en nombre y representación de la parte demandante a la abogada Luisa Fernanda Giraldo Rojas, identificada con Tarjeta Profesional N° 158.145 del C. S de la J, en los términos y para los fines del poder conferido, obrante a folios 70-71 del cuaderno ejecutivo.

A su vez, **RECONÓCESE** personería para actuar en nombre y representación de la parte demandante al abogado Freddy Mauricio Giraldo Metrillo, identificado con Tarjeta Profesional N° 156.103 del C. S de la J, en los términos de la sustitución al poder a él otorgada, obrante a folio 72 del cuaderno ejecutivo.

Notifíquese

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Ordinaria No. 056 de 2020.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCI
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, dieciocho (18) de diciembre del año dos mil veinte (2020)

A.I.: 295

Radicado: 17001-23-33-000-2019-00549-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Lesividad)
Demandante: Alejandro Jaramillo Arenas y otros
Demandado: Municipio de Manizales
Vinculada: Nación-Ministerio de Educación-Fomag

I. Asunto.

Procede la Sala de conformidad con lo establecido el artículo 12 de Decreto 806 de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, a resolver las excepciones previas formuladas por la entidad accionada - municipio de Salamina.

II. Antecedentes.

la parte demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo ficto proveniente de la petición del 5 de mayo de 2019, elevada a la Secretaría de Educación de Manizales, para obtener el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados y la reliquidación de la prima de navidad, vacaciones, pedagógica, cesantías, sobresueldos, producto de su reconocimiento al ser factor salarial para estas prestaciones.

Una vez admitida la demanda, se corrió traslado de la demanda a los sujetos procesales.

1. El municipio de Manizales a través de memorial radicado el 17 de febrero de 2020 propuso las excepciones de:

- **Caducidad de la acción:** con fundamento el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A. (sic), señaló que el demandante afirma que la solicitud del 5 de febrero de 2019 no tuvo respuesta, lo cual es falso, ya que se dio respuesta el 25 de febrero de 2019, *transcurriendo así más de 4 meses* (sic).

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Sostuvo en síntesis que, en caso de condena, el pago le correspondería realizarlo al Ministerio de Educación, por cual solicitó que sea desvinculado del proceso.

2. La Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag: a través de memorial radicado el 28 de noviembre de 2020, contestó oportunamente y propuso las siguientes excepciones previas:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** sostuvo que, no expidió el acto administrativo demandado, que no ha tenido injerencia en los hechos que generó la demanda, ni en los trámites administrativos para el reconocimiento y pago de obligaciones, por lo cual se desprende que en la eventual condena, la llamada a responder es la Secretaría de Educación de Manizales.

- **Prescripción:** Señaló que de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, en el presente caso operó la prescripción trienal de las mesadas.

La Secretaría de esta Corporación corrió traslado de las excepciones previas al demandante, quien se pronunció mediante escrito allegado el 30 de noviembre del año en curso, así:

- Frente a la excepción de *falta de legitimación por pasiva* indicó que, las entidades pretenden desconocer las obligaciones adquiridas por la ley al momento de haber recibido el manejo autónomo de la educación por la Ley 60 de 1993, teniendo en cuenta que el municipio de Manizales es la entidad nominadora, por lo tanto, para trasladar al personal no requiere de autorización de la Nación, sin embargo, para el pago de prestaciones sociales, el Ministerio de Educación es la que debe responder.

- Frente a la excepción de *prescripción* manifestó que, la bonificación debe ajustarse con base al IPC y con tres años de anterioridad al momento de haber solicitado su reconocimiento.

III. Consideraciones

3.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Respecto de la legitimación por pasiva debe diferenciarse la legitimación formal o de hecho -de la material o de fondo- como aquella relación procesal que establece el demandante al señalar como destinatario de su pretensión a la parte llamada por pasiva, es decir al atribuirle una conducta que en su parecer le hace responsable fáctica o jurídicamente de atender sus pedimentos.

En este orden de ideas, estima la Sala que, tanto el municipio de Manizales como la Nación-Ministerio de Educación-Fomag, gozan de legitimación en la causa por pasiva -desde el aspecto formal-, al menos en este estadio de la controversia, pues como se observa del escrito de demanda y sus anexos, la petición base del acto ficto presunto del cual se depreca su nulidad, fue dirigido al municipio de Manizales; por otro lado, dicho ente territorial fue quien profirió el nombramiento como docente de la demandante y adicionalmente expidió uno de los actos demandados.

De otra parte, vistos los argumentos expuestos en los acápites correspondientes, se arriba a la conclusión que la misma no tiene la vocación de terminar anticipadamente el proceso, sino que, atienden directamente a la resolución del fondo del asunto, al plantarse desde la órbita de cuestionar y señalar la entidad

responsable del pago de las pretensiones esbozadas por la parte actora.

Así las cosas, se declarará no probada la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el municipio de Manizales y el Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el punto de vista formal, esto sin perjuicio de que se estudie su aspecto material en la sentencia que ponga fin a esta instancia

3.2. Caducidad.

Se advierten los siguientes aspectos respecto a lo argumentado por el municipio de Manizales:

- 1) Señaló como fundamento de la excepción el numeral 2 del artículo 136 de C.C.A., norma que para el momento en que se realizó la petición, esto es el 5 de febrero de 2019, ya se encontraba derogada, siendo aplicable la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA).
- 2) Ahora bien, sostiene el ente territorial que es falso que la petición del 5 de febrero de 2019 no obtuvo respuesta, toda vez que la entidad contestó mediante Oficio SEM-UAF-502 del 25 de febrero de 2019, documento del que se destaca:

“El sistema salarial correspondiente a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera sea su sector, denominación o régimen jurídico será establecido por el Gobierno Nacional cada año de acuerdo con lo establecido por el artículo cuarto de la Ley 4 de 1992 y el pago de los salarios y demás factores salariales que se cancela a los docentes están regidos por los Decretos 316, 317 y 319 de febrero de 2018.

En virtud a lo anterior este Despacho elevará consulta a la Oficina Jurídica del Ministerio de Educación nacional, para que se pronuncie al respecto.”¹

De lo anterior se desprende con meridiana claridad que, el oficio con el cual aduce el ente territorial dio respuesta a la petición de 5 de febrero de 2019, no satisface los elementos que debe tener la una respuesta clara, oportuna y de fondo, pues simplemente informó que realizaría una consulta; por lo tanto, no puede tenerse ese documento como la respuesta a la petición invocada.

- 3) De acuerdo con lo anterior, se tiene que el extremo demandante, acude al presente asunto, para solicitar que sea declarada la existencia del acto ficto negativo, proveniente de la petición elevada el 5 de febrero de 2019 a la Secretaría de Educación de Manizales, de tal suerte que, resulta aplicable el literal d) ordinal primero del artículo 164 del CPACA, el cual reza así:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

¹ Fls. 222 a 223 C1 A

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

d) *Se dirija contra actos producto del silencio administrativo;*”(Destaca la Sala)

De acuerdo con lo expuesto, se declarará no probada la excepción propuesta, toda vez que, la parte demandante podía presentar la demanda en cualquier tiempo, por ser aplicable la norma antes citada.

3.3. Prescripción.

Frente a esta excepción, al Sala no se pronunciará toda vez que, se trata de la prescripción trienal de las mesadas, por lo que no tiene la vocación de terminar anticipadamente el proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Declarar no probadas las excepciones de “Falta de legitimación en la causa por pasiva” -desde el aspecto formal- y “Caducidad del medio de control” formuladas por el municipio de Manizales y la Nación-Ministerio de Educación-Fomag.

Segundo: En firme esta providencia, continúese con el tramite del asunto.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 056 de 2020.

Notifíquese

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Ordinaria No. 056 de 2020.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**

Manizales, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020).

A.I. 293

RADICADO:	17-001-33-33-004-2020-00035-00
NATURALEZA:	Nulidad y Restablecimiento de Derecho
DEMANDANTE:	Andrés Felipe Henao Herrera
DEMANDADO:	Nación- Procuraduría General de la Nación

1. ASUNTO.

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir la declaración de impedimento manifestado por los Procuradores José Felipe Estrada Salazar y Alejandro Restrepo Carvajal.

2. ANTECEDENTES.

El Procurador Judicial Andrés Felipe Henao Herrera en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho demandó a la Procuraduría General de la Nación.

El presente asunto se contrae a determinar si la Procuraduría General de la Nación canceló o no la prima especial no salarial del 30% como Procurador Judicial Grado I, conforme lo establece la Ley 4° de 1992, bajo el entendido de que esta debe ser una prestación adicional al salario normalmente recibido por los Procuradores Judiciales y no como lo ha hecho la entidad demandada en los términos de los Decretos 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019, detrayendo dicho 30% de la remuneración básica mensual.

Por su parte, los Procuradores José Felipe Estrada Salazar y Alejandro Restrepo Carvajal delegados ante este Tribunal manifestaron encontrarse inmerso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1° del artículo 141 del C.G.P., indicando que actualmente en su calidad de Procuradores Judiciales devengan dicha prima especial del 30%, por lo que podrían contar con interés en el resultado de la presente litis.

3. CONSIDERACIONES

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento¹.

El artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 de la norma en cita que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula: “(...) Son causales de recusación las siguientes: 1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso. (...)”.

Por su parte, el artículo 133 del CPACA dispone que *“Las causales de recusación y de impedimento previstas en este Código para los Magistrados del Consejo de Estado, Magistrados de los Tribunales y jueces administrativos, también son aplicables a los agentes del Ministerio Público cuando actúen ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”*

Frente al caso concreto se tiene que, como lo señalan los Procuradores José Felipe Estrada Salazar y Alejandro Restrepo Carvajal estos son beneficiarios como funcionarios de la Procuraduría General de la Nación del pago de una prima especial sin naturaleza salarial, en idénticos términos a la percibida por el aquí demandante y que es objeto de discusión en el presente asunto.

Así las cosas, como lo ha señalado el H. Consejo de Estado la causal de impedimento incluida en el numeral 1° del artículo 141 del C.G.P. se configurará cuando exista un *“un interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política.”*²

En este orden de ideas, se aceptará el impedimento manifestado por los Procuradores José Felipe Estrada Salazar y Alejandro Restrepo Carvajal delegados ante este Tribunal, por lo cual en los términos del artículo 134 de la Ley 1437 de 2011 y considerando que la causal de impedimento señalada se hace extensible a todos los procuradores judiciales designados ante los Juzgados y Tribunales del país, se solicitará a la Procuraduría General de la Nación la designación del funcionario que reemplace al agente del ministerio público en este asunto.

¹ Consejo de Estado en sentencia de 27 de septiembre de 2012 Rad. 17001-33-31-004-2011-00142-01 (AP).

² Consejo de Estado en auto del 21 de abril de 2009 Rad. 11-001-03-25-000-2005-00012-01 (IMP).

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

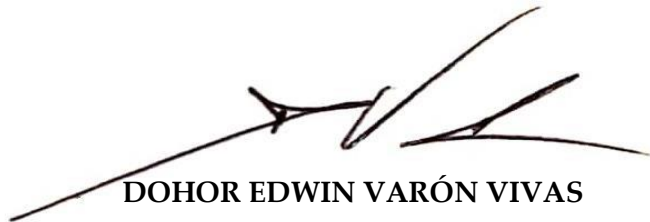
Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por los Procuradores José Felipe Estrada Salazar y Alejandro Restrepo Carvajal delegados ante este Tribunal para actuar como agentes del ministerio público dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado Andrés Felipe Henao Herrera contra Procuraduría General de la Nación.

Segundo: Comunicar por Secretaría de este Tribunal a la mayor brevedad, la presente decisión a los Procuradores José Felipe Estrada Salazar y Alejandro Restrepo Carvajal.

Tercero: Oficiar por Secretaría de este Tribunal a la Procuraduría General de la Nación para que proceda a la designación del funcionario que reemplace al agente del ministerio público en este asunto.

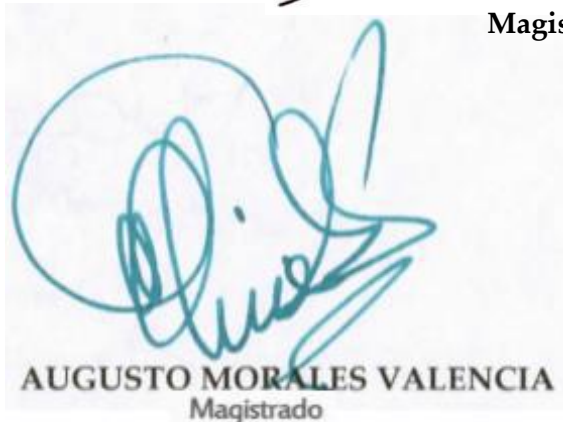
Notifíquese

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Ordinaria No. 056 de 2020.

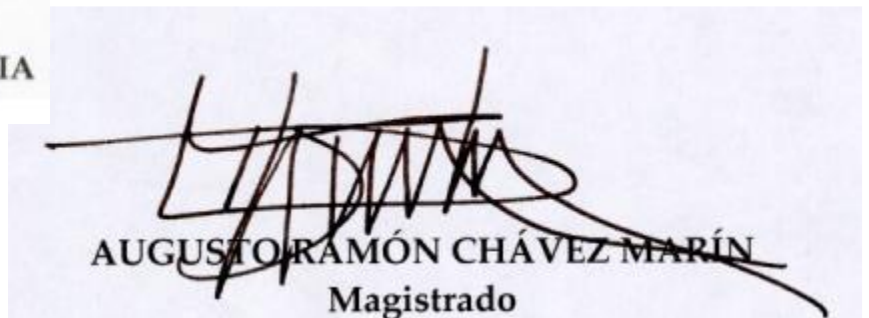


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicado.	17-001-33-33-001-2015-00430-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Alicia del Socorro Correa Serna
Demandado:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP
Providencia:	Sentencia No. 132

Asunto

Decide la Sala Segunda de Decisión, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, el 10 de octubre de 2017, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

“DECLARACIONES.

1. Declarar la Nulidad de la Resolución No. RDP 003735 del 29 DE ENERO DE 2013, proferida por Luz Marina Parada Ballén en su calidad de Subdirectora de determinación pensional de derechos pensionales de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P. - mediante el (sic) cual se modifica la Resolución UGM 005734 del 30 de Agosto de 2011 inaplicando el principio de favorabilidad y vulnerando el derecho al debido proceso y a la igualdad.

CONDENAS

1. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ordene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P., a suspender los efectos de la Resolución RDP 003735 del 29 DE ENERO DE 2013 mediante el (sic) cual se modifica la Resolución UGM 005734 del 30 de Agosto de 2011 inaplicando el principio de favorabilidad y con la que le fue disminuida la pensión a mi representado.

2. Se ordene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – U.G.P.P., aplicar el principio de favorabilidad y debido proceso, es decir, ORDENAR que se mantenga y/o continúe en nómina de pensionados la Resolución No. 7947 de fecha 12 de Marzo de 2004, mediante la cual se reliquidó por retiro definitivo la pensión de mi representada.

3. Condenar a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social U.G.P.P., a la devolución de las sumas descontadas por disminución de mesada pensional desde el mes de Agosto de 2012, fecha de inclusión en nómina de la Resolución UGM 005734 del 30 de Agosto de 2011.

4. Condenar a la demandada a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas descontadas, conforme a lo establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[...]

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

Mediante la Resolución No. 15693 del 4 de septiembre de 1997 le fue reconocida a la esolución No. UGM 005734 del 30 de agosto de 2011, Cajanal dio cumplimiento a la anterior sentencia y reliquidó la pensión, incluyendo los factores percibidos en el año anterior a la adquisición de estatus pensional, determinando la cuantía en \$282.649, a partir del 27 de marzo de 1996, con efectos fiscales a partir del 2 de septiembre de 2001. En el ordinal segundo de la parte resolutive de dicho acto administrativo, se dispuso que, previamente a la liquidación, el FOPEP pagaría a la pensionada las diferencias que resultaren de aplicar el artículo primero del tal acto y las Resoluciones 15693 de 1997, 7947 de 2004, 42404 de 2008 y si era del caso, se continuara con la resolución que se encontraba para ese entonces en nómina en virtud del principio de favorabilidad.

El 18 de diciembre de 2012, la parte actora solicitó a Cajanal que, en aplicación del principio de favorabilidad, le reajustara la pensión gracia que resultó disminuida con la reliquidación efectuada a través de la Resolución UGM 005734 del 30 de agosto de 2011.

Por medio de la Resolución RDP 03735 del 29 de enero de 2013, se modificó el artículo

segundo de la Resolución UGM 005734 del 30 de agosto de 2011, en el sentido de no ordenar o excluir el aparte que indicaba que, si fuere el caso, *“se continuara con la resolución que se encuentra actualmente en nómina en virtud del principio de favorabilidad”*

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Artículos 13, 25, 53 y 83 de la Constitución Política.

Invoca, entre otras, la sentencia T-248 de 2008 sobre el principio de favorabilidad, buscando hacer ver que la decisión cuestionada a través de este medio de control, implica una disminución en el quantum de la mesada pensional de la demandante, razón por la cual, debe optarse la fórmula que le resulte más favorable. En ese sentido, estima que la UGPP debe ordenar que se continúe aplicando la Resolución No. 7947 de 2004, mediante la cual se ordenó la reliquidación por retiro definitivo del servicio, no sólo porque la misma resulta más favorable a la pensionada, sino porque, además, tal acto administrativo no ha sido revocado por la administración con el consentimiento de aquella ni ha sido anulado por vía judicial.

Alude al concepto del respeto al acto propio y de confianza legítima, en virtud de los cuales, a la entidad de previsión no le es dado desconocer derechos adquiridos que han sido fruto de la actividad administrativa por ella desplegada y que ha dado lugar a un acto administrativo consolidado y no debatido en sede administrativa o judicial. Afirma que el acto administrativo que ordenó la reliquidación por retiro definitivo del servicio, no ha sido revocado ni la Administración tiene el consentimiento expreso de la actora para que lo revoque o modifique.

Estima inadmisibles que la entidad hubiese disminuido inconsulta e ilegalmente la mesada pensional de la demandante, con la única excusa del cumplimiento del fallo; esto es, desconociendo que la resolución que estaba incluida en nómina antes del referido fallo, no ha sido demandada y tiene plena vigencia; siendo además, la que le resulta más favorable a la pensionada, pues dispuso la reliquidación con el último año de servicio, mientras que la resolución proferida en cumplimiento de la sentencia, ordena la reliquidación de la pensión con inclusión de todos los factores devengados en el año estatus, lo cual genera una mesada inferior. Solicita la aplicación del principio *in dubio pro operario, favorabilidad*, así como *la garantía del derecho al mínimo vital de los sujetos de especial protección* como lo son las personas de la tercera edad.

4. Contestación de la demanda

La UGPP manifestó que la parte demandante no tiene derecho a que se le apliquen los efectos legales de la Resolución No. 7947 de 2004, mediante la cual se reconoció la reliquidación de la pensión por retiro definitivo del servicio, al ser dicho reconocimiento contrario al ordenamiento legal. Por el contrario, defiende la legalidad de las resoluciones demandadas, las cuales, según dice, fueron proferidas en cumplimiento del fallo judicial que ordenó la reliquidación de la pensión con todos los factores devengados en el año anterior a la consolidación del derecho pensional o año estatus. Expone que, cuando la ley alude al último año de servicio en materia de pensión gracia, se refiere al año estatus. Invoca la buena fe de la entidad al expedir los actos acusados, mediante los cuales se acató lo dispuesto judicialmente y en atención a lo dispuesto en la ley. (fls. 134 – 141, C. 1)

5. Alegatos de conclusión primera instancia

La apoderada de la parte demandante reitera los argumentos expuestos en la demanda. (Min: 36-33)

La parte demandada insiste en sus argumentos de defensa. (Min: 40-30)

El Ministerio Público considera que la entidad revocó el acto administrativo sin mediar el consentimiento expreso de la titular del derecho y desconoció el principio de favorabilidad en perjuicio del valor de la mesada pensional de la demandante. Aduce que en virtud de la presunción de legalidad del acto administrativo, la entidad debió demandar su propio acto mediante la acción de lesividad. (Min: 50-33)

6. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 10 de octubre de 2017, resolvió lo siguiente:

“...
SEGUNDO: *NO DECLARAR la nulidad de los actos administrativos acusados en los procesos radicados ... 2015-00430, en consecuencia se deniegan las pretensiones de la demanda, acorde a los razonamientos de la parte motiva.*

TERCERA: *CONDENAR en costas a cargo de la parte accionante y en favor de la parte accionada [...]*

...”

Indica que el principio de favorabilidad que invoca la parte actora con el fin de que se le continúe pagando la pensión reliquidada con el último año de servicios, no resulta aplicable en este caso, pues no se está ante una duda sobre la aplicación de dos

normas o sobre la interpretación que debe dársele a una disposición jurídica. Considera que a la parte actora no se le puede proteger un derecho que no fue adquirido conforme a la ley y si bien la administración se lo confirió en su momento, lo cierto es que ello obedeció a una incorrecta aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 sobre una pensión regulada en la Ley 114 de 1913.

A juicio del *a quo*, la Resolución No. 7947 del 12 de marzo de 2004, perdió fuerza ejecutoria a partir de la sentencia del 19 de diciembre de 2008, cuyos efectos se materializaron mediante la Resolución UGM 5734 del 30 de agosto de 2011. Indica que la pérdida de fuerza ejecutoria no exige que el acto haya sido declarado nulo y basta con que desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho, caso en el cual no surte efectos hacia el futuro. Colige que el único fundamento de la Resolución No. 7947 de 2004 fue la indebida aplicación por parte de Cajanal de las leyes 33 y 62 de 1985 para liquidar una prestación con regulación especial y por ello, al mediar una decisión judicial en firme que ordenó la reliquidación de la pensión conforme a derecho, esto es, con inclusión de los factores salariales percibidos en el año anterior a la adquisición del estatus, aniquila el sustento jurídico – fáctico del acto administrativo que disponía una liquidación contraria a derecho. De igual forma, sostiene que el artículo 187 del CPACA, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pues estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de la acusadas y modificar o reformar éstas, siendo ese el efecto práctico que se dio en este caso. En consecuencia, concluyó que la parte demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo acusado. (fls. 153- 166, C. 1)

7. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación al estimar que el *a quo* no analizó el principio de favorabilidad que le asiste a ésta en su condición de pensionada y titular de la pensión reliquidada con el último año de servicios, mediante una resolución que no ha sido revocada ni anulada, y que en todo caso resulta más favorable que aquella cuya nulidad se depreca en este caso.

Alude al principio de confianza legítima, en virtud del cual le está prohibido a las autoridades públicas, cambiar abruptamente los actos administrativos en beneficio de sus administrados. Así mismo, considera que la duda que se debe resolver con aplicación del principio de favorabilidad, consistente en determinar cuál reliquidación ha de aplicarse en este caso, debiendo optarse por la que más conviene al pensionado.

Según dice, a la aplicación del mismo ha acudido en otros casos la entidad de

previsión demandada, absteniéndose de incluir en nómina aquellos pronunciamientos que impliquen una merma en el quantum de la mesada pensional. Reitera, igualmente, que la actuación administrativa que se cuestiona, desconoce el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 superior, conforme al cual *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*. Solicita, en consecuencia, la revocatoria del fallo de primera instancia y la declaratoria de nulidad y restablecimiento de la demanda por ella deprecada. (fls. 177 – 183, C. 1)

8. Alegatos de conclusión segunda instancia

La parte demandante insistió en los argumentos planteados en el recurso de apelación. (fls. 9-10, C. 3)

La parte demandada solicita se confirme la sentencia de primera instancia. (fls. 11-14, C. 3).

9. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no intervino en esta etapa procesal.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

A fin de resolver el fondo de la controversia, teniendo en cuenta lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia es el siguiente:

¿Está viciada de nulidad la Resolución No. RDP 003735 del 29 de enero de 2013, expedida por la Subdirectora de Determinación Pensional de Derechos Pensionales de la UGPP, mediante la cual se modificó la Resolución No. UGM 005734 del 30 de agosto de 2011?

Como sub problema jurídico habrá de resolverse lo siguiente:

¿Podía la UGPP revocar parcialmente un acto administrativo de contenido particular, sin agotar el procedimiento previo de que trata el artículo 97 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo?

Para resolver los anteriores problemas jurídicos, se abordaran los siguientes ítems: i) Violación al debido proceso como causal de nulidad de los actos administrativos; ii) Intangibilidad de los actos administrativos que reconocen derechos en favor de particulares; y iii) Análisis del caso concreto.

2. El derecho al debido proceso

El derecho al debido proceso (art. 29 de la C.P.), es la garantía constitucional fundamental que se enmarca en los fines esenciales del Estado Social de Derecho, toda vez que, debe ser entendida como la prerrogativa superior que brinda seguridad jurídica a cualquier persona en las relaciones con la administración o en cualquier tipo de vínculo, por eso, el incumplimiento de las normas legales que rigen cada proceso administrativo o judicial genera una violación inmediata y un desconocimiento del mismo; este derecho es el conjunto de garantías que buscan asegurar a los interesados que han acudido a la administración pública, una recta y cumplida decisión sobre sus derechos.

Por otro lado, el debido proceso implica el reconocimiento del principio de legalidad, publicidad, contradicción y defensa, propios de todos los asociados para garantizar la adecuada relación con la administración pública o privada, que es en últimas la institución de poder que debe estar sometida íntegramente a la legalidad del Estado de Derecho, con el fin de evitar decisiones arbitrarias que afecten el orden social justo, estatuido para el desarrollo de los principios básicos del Estado. Tiene como objetivo fundamental la defensa y preservación del valor material de la justicia a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas.¹

Igualmente, se hace perentorio afirmar que el derecho al debido proceso es uno de los más amplios en cuanto a su ámbito de protección, debido a que el mismo implica la existencia de un catálogo de garantías mínimas, sin perjuicio de la conexidad que se pueda predicar de éste junto con otros derechos y principios fundamentales de igual entidad. Esta tesis se hace evidente en una de las providencias de la Corte Constitucional del año 2006, cuando sostiene:

“El derecho fundamental al debido proceso comprende, como lo ha señalado esta Corporación, no sólo las garantías del artículo 29 de la Carta, sino también otro cúmulo de valores y principios de la misma raigambre constitucional que hacen que vaya más allá del cumplimiento de los requisitos que la ley procesal

¹ Sentencia C-641 del 13 de agosto de 2002. MP. Rodrigo Escobar Gil

impone, a través de la irrestricta observancia de los demás derechos que permitan la vigencia de un orden justo². (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - En adelante CPACA - establece lo siguiente:

ARTÍCULO 138. *Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. / Líneas de la Sala/*

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

A su turno, las causales de nulidad del acto administrativo, establecidas en el inciso segundo del artículo 137 ibídem, son las siguientes, a saber: i) Expedición con infracción de las normas en que deberían fundarse; ii) Falta de competencia del funcionario que lo expidió; iii) Expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa; iv) Falsa motivación; y v) Desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Puede decirse que todas las causales enlistadas tienen la clara intención de preservar el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, a cuyo tenor literal:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

La infracción a una o varias de estas garantías durante la gestación del acto administrativo, ciertamente, permite la declaratoria de nulidad del mismo a través del mecanismo judicial

² Corte Constitucional. Sentencia T-209 del 17 de marzo de 2006. MP. Jaime Córdoba Triviño.

previsto para ese efecto.

3. Intangibilidad de los actos administrativos que reconocen derechos en favor de particulares

Sea lo primero indicar que, el acto administrativo particular o individual *“Es el que crea, modifica, extingue o afecta situaciones jurídicas personales, individuales o subjetivas”*³ y frente al mismo, existe una expresa disposición legal que condiciona la posibilidad de que el mismo sea revocado por la Administración. Tal es el caso del artículo 97 del CPACA a cuyo tenor literal:

ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. *Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.*

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

PARÁGRAFO. *En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.*

Al respecto, el Consejo de Estado⁴ ha considerado:

Los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales de carácter abstracto e impersonal y de carácter particular y concreto respecto de una o varias personas determinadas o determinables.

Se ha dicho por parte de la jurisprudencia⁵ que la administración, debe someter sus actuaciones a procesos reglados y respetar sus propios actos, ello como garantía del debido proceso de los ciudadanos y como límite en el ejercicio del poder público.

Por tanto, la regla general es que la administración no puede revocar los actos administrativos que crean o modifican una situación jurídica particular a su arbitrio y debe velar por la protección del principio de la buena fe y de la seguridad jurídica, lo que logra, con la solicitud y obtención de la autorización del particular para revocar el acto administrativo que lo afecta⁶.

³ Manual del Acto Administrativo. Quinta Edición, 2009. Luis Enrique Berrocal Guerrero. Capítulo VI, página 150.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 20001-23-39-000-2014-00302-01(0050-16).

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 6 de agosto de 2015. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 76001-23-31-000-2004-03824-02 (0376-07).

⁶ Sentencia T-338 del 11 de mayo de 2010. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

3.1. De la revocatoria directa de los actos administrativos en materia pensional

La revocatoria directa de actos administrativos de contenido pensional, sin el consentimiento del particular titular del derecho, puede darse en ciertos eventos señalados por la ley y analizados vía jurisprudencial por el Consejo de Estado⁷, como pasa a verse en la cita que, *in extenso*, se sirve hacer esta Sala de Decisión:

En desarrollo de los principios de objetividad, transparencia, moralidad, eficacia y economía que gobiernan la función administrativa, y de la protección especial que demanda el erario público, el legislador consagró en la Ley 797 de 2003⁸ –aplicable al caso concreto por ser el acto administrativo en cuestión expedido en el año 2009– una modalidad especial de revocatoria directa de actos administrativos de contenido particular y concreto a través de los cuales se dispone el reconocimiento de una prestación económica.

En efecto, esta Sala de Subsección en reiterada jurisprudencia⁹, ha sostenido que en los actos administrativos de carácter particular y concreto, el legislador claramente consagró que para la procedencia de la figura de la revocatoria directa en los eventos en que el titular del acto administrativo manifieste previamente su consentimiento de manera expresa y por escrito. Sin embargo, el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, faculta a los representantes legales de las instituciones de seguridad social para que en forma oficiosa verifiquen el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para el reconocimiento de un derecho prestacional, entre ellos los de naturaleza pensional y, así mismo, de la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para acreditar la totalidad de los requisitos a los que previamente se hace relación.

En este sentido, la citada normativa preceptuó:

«[...]

ARTÍCULO 19. REVOCATORIA DE PENSIONES RECONOCIDAS

IRREGULARMENTE: Los representantes legales de las instituciones de Seguridad Social o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, deberán verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la suma o prestación fija o periódica a cargo del tesoro público, cuando quiera que exista motivos en razón de los cuales pueda suponer que se reconoció indebidamente una pensión o una prestación económica. En caso de comprobar el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo aun sin el consentimiento del particular y compulsar copias a las autoridades competentes. [...]» (Subrayas fuera del texto).

Esta disposición fue declarada exequible condicionalmente por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-835 de 2003, en el entendido de que el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, se tipifican como delito por la ley penal.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Cuatro (4) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00036-01(3886-15).

⁸ Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

⁹ Ver, entre otras, las sentencias de 29 de octubre de 2018 - Radicación número: 25000-23-42-000-2014-02217-01(3777-16)- Consejero Ponente: William Hernández Gómez; y de 8 de febrero de 2018 - Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01971-01(3485-15)- Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

Igualmente, esta Subsección ha señalado que «en esa misma sentencia la Corte Constitucional advirtió que la facultad de revocación directa de los actos que reconocen pensiones u otras prestaciones económicas no podrán efectuarse sin el consentimiento previo del pensionado, pues esta potestad se encuentra limitada cuando la controversia surge de problemas de interpretación del derecho pensional, eventos en los cuales deberá acudirse al beneplácito o autorización del ciudadano, y de no ser así, deberá adelantarse ante los jueces competentes las acciones legales a que haya lugar, para obtener la nulidad de los actos que pretende revocar. En este sentido, salvo ley en contrario, la revocatoria con el consentimiento escrito y expreso se exige en todos los casos distintos de los contemplados en el artículo 19 antes citado [...]».¹⁰

Cabe resaltar, que la Corte Constitucional¹¹ al estudiar la constitucionalidad de la norma hizo énfasis en el concepto de ostensible ilegalidad que supone el incumplimiento de esos requisitos y el empleo de documentación falsa con el propósito de beneficiarse de una prestación pensional. Así las cosas, no se trata de una actuación sujeta al capricho de la administración sino, por el contrario, fundada en hechos ciertos y objetivos que deben hacer racional y necesaria la verificación, en cada caso particular, de los supuestos legales exigidos para el reconocimiento de una determinada prestación social.

Bajo dicho entendido, el Alto Tribunal Constitucional sostuvo¹²:

«[...]»

Cosa distinta ocurre cuando el incumplimiento de los requisitos aludidos esté tipificado como delito y la Corte señala claramente que basta con la tipificación de la conducta como delito, para que la administración pueda revocar, aunque no se den los otros elementos de la responsabilidad penal, de tal manera que en el evento de que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa o se halla comprobado el incumplimiento de los requisitos, basta con que sean constitutivos de conductas tipificadas por la ley penal, hipótesis en la cual se inscribe la utilización de documentación falsa, en conexidad o no con conductas tipificadas por la ley penal tales como el cohecho, el peculado, etc. Como que se trata de una circunstancia de ostensible ilegalidad, respecto de la cual, “(...) la aplicación del principio de buena fe deberá operar es en beneficio de la administración para proteger el interés público, pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración rompe la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias”

Desde luego que en desarrollo del debido proceso la revocatoria establecida en el artículo 19 de la ley 797 de 2003 tiene que cumplir satisfactoriamente con la ritualidad prevista en el Código Contencioso Administrativo o en los estatutos especiales que al respecto rijan. Vale decir, con referencia al artículo 19 acusado el acto administrativo por el cual se declara la revocatoria directa de una prestación económica, deberá ser la consecuencia lógica y jurídica de un procedimiento surtido con arreglo a los artículos 74, 28, 14, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las normas de carácter especial que deban privilegiarse al tenor del artículo 1 del mismo estatuto contencioso. Pero en todo caso, salvaguardando el debido proceso. Igualmente, mientras se adelanta el correspondiente procedimiento administrativo se le debe continuar pagando al titular –o a los

¹⁰ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 29 de octubre de 2018 - Radicación número: 25000-23-42-000-2014-02217-01(3777-16)- Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 835 de 23 de septiembre de 2003. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería. Expediente: D-4515.

¹² Ibídem.

causahabientes- de la pensión o prestación económica las mesadas o sumas que se causen, esto es, sin solución de continuidad. Y como respecto del titular obra la presunción de inocencia, le corresponde a la Administración allegar los medios de convicción que acrediten la irregularidad del acto que se cuestiona. Es decir, la carga de la prueba corre a cargo de la Administración.

[...]

La Corte deja claramente establecido que cuando el litigio versa sobre problemas de interpretación del derecho; como por ejemplo, el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición; o la aplicación de un régimen especial frente a uno general; estos litigios deben ser definidos por los jueces competentes de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y que en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo sin el consentimiento del particular. [...]»

En ese sentido, esta Sala¹³ ha indicado que podrá la administración disponer la revocatoria directa del acto administrativo, sin el pertinente consentimiento previo, expreso y escrito del titular del derecho cuando advierta una circunstancia de ostensible ilegalidad, esto es, frente al incumplimiento de los requisitos o la verificación del uso de documentación falsa que incluso tipifique un delito. Salvo, como quedó visto, en los casos en que los motivos que hacen suponer a la administración que el reconocimiento prestacional fue indebido o se refieran a problemas de interpretación del derecho.

Asimismo, la Corte Constitucional en pronunciamiento de unificación¹⁴, de 30 de abril de 2015, reiteró que con la expedición de la Ley 797 de 2003, se autorizó la revocatoria directa de actos administrativos relacionados con el reconocimiento de pensiones, al atribuirle a la administración, artículo 19 ibídem, la facultad de verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos necesarios para consolidar este tipo de derechos, así como la legalidad de los documentos que sirvieron para acreditarlos. De igual forma, señaló que para llevar a cabo tal procedimiento, se debe respetar el debido proceso administrativo ya que la administración no puede revocar directamente sin consentimiento del titular si no hay evidencia probada de fraude.

En este orden de ideas, esta Sala de Subsección ha concluido que:

«Conforme a lo expuesto en precedencia, queda claro para esta Subsección que la autorización que otorgó el legislador a las instituciones de Seguridad Social al tenor del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, en el sentido de revocar actos administrativos de carácter particular y concreto sin el respectivo consentimiento del titular, es dable solo cuando advierta una circunstancia de ostensible ilegalidad, frente al incumplimiento de los requisitos o se verifique el uso de documentación falsa para la adquisición del derecho.»¹⁵

Como puede verse, la hipótesis en la cual procede la revocatoria directa del acto administrativo de carácter particular y contenido pensional, sin el previo consentimiento de su titular, se reduce a dos causales específicas de estricto cumplimiento y de connotaciones penales: incumplimiento de los requisitos o reconocimiento con base en documentación falsa. Luego entonces, la excepción a la regla general contenida en el artículo 97 del CPACA, es de aplicación restrictiva y no procede en aquellos eventos

¹³ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 29 de octubre de 2018 - Radicación número: 25000-23-42-000-2014-02217-01(3777-16)- Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

¹⁴ Ver sentencia SU-240 del 30 de abril de 2015. Magistrada ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez. Referencia expediente: T-2.482.431.

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 29 de octubre de 2018 - Radicación número: 25000-23-42-000-2014-02217-01(3777-16)- Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

en los cuales la irregularidad que se alega por la Administración, corresponda a una indebida interpretación de una norma o régimen pensional.

4. Caso concreto

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se tiene acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución No. 7947 del 12 de marzo de 2004, la Caja Nacional de Previsión Social EICE, reliquidó por retiro definitivo, la pensión de gracia de la señora Alicia del Socorro Correa Serna a partir del 27 de diciembre de 2002, elevando la cuantía de la misma a la suma de \$937.347,91. (fls. 37 - 39, C. 1)
- El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 19 de diciembre de 2008, condenó a Cajanal y en favor de la señora Correa Serna, a reliquidar y pagar su pensión gracia a partir del 2 de septiembre de 2001, incluyendo los factores salariales como las primas de alimentación y navidad devengadas en el año anterior al estatus de pensionada, con los reajustes anuales de ley y haciendo los descuentos de ley sobre los factores indicados, si no se hubieren efectuado. Dicho fallo quedó ejecutoriado desde el 27 de enero de 2009. (fls. 25 - 36, C. 1)
- La Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación, profirió la Resolución UGM 005734 del 30 de agosto de 2011, por medio de la cual reliquidó la pensión gracia de la aquí demandante, en cumplimiento de un fallo judicial proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito, en los términos que se señalan a continuación:

***“ARTÍCULO PRIMERO:** En cumplimiento al fallo proferido por JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES el 19 de diciembre de 2008, se Reliquida una pensión de Jubilación Gracia a favor del (a) señor (a) **CORREA SERNA ALICIA DEL SOCORRO**, ya identificado (a), elevando la cuantía de la misma a la suma de \$282.649 (DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS M/CTE), efectiva a partir del 27 de marzo de 1996, con efectos fiscales a partir del 2 de septiembre de 2001 por prescripción trienal de conformidad con el fallo objeto de cumplimiento.*

***ARTÍCULO SEGUNDO:** Previa liquidación del área de nómina, el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional pagará al interesado (a) las diferencias que resultaren de aplicar el artículo anterior y la(s) Resolución(es) No(s). 15693 del 4 de septiembre de 1997 Resolución No. 7947 del 12 de marzo de 2004, Resolución 42404 del 29 de agosto de 2008 y si es del caso continuar con la resolución que se encuentra actualmente en nómina en virtud del principio de favorabilidad, teniendo especial cuidado en deducir lo cancelado por vía ejecutiva o administrativa, con los reajustes correspondientes, previas las deducciones ordenadas por la ley, con observancia del turno respectivo. /Negrilla y líneas de la Sala/ (fls. 40-43, C. 1)*

- La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones

Parafiscales de la Protección Social - UGPP, mediante la Resolución No. RDP 003735 del 29 de enero de 2013, modificó la Resolución No. UGM 005734 del 30 de agosto de 2011, quedando así:

“ARTÍCULO PRIMERO: *Modificar el artículo segundo de la Resolución No. UGM 005734 del 30 de agosto de 2011, el cual quedará así:*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Previo liquidación del área de nómina, el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional pagará al interesado (a) las diferencias que resultaren de aplicar el artículo anterior y la(s) Resolución(es) No(s). 15693 del 4 de septiembre de 1997 Resolución No. 7947 del 12 de marzo de 2004, Resolución 42404 del 29 de agosto de 2008, teniendo especial cuidado en deducir lo cancelado por vía ejecutiva o administrativa, con los reajustes correspondientes, previas las deducciones ordenadas por la ley, con observancia del turno respectivo. (fls. 44-45, C. 1)*

La Resolución No. RDP 003735 fue notificada personalmente a la apoderada de la demandante el día 6 de febrero de 2013. (fl. 46, C. 1)

De la anterior reseña se puede establecer que, con Resolución No. RDP 003735 del 29 de enero de 2013, la UGPP claramente modificó el artículo segundo de la Resolución UGM 005734 del 30 de agosto de 2011, retirando del mismo la condición allí establecida, según la cual, de ser ello necesario, se continuará con la resolución que se encontraba para aquella época en nómina, en virtud del principio de favorabilidad; vale decir, que si de la reliquidación ordenada en la sentencia resultaba un menor valor a pagar por concepto de pensión gracia a la aquí demandante, debía continuarse aplicando la Resolución que antes de dicha sentencia se encontraba en nómina. Ciertamente, la administración había decidido en la Resolución No. UGM 005734 de 2011, que a la titular del derecho a la pensión se le garantizaría el principio de favorabilidad en los términos ya explicados, en caso de ser ello necesario; decisión administrativa de carácter individual, personal y subjetiva por medio de la cual se estableció un beneficio en cabeza de la demandante.

Evidencia de lo anterior es que, de haberse preservado tal y como estaba en artículo segundo de la Resolución UGM 005734 de 2011, la demandante hubiera podido exigir que se continuara aplicando la Resolución No. 7947 del 12 de marzo de 2004, comoquiera que la misma le representaba un mayor valor pensional frente al valor resultante de la reliquidación pensional efectuada en cumplimiento de la sentencia judicial, con ocasión de la cual, la mesada sufrió una rebaja sustancial.

En tales condiciones, la modificación del artículo segundo de la Resolución No. UGM 005734 de 2011 requería de la autorización previa, expresa y escrita de la titular del derecho, señora Alicia del Socorro Correa Serna. Por lo tanto, el hecho de que la administración pública, encarnada en este caso en la UGPP, hubiese modificado unilateralmente un acto administrativo de carácter particular y concreto, deriva en una

nulidad por expedición del acto con infracción de las normas en que debió fundarse, siendo una de ellas, el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La afectación al debido proceso queda en evidencia al estudiar la Resolución No. RDP 003735 del 29 de enero de 2013, de cuyo contenido no se desprende que la demandante hubiese dado su consentimiento previo para la decisión que allí se adoptó.

Aunado a lo anterior, ha de tenerse en cuenta que en el *sub iudice* no se verifican las dos causales que le permiten a la Administración proceder a la revocatoria del acto administrativo sin consentimiento de su titular, comoquiera que la pensionada no utilizó medios fraudulentos o documentación falsa en el trámite que dio lugar a la expedición de la Resolución No. UGM 005734 de 2011. Además, la UGPP no alega la ausencia de requisitos de la demandante para acceder al derecho a la pensión como tal; lo que deja entrever es el supuesto error en que incurrió en el pasado al reconocer en favor de aquella, la reliquidación de la pensión gracia por retiro definitivo mediante la Resolución No. 7947 del 12 de marzo de 2004, acto administrativo que sea de paso decir, no ha sido anulado por esta jurisdicción.

Es de agregar que en la sentencia que ordenó la reliquidación de la pensión gracia con los factores del año status, en ningún momento se analizaron los fundamentos legales de la reliquidación de la pensión gracia por retiro definitivo y por tanto, no tuvo el alcance de afectar los fundamentos de derecho de la resolución No. 7947 de 2004, cuya nulidad, además, tampoco fue objeto de ese proceso. Cabe recordar que los actos administrativos decaen por desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho, como cuando desaparecen las disposiciones superiores a las cuales debe su expedición (Vg. Actos reglamentarios de normas superiores), no siendo este uno de esos eventos en los cuales se aplica esa figura jurídica.

De lo expuesto hasta ahora se deduce que, la modificación unilateral del artículo segundo de la Resolución UGM 005734 de 2011 comporta la revocación de un beneficio conferido en cabeza de la aquí demandante, de modo que, si la Administración pretendía enmendar algún error contenido en dicho acto administrativo, debió acudir a los mecanismos legales para ese efecto y como no lo hizo así, es procedente declarar la nulidad la Resolución No. RDP 003735 del 29 de enero de 2013, expedida por la UGPP. De igual forma, resulta procedente ordenar que se mantenga y/o continúe en nómina de pensionados la Resolución No. 7947 de fecha 12 de Marzo de 2004, mediante la cual se reliquidó por retiro definitivo la pensión de la demandante, mientras dicho acto administrativo no sea demandado por la propia Administración.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada, que reconozca y pague a la señora Alicia del Socorro Correa Serna, el mayor valor pensional que se le dejó de cancelar con ocasión de la Resolución No. RDP 003735 del 29 de enero de 2013. Así mismo, como consecuencia de lo anterior, se continuará dando aplicación íntegra a la Resolución UGM 005734 de 2011 y a la Resolución No. 7947 de fecha 12 de Marzo de 2004, mientras las mismas sigan vigentes.

Las sumas liquidadas serán ajustadas con sujeción a la siguiente fórmula:

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

Donde:

VP = Suma actualizada

VH = Suma a actualizar

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

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

7. Costas y agencias en derecho

Conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará en costas a la parte demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijan las agencias en derecho equivalentes al 1% de las pretensiones de la demanda a cargo de la UGPP, teniendo en cuenta la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se **revoca** la sentencia proferida proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, el 10 de octubre de 2017, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. En su lugar,

Segundo: Se declaran infundadas las excepciones de “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “Buena fe” y “Prescripción” propuestas por la UGPP.

Tercero: Se declara la nulidad de la Resolución No. RDP 003735 del 29 de enero de 2013, expedida por la UGPP, por medio de la cual se modificó la Resolución No. UGM 005734 del 30 de agosto de 2011. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **se ordena** a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que reconozca y pague a la señora Alicia del Socorro Correa Serna, el mayor valor pensional que se le dejó de cancelar con ocasión de la Resolución No. RDP 003735 del 29 de enero de 2013. Dicha entidad continuará dando aplicación íntegra a la Resolución UGM 005734 de 2011 y a la Resolución No. 7947 de fecha 12 de Marzo de 2004, mientras las mismas sigan vigentes.

Las sumas liquidadas serán ajustadas con sujeción a la fórmula reseñada en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Se condena en costas a la parte demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho equivalentes al 1% de las pretensiones de la demanda a cargo de la UGPP.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

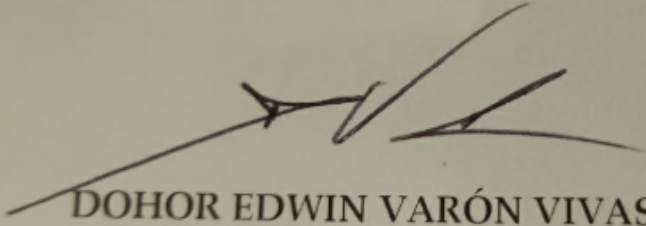
Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jairo Ángel Gómez Peña', is written over a light gray rectangular background.

**Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado Ponente**



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión del Sistema Escrito

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, quince (15) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación:	17 001 33 31 002 2010 00444 00
Clase:	Reparación directa
Demandante:	Elkin Yamil Obando Martínez y Otros
Demandado:	Hospital San José de Neira - Caprecom EPS
Providencia:	Sentencia N°. 129

Decide la Sala de **Decisión del Sistema Escrito**, el **recurso de apelación** interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el veinte (20) de febrero de dos mil dieciocho (2018), mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas

La parte demandante, mediante apoderada y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, solicita que se hagan las siguientes condenas:

“1. Que se declare que el hospital San José del Municipio de Neira - Caldas, representado legalmente por el Dr. Iván Fernando Abasolo Guerrero o quien haga sus veces, al igual que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM E.P.S., representada legalmente por el Dr. Carlos Tadeo Giraldo G, o quien haga sus veces en la ciudad de Bogotá, son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios de orden extra patrimonial y patrimonial ocasionados con la muerte de Rosa Estella Martínez Echeverry a su compañero permanente Román Obando Londoño y sus hijos Daniela, Yulieth y Elkin Yamil Obando Martínez.

II. Perjuicios extra patrimoniales.

Perjuicios morales.

Que como consecuencia de la anterior declaración el hospital San José del Municipio de Neira - Caldas, representado legalmente por el Dr. Iván Fernando Abasolo Guerrero o quien haga sus veces, al igual que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM E.P.S., representada legalmente por el Dr. Carlos Tadeo Giraldo G, o quien haga sus veces en la ciudad de Bogotá deberán cancelar a los demandantes la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales para cada

uno, a razón del dolor, sufrimiento, aflicción y congoja por la muerte de quinen era una excelente compañera, madre, hija y hermana.

Alteración de las condiciones de existencia o daño a la vida de relación.

Se deberán cancelar por este concepto a Román Obando Londoño y sus hijos: Daniela, Yulieth y Elkin Yamil Obando Martínez, menores las dos primeras, mayor el segundo, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales teniendo en cuenta que a los presentes les cambió su vida por completo y se ven privados por una falla del servicio, de poder gozar del calor de una excelente compañera y madre. Sus vidas a partir de la muerte de Rosa Estella ya no serán las mismas, pues las menores pierden a su madre en una de las etapas más importantes de su vida como es la adolescencia. (...)”

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

Cita el apoderado judicial de la parte demandante que la señora Rosa Estella Martínez Echeverry fue compañera permanente del señor Román Obando Londoño por más de 20 años, y madre de Daniela, Yulieth y Elkin Yamil Obando Echeverry; y que el día 9 de diciembre de 2009 en horas de la noche sintió un fuerte dolor de espalda, sin poder respirar, por lo que fue llevada al Hospital San José de Neira - Caldas, donde una vez examinada le tomaron un electro, descartando la posibilidad de un infarto, y la citan para el día siguiente, 10 de diciembre de 2009, para tomarle una radiografía de la cual no aparece la hora en la historia clínica.

Afirma que el día 10 de diciembre, con el resultado de la radiografía, se evidencia un derrame pleural izquierdo, lo que convertía a la señora Rosa Estella en una paciente de valoración y manejo urgente por medicina interna, siendo hospitalizada. Y que, ese mismo día, a las 2 de la tarde, el médico Carlos A Gutiérrez, ordena remisión a Manizales, dejando constancia de llamada a la Clínica Villapilar y al CRUE, enviando documentación vía fax, sin tener mayor respuesta, abandonando a la paciente, sin evaluación médica y sin insistir en la remisión.

Refiere que el día 11 de diciembre de 2009, el médico Mario Londoño le informa a la hija de la señora Rosa Estella que, dicha señora falleció por un paro cardio respiratorio a las 8:30 a.m., aduciendo el apoderado judicial que a la paciente se le abandonó a su suerte, que no se le hicieron más valoraciones, ni se insistió en su remisión, falleciendo en las instalaciones del hospital, producto de una falla en la prestación del servicio médico. Resaltando además que, en la historia clínica no aparece registrada la hora del fallecimiento, faltando con ello al diligenciamiento de la historia conforme a la ley 23 de 1981.

Cita que con la actitud negligente de los médicos del servicio hospitalario, se negó a la señora Rosa Estella Martínez Echeverry de 51 años de edad, una oportunidad de vida,

pues no pusieron todos los recursos a su alcance para tratar de salvaguardar su vida, y que según testigos de los hechos, los médicos del hospital estaban más interesados en fiestas decembrinas que en el cuidado de sus pacientes.

Narra que la señora Rosa Estella Martínez Echeverry se encontraba afiliada por el Sisbén II a Caprecom EPS en el régimen subsidiado, por lo que deberá responder en forma solidaria por la mala atención en salud brindada por el Hospital San José de Neira - Caldas.

Finalmente se refiere a los perjuicios padecidos, así como a la relación de más de 20 años de la citada señora con su compañero permanente, y los perjuicios morales padecidos por éste y sus hijos.

3. Normas Violadas

Ley 23 de 1981

Artículos 11, 48, 49 y 90 de la Constitución Política de Colombia

Artículo 2 numeral 4 del Decreto 2174 de 1995

Artículo 78 numeral 6 de la ley 100 de 1993

4. Contestación de la demanda

4.1. Hospital San José de Neira (Fls. 45 a 52 C. 1)

El demandado Hospital San José de Neira contesta la demanda afirmando que unos hechos son ciertos y otros no; refiriendo como cierto el resultado de derrame pleural izquierdo, lo cual requería atención en un nivel superior, solicitando la remisión correspondiente al CRUE el mismo 10 de diciembre de 2009.

Refiere que la paciente siempre estuvo monitoreada en sus signos vitales, con oxígeno y pendiente de la autorización de remisión, que el día 11 de diciembre aparece estable en las notas de enfermería, no obstante lo cual a las 8:20 la paciente presenta una convulsión, se pasa a sala de reanimación y no se obtiene respuesta.

Finalmente propone como excepción la inexistencia de nexo causal.

4.2. Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM - (Fls. 64 a 104 C. 1)

La demandada Cajanal contesta la demanda, dice que unos hechos son ciertos y otros no; aduce que la paciente siempre tuvo atención oportuna en salud, se le valoró, medicó, y que las imágenes diagnósticas evidenciaron derrame pleural izquierdo, ordenando remisión al tercer nivel de atención, se le aplicó medicamento, y se comenta con la clínica

de Villa Pilar.

Como razones de defensa invoca las excepciones denominadas inexistencia de uno de los presupuestos de la responsabilidad, inexistencia de nexo causal por caso fortuito; ausencia de responsabilidad con base en el criterio de falla probada; fuerza mayor basado en el criterio de la irresistibilidad del hecho; principio de confianza del acto médico basado en la teoría de la alea terapéutica como límite de las obligaciones; falta de integración del litis consorte necesario; falta de legitimación en la causa por pasiva; cumplimiento de las obligaciones que le correspondieron a la EPS Caprecom a su IPS y que surgen de la naturaleza de los servicios que se prestan en la institución; inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley y excepción genérica e innominada.

Expone Caprecom que es aleatorio el resultado del paciente, y que su patología de dolor torácico con diagnóstico de derrame pleural, unido a los componentes de base, como hipertensión arterial, hicieron que su respuesta fuera negativa pese al tratamiento instaurado, requiriendo atención especializada del tercer nivel; aduciendo un actuar idóneo y de acuerdo a los protocolos, atención médica prestada garantizando los criterios de acceso, oportunidad, seguridad, pertinencia y continuidad.

Así mismo, cita apartes de literatura médica relacionada con el derrame pleural, y afirma que de la historia clínica de la paciente se desprende que la adecuada prestación de servicios de salud, remitiendo a la paciente a un mayor nivel de atención en salud por el CRUE, sin recibir una respuesta positiva de su parte, ni de la DTSC; pues en vista de que la paciente pertenecía al régimen subsidiado de salud, su atención era competencia del ente territorial.

Sostiene que lo ocurrido con el paciente constituye un caso fortuito, hecho imprevisible, e irresistible; y cita que el demandante demanda a Caprecom, por una tardanza en la remisión del paciente, y que la demandada Caprecom realizó todo el proceso de referencia y contrareferencia, pero ante la imposibilidad de remitir a la paciente, pero recibió respuesta por el CRUE que la Clínica Villa Pilar no tenía disponibilidad de camas, viéndose obligada a esperar que se concediera el cupo correspondiente; así como que el Hospital San José de Neira atendió dentro de sus posibilidades a la paciente, y que la complicación que surgió, fue irresistible para el personal médico y para Caprecom.

5. Sentencia Primera Instancia (Fls. 277 a 282 C. 1)

Mediante sentencia de 20 de febrero de 2019, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, en la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Estudia la Juez de primera instancia el daño, consistente en la muerte de la señora Rosa

Estella Martínez Echeverry, ocurrida el 11 de diciembre de 2009; frente a la responsabilidad atribuida a las demandadas, así como valora las pruebas que reposan dentro del proceso como la historia clínica de la paciente, la complementación del dictamen pericial presentado por el médico José Romel Copiano Zambrano, apartes de los testimonios rendidos, el oficio remitido por la DTSC y el formato de remisión de pacientes; pruebas de las cuales advierte que no existió falla en la prestación de servicios de salud respecto de la señora Rosa Estella Martínez Echeverry, la cual fue diagnosticada de manera oportuna y conforme al nivel de complejidad de la ESE Hospital San José de Neira, donde se determinó que padecía un derrame pleural, patología cuya atención, correspondía a un mayor nivel de complejidad, lo cual se encuentra documentado en la historia clínica y formato de solicitud de remisión de pacientes suscrito por el médico tratante.

Así mismo, se pronuncia la Juez frente a la supuesta omisión del Hospital de realizar la remisión a tiempo, y afirma que, la DTSC en respuesta a oficio enviado por dicho Despacho judicial, indicó que en la bitácora de la entidad no constaba la solicitud de remisión para la señora Rosa Estella Martínez, y que, no obstante tal afirmación, al revisar copia de la mencionada bitácora, salta de bulto la ilegibilidad de dicho documento, lo que a juicio de la Juez, no permite dar crédito a esa afirmación.

También afirma que, si en gracia de discusión, se hubiese consignado dicha solicitud, de las pruebas no se colige que el fallecimiento de la señora Martínez Echeverry se hubiesen dado por la falta de atención en un tercer nivel de atención en salud, menos aún que, dentro de un lapso de tiempo específico, hubiera debido ser atendida la paciente, so pena de las consecuencias fatales que allí se estudian, siendo claro que, el diagnóstico de la paciente ameritaba la remisión a otro centro hospitalario; así como también resulta claro que, no era permisible para la ESE Hospital San José de Neira realizar la remisión sin la previa aquiescencia de la IPS receptora, por cuanto de presentarse esa situación, sí que se hubiese puesto en peligro a la paciente, y que, por el contrario, según se desprende de la historia clínica, la atención primaria fue brindada conforme a la práctica médica, demostrándose además una evolución positiva de los síntomas iniciales, que no permitiría siquiera sospechar las consecuencias fatales; concluyendo que, deben negarse las pretensiones de la demanda.

6. Recurso de apelación (Fls. 285 a 290 C. 1)

El único apelante dentro del proceso de la referencia, es la parte demandante, quien inicia su escrito transcribiendo apartes de la sentencia profería en primera instancia, y dice que con relación al diagnóstico de derrame pleural, no hay controversia alguna, y que con ello se sustentan varios hechos de la demanda.

Cita que el objeto del pleito es determinar si después del diagnóstico de derrame pleural se le brindó un tratamiento acorde por parte del personal médico asistencial del Hospital San José de Neira, y si verdaderamente se hizo remisión a una IPS con mayor nivel de complejidad, y que fue lo ocurrido en dicho trámite.

Cita algunos apartes de la historia clínica de la paciente, y se refiere a la fecha 10 de diciembre de 2009, se encuentra en el ítem denominado Anamnesis, examen físico y evolución el diagnóstico de derrame pleural realizado por el doctor Carlos A. Gutiérrez, así como cita la hora de su muerte; y sostiene que en el documento denominado remisión de pacientes, con membrete del hospital San José de Neira no aparece nombre de ninguna IPS donde dice remitido a.

De igual manera, cita que en la declaración rendida por la médica Patricia Ruíz Jiménez, el 13 de octubre de 2011, acepta que la señora Rosa Estella era una paciente afiliada al régimen subsidiado de Caprecom, y que por ser una patología no pos, la responsabilidad era de la DTSC, quien a través del CRUE debía ubicarla en un mayor nivel de complejidad.

Se refiere al oficio suscrito por el Subdirector de Prestación de Servicios de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, resaltando que allí se dice que al revisar los registros de los días 10 y 11 de diciembre de 2009, no se encontró reporte de la señora Rosa Estella Martínez Echeverry, para dar inicio a proceso de referencia en un nivel superior; y que, a dicha prueba, la señora Juez le resta credibilidad, afirmando que es ilegible dicho documento; reprochando lo anterior, y diciendo que lo reposa dentro del proceso es una certificación de un funcionario público, la cual da cuenta que la paciente nunca se comentó con el CRUE; además por cuanto afirma que el documento si es legible.

Señala el apelante que la conclusión de la Juez es contraevidente, porque al leer la historia clínica allí se dice que se comenta con el médico de turno, por lo que, la llamada se hizo fue a Villa Pilar y no al CRUE, de lo contrario, sería tanto como decir que la certificación del CRUE contiene una falsedad ideológica, teniendo la Juez la responsabilidad de indagar realmente por lo sucedido.

Afirma que otra inconformidad con el fallo de primera instancia es que, desconoce la Juez la jurisprudencia relacionada con la pérdida de oportunidad, debiéndose acudir en ese caso a una prueba indiciaria, y que si se hubiera dado la remisión de la paciente de manera oportuna, se hubiera tenido una alta probabilidad de salvar su vida. Y que de acuerdo con las anotaciones en la historia clínica, y el testimonio del médico Samuel Villegas Estrada, se evidencia que el deterioro en la salud de la paciente se dio a partir del derrame pleural, el cual si bien fue diagnosticado a tiempo, fue la falta de remisión a una IPS de mayor nivel de complejidad, lo que ocasionó su agravamiento, y su inesperado y repentino fallecimiento.

Finalmente se refiere a la objeción hecha al dictamen pericial del médico José Copiano Zambrano, pues allí se dijo que al CRUE al cual se llamó y se envió por fax la nota de remisión, se cae de su peso, por cuanto afirma que, se demostró que los médicos y personal asistencial del Hospital San José de Neira no fueron diligentes porque omitieron remitir a la señora Rosa Estella Martínez a un nivel de mayor complejidad; reiterando que debe tenerse en cuenta el oficio del Subdirector de Prestación de Servicios de la DTSC, así como que no puede catalogarse como dictamen pericial el que reposa dentro del proceso, porque éste se limitó a transcribir las notas de la historia clínica de la paciente, y por cuanto la conclusión señalada no está soportada con literatura científica o de otros médicos que respalden lo allí mencionado; solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

7. Alegatos de segunda instancia

7.1. Parte demandante (Fls. 6 a 10 C.5)

El apoderado judicial de la parte demandante presentó su escrito de alegatos de segunda instancia, los cuales coinciden en su totalidad con el recurso de apelación interpuesto que repos entre folios 285 y 290 del cuaderno 1, motivo por el cual no se hace en este punto ningún resumen en particular.

7.2. Parte demandada (Fls. 11 a 13 5)

La apoderada judicial de Par Caprecom Liquidado se pronuncia aduciendo inexistencia de nexo causal, por cuanto el daño se produjo como consecuencia de las patologías que sufría la paciente, y no por falla en la prestación del servicio; pues afirma que la paciente recibió tratamiento adecuado, y el daño se presentó por causa extraña sin nexo de causalidad entre acción u omisión en la prestación del servicio de salud.

Seguidamente hace varias citas jurisprudenciales y afirma que a la paciente se le prestó adecuadamente el servicio de salud, por lo que debe absolverse a Par Caprecom Liquididad.

8. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto en el presente asunto.

II. Consideraciones

Solicita la parte actora que se declare que el hospital San José del Municipio de Neira - Caldas, y de CAPRECOM E.P.S., son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados con la muerte de Rosa Estella Martínez Echeverry a su compañero permanente Román Obando Londoño y sus hijos Daniela, Yulieth y Elkin Yamil Obando Martínez.

Debe precisarse que los problemas jurídicos que se resolverán en este proceso, se circunscriben exclusivamente a los motivos de inconformidad planteados por la única parte apelante dentro del presente asunto, que es la parte demandante.

Por lo anterior, se permite esta Sala hacer sinopsis de los argumentos expuestos por la demandante en su escrito de apelación, los cuales trae como motivos de inconformidad con la sentencia proferida, a saber:

1. Afirma que después del diagnóstico de derrame pleural, no se brindó a la paciente un tratamiento adecuado, por no remitirse a la paciente a un mayor nivel de complejidad.
2. Dice que el documento denominado remisión de pacientes solicitud, está ilegible en la parte donde debe ir a qué entidad se remite, y que no aparece el nombre de ninguna EPS.
3. Se refiere a la declaración de la médica Patricia Ruíz Jiménez, y también sostiene que el oficio SPS - CRUE 237 de fecha 6 de septiembre de 2012, firmada por el Subdirector de Servicios de la DTSC dice que no se encontró reporte de la señora Rosa Estella Martínez Echeverry para iniciar proceso de referencia a nivel superior; y que ante dicha prueba la Juez de primera instancia dice que salta de bulto lo ilegible de dicho documento, con lo cual difiere; y que ello resultaría contradictorio con la historia clínica de la paciente; no obstante, al revisar la misma, se advierte que la llamada relacionada con la remisión de la paciente se hizo fue a la Clínica Villa Pilar y no al CRUE. Negando la juez las pretensiones con base es una mera inscripción de la historia clínica, sin hacer uso de sus facultades de investigar lo sucedido, desconociendo además la jurisprudencia del Consejo de Estado con relación a la pérdida de oportunidad; y afirma que debido a no haber sido remitida oportunamente la paciente a un nivel superior de atención en salud, perdió su probabilidad de salvar su vida.
4. Cita finalmente la objeción realizada al dictamen pericial, aduciendo que se cae de su peso la afirmación que allí se hace que al CRUE se llamó y se envió por fax la nota de remisión, pues el personal médico y asistencial del Hospital San José de Neira no fueron diligentes, pues omitieron remitir a la paciente a un mayor nivel de atención en salud, y que debe tenerse en cuenta el oficio de la DTSC antes

mencionado. Así como que dicho documento no puede denominarse dictamen pericial, pues se limitó a la transcripción de una notas de la historia clínica, y su conclusión no está soportada con literatura científica o con otros métodos que respalden lo allí mencionado.

1. Los problemas jurídicos a resolver

1. ¿Cuál fue la atención en salud brindada a la señora Rosa Estella Martínez Echeverry antes y después del diagnóstico de derrame pleural?
2. ¿Qué es lo que se encuentra probado dentro del proceso con relación al procedimiento de remisión de la paciente a un nivel superior de atención en salud?
3. ¿Cuáles son las acciones y omisiones imputables a las demandadas; y si esas acciones y omisiones, constituyen la causa eficiente en la producción del daño padecido por la señora Martínez Echeverry?
4. ¿Existe en este asunto omisiones en las que pudieron incurrir las demandadas, que le restaron a la señora Rosa Estella Martínez Echeverry, la oportunidad de tener una adecuada atención en salud, y la oportunidad de salvar su vida?

2. Generalidades sobre la responsabilidad por actos médicos

Ahora bien, sobre el marco jurídico de la responsabilidad por actos médicos, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ ha definido que es el correspondiente al de falla probada, tal como lo ha señalado, en el siguiente sentido:

“De manera reciente 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.

[...] Por lo anterior, la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración es la falla probada; sin embargo, no solamente se estructura la responsabilidad cuando se contrarian los postulados de la lex artis o, esto es, por funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, sino también cuando la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar objetivamente a que ello ocurra.

1 Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera- Subsección B, sentencia de 13 de noviembre de 2014. Rad. 31182 Radicación: 050012331000199903218-0

Así las cosas, como esta Subsección lo recordó en sentencia del 29 de julio del 2013, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que corresponde exclusivamente al demandante, pero dicha exigencia se atenúa mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios. En palabras de la Sala: La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber de probar. (...)”

Así pues, resulta necesario acreditar los elementos que configuran la responsabilidad médica, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel; por lo que se requiere revisar la actuación de las entidades demandadas, con el fin de verificar, para ver si se encuentran los anteriores elementos de los que se pueda desprender una responsabilidad administrativa.

2.1. Del daño

Considera la Sala innecesario estudiar detalladamente este primer elemento, pues éste no es discutido dentro del proceso, correspondiendo a la muerte de la señora Rosa Estella Martínez Echeverry, el cual se encuentra con suficiencia acreditado con el registro civil de defunción (Fl. 12 C. 1).

Para estudiar los demás elementos que configuran la responsabilidad, se hace necesario resolver los siguientes problemas jurídicos:

Prevía solución de los problemas jurídicos planteados, es necesario dejar presente que las entidades demandadas dentro del presente asunto son el Hospital San José de Neira y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM EPS-.

2.2. ¿Cuál fue la atención en salud brindada a la señora Rosa Estella Martínez Echeverry antes y después del diagnóstico de derrame pleural?

De las pruebas que obran dentro del proceso, se relacionan a continuación las que considera esta Sala necesarias para saber cuál fue la atención prestada en salud a la paciente de la siguiente manera:

Historia clínica (Fls. 2 a 11 C. 2)

Triaje

Martínez Echeverry Rosa Estella 24827709
Fecha de nacimiento año 59, mes 11, día 18
Fecha del triaje:
Mes 12 año 2009 hora 00+18 horas
Presuntivo: Dolor torácico.

D-Anameis, examen físico y evolución

Paciente con cuadro de 12 horas de evolución de dolor torácico izquierdo, irradiado a brazo izquierdo
(...)
Dx: Dolor torácico

SS: Dipirona (...) ritmo sinusal sin alteraciones, sin signos de isquemia miocárdica de tórax, tramadol 20 gotas.

Dic/10/09

Paciente manifiesta que continúa con dolor de iguales (ilegible), que se hace más profundo con inspiración trae(ilegible) que muestra borramiento del ángulo (ilegible), izquierdo, no hay otras alteraciones.

Idx: Derrame pleural

Plan:

1. Remisión al 3er nivel de atención
2. Frosemida amp #1 N
3. Dipirona amp # 1N
4. Tapón salinizado

14+15 se llama a Villa Pilar, se comenta y medica de turno (ilegible) que dx es de CRUE por lo que se llama y se envía documentación vía fax.

Evolución

10-12-09

12/h+10 el doctor ordena dejar a la paciente en observación con oxígeno a 3 litros y en reposo.

La paciente manifiesta el dolor en la espalda hacia los costados y ligera dificultad para respirar, no se quiere acostar, que aguanta estar sentada.

El doctor ordena remisión, pendiente que la acepten. La paciente continúa de caída, dice que no se le quita el dolor, que solo descansa un poco con el oxígeno, se informa al doctor Carlos.

14+00

Recibo paciente sedada en silla con O2 bajo cánula (ilegible) con leve dificultad respiratoria, no cianosis, se observa con edema en mmiiss Pte remisión.

16+30

La paciente continúa, ansiosa y pálida, decaída, triste dice que no se le pasa el dolor, se informa al doctor Carlos y ordena cambiar con catéter y aplicar medicamentos diluidos y lentos, los cuales tolera, no presenta reacciones adversas al medicamento, y dice que le baja un poquito el dolor.

18 horas

La paciente continúa con el dolor, se informa al doctor, no se da vía oral, continúa con oxígeno a 3 litros bajo cánula, (ilegible), en camilla semiforter, en reposo, (...) pendiente de remisión.

19+00

Recibo paciente durante la noche, pasó tranquila, sin complicación, consciente, orientada, afebril, hidratada, paciente permanece con O2 bajo cánula nasal a 3 litros, no disnea, no cianosis, paciente refiere que el dolor le pasó, con tapón salinizado para paso del medicamento, la paciente durmió a intervalos largos, eliminó en pato, no hizo deposición. Pendiente remisión, vigilar cambios. Reposo.

11-12-09

Recibo paciente a las 7+00 en el servicio de observación mujeres sentada, acompañada por familiar, se observa en aparentes estables condiciones generales, con O2 bajo cánula a 3 lx sin dificultad respiratoria, manifiesta sentirse mejor con un poco de dolor en la espalda se toman signos vitales estables. P/ que la paciente la revisen en Manizales. Remisión. Avisar cambios.

8+20

Paciente que se encuentra sin acompañante, presenta 1 episodio de convulsión, se traslada inmediatamente a la camilla para realizar primeros auxilios, es valorada por el doctor de turno Mario Benjumea, quien ordena pasar inmediatamente a la paciente a sala de reanimación, se inicia maniobras de reanimación ya que la paciente presenta periodos de apneas, masajes cardiacos sin respuesta, el doctor ordena des fibrilar la paciente. Sin respuesta positiva, se le realiza reanimación cardio pulmonar x 20 minutos, se observan pupilas midriáticas sin signos vitales cianosis, peribuncal y (ilegible), el doctor dice que la paciente se encuentra sin vida.

Evolución

Dic 10/09

18+10

Nota médica

Se llama nuevamente al CRUE manifestando que hasta el momento no han podido ubicar la paciente y que cuando encontraran ubicación me darán respuesta.

1+00

Nota médica

Se interroga paciente manifestando leve mejoría de su cuadro clínico aunque hace énfasis en dificultad respiratoria, igualmente refiere haber pasado buena noche.

XII-11-9

9:00 AM

Paciente que se encuentra en silencio de observación, y a las 8:20 presenta síndrome convulsivo (ilegible) en reanimación (··).

Remisión de Pacientes Solicitud. Folio 6 C. 2

Hospital Departamental San José de Neira - Caldas

Rosa Estella Martínez Echeverry

Edad 10 a

Carnet Caprecom N2

Fecha de remisión: 10-12-09

Médico que remite: Carlos A. Gutiérrez T.

Servicio al cual remite: Medicina Interna.

Paciente con cuadro clínico de +/- 1 día de evolución consistente en dificultad respiratoria acompañado de dolor a nivel de hemitorax izquierdo que aumenta con la inspiración profunda por lo cual asiste a consulta.

Ap: HTA, varice, hospitalizaciones por varice, edema en cara, alérgica a penicilina, no recuerda a que otros medicamentos, toma 2 tb de 25 mg de captopril y 1 tableta de hidroclorotiazida .

E Físico: Paciente en aparentes buenas condiciones generales, afebril, hidratada SV: FA 146/70 FC:103 FR:20, (··) sin alteraciones, or normal, C/P Rs Cs Rs sm soplos murmullo vesicular disminuido de intensidad a nivel de fase pulmonar izquierda, donde hay marcada (ilegible) no hay otros, resto del examen físico dentro de parámetros normales.

Trae rayos x de tórax que muestra derrame pleural izquierdo no otras alteraciones.

Idx: 1. Derrame pleural izquierdo

Se envía para valoración y manejo.

Órdenes médicas.

Dic/10/09

1. Dejar en observación
2. O2 bajo cánula nasal
3. Tapón salinizado
4. Furosemida amp poner IV
5. Dipirona amp poner IV
6. Control de signos vitales
7. Avisar cambios

- A folio 8 del cuaderno 2 obra la hoja de tratamientos y obran los del día 10-12-09, y aparece oxígeno a las 12+10, catéter 16+30, furosemida 16+30 y dipirona

a las 16+30.

- A folio 11 del cuaderno 2 obra un documento denominado consentimiento informado, para el procedimiento de infectología y hospitalización para la paciente de fecha 10-12-09

De la historia clínica de la referencia, respecto de la cual es necesario precisar que parte de ella fue la aportada por la parte demandante entre folios 21 y 28 del cuaderno 1, y aportada en su totalidad entre folios 2 y 13 del cuaderno 3 por parte del hospital San José de Neira, como prueba común decretada dentro del proceso; prueba documental de la cual no se ha reprochado su autenticidad ni ha sido cuestionada dentro del proceso de la referencia.

De la historia transcrita se evidencia lo siguiente:

- La señora Martínez Echeverry Rosa Estella consulta el 10 de diciembre del 2009 a las 00+18 horas en el Hospital San José de Neira - Caldas, por un dolor torácico de 12 horas de evolución; ante lo cual se le aplican medicamentos, se descarta un infarto y se toma radiografía de tórax con la cual se diagnostica un derrame pleural, por lo que se ordena el 10 de de diciembre de 2009 remisión al tercer nivel de atención.
- Del hospital San José de Neira, se llama a las 14+15 a la Clínica de Villa Pilar, para comentar a la paciente con el médico de turno, quién expone que debe llamarse al CRUE, procediendo a llamar y enviar la documentación vía fax.
- A la paciente se le suministra oxígeno y se le tiene en observación, y en las anotaciones médicas se observa siempre pendiente de remisión.
- A las 19+00 del 10 de diciembre de 2009 se consigna nota que la paciente pasó la noche tranquila, sin complicación, y que refiere que el dolor le pasó, con nota nuevamente que está pendiente de remisión.
- Luego aparece anotación del 11 de diciembre de 2009 a las 7:00 a.m., en la que dice que la paciente se observa en aparentes estables condiciones generales, con oxígeno y cánula, sin dificultad respiratoria, que manifiesta sentirse mejor con un poco de dolor en la espalda y que se toman signos vitales estables.
- Seguidamente, a las 8+20 se consigna que la paciente presenta episodio de convulsión, y se traslada a realización de primeros auxilios, y a la sala de reanimación, sin obtener una respuesta positiva a la reanimación cardio pulmonar durante 20 minutos y fallece.

- Obran varias copias de la orden de remisión de pacientes, aportada con la demanda, allegada por la demandada y decretada como prueba común; documento del cual se evidencia que el Hospital San José de Neira tramitó y llenó formato de solicitud de remisión de la paciente Rosa Estella Martínez Echeverry el día 10 de diciembre de 2009, y quien remite es el médico Carlos A. Gutiérrez al servicio de medicina interna, y se cita allí que, hay rayos x de tórax que muestra derrame pleural izquierdo, por lo que se envía para valoración y manejo.
- Hay varias órdenes médicas que dan cuenta de la atención brindada en cuanto a observación, suministro de oxígeno y de medicamentos.

2.3. ¿Qué es lo que se encuentra probado dentro del proceso con relación al proceso de remisión de la paciente a un nivel superior de atención en salud?

Adicional a las pruebas antes mencionadas, reposan dentro del proceso las siguientes:

Informe de Auditoría (Fls. 58 a 60 C. 1)

*Nombre del paciente: Rosa Estella Martínez Echeverry
Identificación: 24827709
Documentos revisados: Historia clínica remitida por el Hospital San José de Neira -Caldas
Fecha de entrega del informe de auditoría: 24 de febrero de 2011*

Resumen de la historia (··)

Análisis

(··) Paciente de 49 años de edad que consultó al servicio de urgencias del Hospital San José de Neira por cuadro clínico de dolor torácico y disnea de 12 horas de evolución. (··)

En la historia hay constancia de la realización de trámites de solicitud de remisión de la paciente a un nivel superior de atención en salud hechos ante el centro regulador de Urgencias y Emergencias (CRUE) de la Dirección Territorial de Salud Caldas, sin obtenerse de él una respuesta positiva para el traslado de la paciente.

Esta solicitud fue realizada a la entidad que efectivamente correspondía hacerla, toda vez que la patología Derrame Pleural que aquejaba a la paciente no está contemplada como competencia del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y por lo tanto su atención es competencia de la Dirección Territorial de Salud, que es la entidad administradora de los recursos de la oferta.

La paciente tuvo una evolución estable de su estado clínico en el servicio de Observación del Hospital San José y recibió la atención en salud necesaria que debía ser prestada en el Primer Nivel de Atención.

La paciente presentó de manera súbita un episodio convulsivo generalizado y posteriormente paro cardíaco respiratorio. Fue manjeada con maniobras de reanimación sin resultados favorables

Sumado a las pruebas relacionadas y a las conclusiones citadas en el numeral anterior, se pueden extraer las siguientes, relacionadas con el proceso de remisión de la paciente:

- El informe de auditoría, coincide en su totalidad con lo consignado en la historia clínica de la paciente, y con lo que se demuestra con el formato de solicitud de remisión de pacientes, en cuanto a que la señora Rosa Estella Martínez Echeverry llegó con dolor torácico de 12 horas de evolución; así como que efectivamente se realizaron los trámites de solicitud de remisión de la paciente a un nivel superior de atención de urgencias.
- La paciente era beneficiaria del régimen subsidiado en salud, por lo que la remisión correspondía coordinarla con el CRUE, del cual no se obtuvo respuesta, siendo diligenciada la remisión el día 10 de diciembre de 2009, a las 14+15 horas, y la paciente falleció el 11 de diciembre a las 8+20; es decir, transcurridas 18 horas y 15 minutos después de haber ordenado la remisión.
- La paciente se presentaba estable, aunque el dolor permanecía, se mostraba ocasionalmente con mejoría, y, horas antes de su fallecimiento, las anotaciones hechas en la historia clínica dan cuenta de que la paciente pasó tranquila la noche, sin complicaciones, y una hora antes de su muerte, se consigna en la historia que la paciente se encuentra estable, en aparente estables condiciones, y que manifiesta que ha mejorado un poco el dolor de espalda; luego la paciente convulsiona y sufre un paro cardio respiratorio sin respuesta favorable ante la reanimación.

Por otra parte, no puede desconocer esta Sala de decisión una prueba documental que reposa dentro del proceso, consistente en el oficio DTSC número SPS- CRUE 237 de 6 de septiembre de 2012 (Fl.175 y 176 C. 3) del cual se extrae:

“(…) En atención a su solicitud, me permito dar respuesta a su oficio Nro. 712 y radicado 2010-00444-00 del 6 de agosto de 2012, en referencia al envío de copia auténtica y legible de la bitácora con el registro de los días 10 y 11 de diciembre del año 2009, para establecer el momento en que se comentó la paciente Rosa Estella Martínez Echeverry, para ser atendida en un nivel superior y que gestiones se realizaron luego de evaluar los registros de los días 10 y 11 de diciembre de 2009, no se encontró reporte de la señora Rosa Estella Martínez Echeverry, para iniciar el proceso de referencia hacia un nivel superior.

*Atentamente,
Héctor William Restrepo Osorio - Dubdirector de Prestación de Servicios DTSC”*

Dicha prueba, se encuentra acompañada de 16 folios, consistentes en la bitácora con el registro de los días 10 y 11 de diciembre de 2009 del Centro Regulador de Urgencias y Emergencias de la DTSC, los cuales se encuentran escritos a mano por diferentes personas, y de las que se encuentran ilegibles, debido a la caligrafía allí impresa, los folios 178, 181 (excepto 2 notas), 191 y 192 del cuaderno 3.

Ahora, si bien el cierto en el oficio transcrito se concluye que no fue encontrado reporte de la señora Rosa Estella Martínez Echeverry para iniciar el proceso de referencia hacia un

nivel superior; también es cierto que en la historia clínica de la paciente aparecen 6 notas asociadas con la orden de remisión y espera de respuesta pertinente; ello entre el triaje, las evoluciones y las órdenes médicas. Sumando a ello hoja de remisión de pacientes del Hospital San José de Neira, en la cual se demuestra la solicitud de remisión de la paciente a un nivel superior de atención en salud por diagnóstico de derrame pleural.

De lo antes citado, debe esta Sala precisar que, sin desconocer el oficio en el que la DTSC informa que no se encontró reporte de la paciente para un nivel superior de atención en salud, tampoco puede desconocer que, efectivamente, hay varios folios en los que se apoya dicha afirmación que se encuentran ilegibles; y más que ello, la historia clínica no ha sido objetada, o cuestionada, o tachada de falsa dentro del presente asunto, y por la naturaleza de dicho documento, entiende esta Sala que todas las anotaciones allí consignadas obedecen a la realidad; máxime por cuanto son inscripciones realizadas por diversas personas del personal de salud del demandado Hospital; de tal manera que, las múltiples anotaciones, con la orden de remisión debidamente tramitada, y el informe de auditoría de Caprecom, tienen un peso superior en cuanto a la demostración de la gestión realizada por el Hospital San José de Neira respecto del proceso de remisión de la paciente, y ante la afirmación realizada por el Subdirector de Prestación de Servicios de la DTSC, sin decirse que no obedece a la realidad, sí puede decirse que esa realidad es la de la DTSC conforme a unas anotaciones, algunas ilegibles, o bien a una realidad relacionada con la gestión allí realizada al respecto; pero no puede afirmarse sin dubitación alguna que, el hospital San José de Neira, no realizó las gestiones pertinentes para la remisión del (paciente, por cuanto los demás documentos prueban lo contrario.

Por otra parte, tampoco puede desconocer esta Sala el dictamen pericial que obra dentro del proceso, y la complementación del mismo, los cuales dicen:

Dictamen pericial. (Fl. 17 C. 2)

El suscrito médico neumólogo, responde, que la paciente Rosa Martínez Echeverry fue atendida en el Hospital departamental San José de Neira - Caldas el día 10 de diciembre de 2009, donde ingresó por dolor a nivel del hemitorax izquierdo de un día de evolución; al momento del ingreso en aparentes buenas condiciones. Tenía como antecedentes: alergia a la penicilina y medicada para la hipertensión arterial con Captopril e hidroclorotiazida. Al ingreso una radiografía de tórax revela un derrame pleural izquierdo y desde el mismo día del ingreso a la paciente se le hace remisión a un tercer nivel, llamando a la Clínica Villa Pilar donde la médica de turno respondió que debían llamar al CRUE al cual se llamó y se envió por fax la nota de remisión y quedó pendiente la nota que señalaba la ubicación de la paciente en un centro de tercer nivel, la cual no llegó.

Se le practicó electrocardiograma el cual fue normal.

La paciente fue manejada con oxígeno y analgésicos.

El día 11 de diciembre de 2009, hizo un episodio convulsivo generalizado con relajación de esfínteres y paro cardio respiratorio, se hizo reanimación por 20 minutos sin respuesta, por lo cual se suspendió reanimación.

Considero que la paciente fue atendida correctamente y que se diligenció la remisión a un

tercer nivel.

*José Copiano Zambrano
Médico Neumólogo*

Complementación del dictamen (Fls. 18 a 19 C. 2)

Para dar respuesta al oficio de la referencia y complementar el dictamen emitido en días pasados, me permito responder el mismo en los siguientes términos.

1. Si ante el diagnóstico realizado: Derrame pleural izquierdo, la Sra. Estella Martínez Echeverry debió ser tratada por medicina interna o por qué profesional de la medicina?

Respuesta: Si debió ser tratada por medicina interna en un centro asistencial de tercer nivel.

2. Si la atención fue suficiente y oportuna?

Respuesta: La atención si fue suficiente y oportuna en el Hospital San José de Neira, puesto que se hizo el diagnóstico oportuno, las intervenciones terapéuticas del caso y la solicitud oportuna e inmediata de remisión al tercer nivel.

3. Si debió ser atendida con urgencia en una entidad hospitalaria de tercer nivel?

Respuesta: Si, porque ante un posible diagnóstico de embolismo pulmonar o infarto del miocardio, debía tener una atención rápida en un centro especializado.

4. Si la historia clínica fue diligenciada conforme a los parámetros de la ley 23 de 1981 y finalmente deberá manifestar si cumplieron todos los protocolos médicos exigidos para este tipo de patología.

Respuesta: Si, la historia clínica fue diligenciada correctamente. Considero que si siguieron los protocolos de atención en el primer nivel para este tipo de patología.

Dicho dictamen es cuestionado en el escrito de apelación de la sentencia, porque a juicio del demandante lo allí consignado no obedece a la realidad, por cuanto los médicos no tuvieron a su juicio, la diligencia para remitir a la paciente a un nivel superior de atención en salud; porque riñe con lo consignado en el oficio antes mencionado de la DTSC; y, porque dice que realmente no puede calificarse como dictamen pericial, pues se limita a la transcripción de unas notas de la historia clínica, y no se soporta en literatura científica.

Frente a las afirmaciones del recurrente en este punto, la Sala considera que, el hecho de que dicho dictamen, además solicitado por la parte demandante en su demanda, así como por la demandada Caprecom, y decretado por el Juez de primera instancia el día 5 de agosto de 2011 (Fls. 14 a 115 C. 1), por el hecho de no favorecer en su contenido a la parte demandante, no implica que deba desconocerse en esta instancia judicial; así como que una vez superado el análisis del oficio de la DTSC con relación a la remisión; quedaría como último cuestionamiento el que no sea tenido como dictamen; ante lo cual esta Sala reitera que así fue decretado en la etapa probatoria correspondiente, y que el Código de Procedimiento Civil vigente para la época de los hechos, específicamente en su artículo 237, relacionado con la práctica de la prueba pericial, no dice que el dictamen no pueda tener transcripciones, ni la exigencia de tener soportes de literatura correspondiente, sino hace alusión a lo que el perito considere necesario.

Por lo anterior, concluye la Sala al respecto que, una cosa es que el dictamen sea poco ilustrativo, o no favorezca a la parte que lo solicita, o que, sea rendido de manera muy general; y, otra muy diferente es que, en una segunda instancia, se diga que no puede ser valorado como dictamen pericial, siendo así como se decretó, por lo que así será valorado por esta Sala, como dictamen pericial.

Así las cosas, las conclusiones del dictamen y su complementación son:

- La paciente Rosa Martínez Echeverry tenía como antecedentes: *“alergia a la penicilina y medicada para la hipertensión arterial con Captopril e hidroclorotiazida”*.
- Una radiografía de tórax evidencia un derrame pleural izquierdo, y el mismo día de su ingreso, se hace remisión a un tercer nivel, quedando pendiente la nota que señalaba la ubicación de la paciente en un centro de tercer nivel, la cual no llegó.
- El día 11 de diciembre de 2009, hizo un episodio convulsivo y paro cardio respiratorio, se hizo reanimación por 20 minutos sin respuesta, por lo cual se suspendió reanimación.
- La paciente fue atendida correctamente y que se diligenció la remisión a un tercer nivel.
- La paciente debió ser tratada por medicina interna en un centro asistencial de tercer nivel.
- La atención fue suficiente y oportuna en el Hospital San José de Neira, puesto que se hizo el diagnóstico oportuno, las intervenciones terapéuticas del caso y la solicitud oportuna e inmediata de remisión al tercer nivel.
- La historia clínica fue diligenciada correctamente.

Finalmente, también se encuentran dentro de las pruebas que reposan dentro del proceso de la referencia, testimonios rendidos por profesionales en salud, de los cuales se transcribe lo siguiente:

Testimonio de la médico Patricia Ruíz Jiménez.

“(…) La señora Martínez Echeverry consultó al Hospital San José de Neira en la fecha referida por un cuadro de dolor torácico, fue ingresada al Hospital para un proceso de observación y se inició trámite de remisión a un nivel de mayor complejidad ya que se determinó que la atención de su patología requería de soporte médico científico mayor al que le podía dar el hospital local. (…) *Un derrame pleural izquierdo es una patología que consiste en la presencia de líquido*

anormal en la cavidad torácica, lo que hace es que compite espacio con el parénquima del pulmón y determina una sintomatología en el paciente que puede llevar a complicaciones de su estado de salud. Inicialmente el diagnóstico se hizo en un primer nivel de complejidad, pero la paciente si requería ser llevada a una mediana complejidad donde se contara con otras ayudas diagnósticas y con la posibilidad de ser valorada por un cirujano general para su intervención terapéutica dentro de todo el proceso de atención que se debe dar a la patología. (...) lo que consta, de lo que tengo conocimiento es que la paciente fue valorada inicialmente en la baja complejidad, se hizo un diagnóstico inicial y se decidió remitir a un nivel de mayor complejidad, en la historia consta su reporte al ente competente para atenderle y para definir el sitio de recepción del paciente. (...) La EPS no conoció del caso, porque el diagnóstico que aqueja a la paciente estaba dentro de las responsabilidades que tenía la Dirección Territorial de Salud, porque el derrame pleural para ser atendido en un nivel de mediana complejidad es una patología no pos, de hecho en la historia consta que todo el trámite se hizo con el Centro Regulador de Urgencias CRUE, que el área que regula las referencias que son responsabilidad de la DTSC. (...) En el régimen subsidiado las responsabilidades de atención, están compartidas con las entidades Territoriales, cuando un paciente tiene necesidades dentro del Plan Obligatorio de Salud, subsidiado y amerita ser remitido a un nivel de mayor complejidad, la IPS primaria que conoce el caso debe reportarlo a la aseguradora dentro de unos términos, que son regulados por el Decreto 4747 y la resolución 3047 del 2007, éstos términos aplican también en el caso de la territorial, son iguales en lo pos y en lo no pos, para las urgencias tiene dos horas para reportar y recibir la autorización, para las acciones prioritarias hasta 48 horas para definirle al usuario el destino o la autorización, y lo electivo si lo hace directamente el paciente y tiene un término de 10 días. Si un usuario afiliado a Caprecom tiene una necesidad de ser llevado de una IPS de mediana complejidad a una de mayor porque la patología es nuestra competencia el Hospital local tiene claro el proceso de referencia, hay una línea de atención local de Call center nacional, una línea regional que funciona las 24 horas al día, y se ubica a donde se va a llevar al paciente (...) cuando la patología es no pos, entonces se debe reportar al Centro Regulador de Urgencias de la Dirección Territorial de Salud, que es la entidad responsable del proceso de referencia y contra referencia en los pacientes hospitalarios que son atendidos por el subsidio de la oferta, en los servicios de lo no pos subsidiado. (...) El pagador que es la Dirección territorial es quien debe buscar la ubicación de la cama (...) uno mirando la historia le llama mucho la atención porque la paciente mejoró del proceso dolor, se compensó, estuvo allí, la IPS le brindó la atención que tenía, la oxigenó, reposo, analgesia, mientras se tomaban las otras conductas (...) la atención inicial de urgencias, que es una de las puertas de entrada a los planes de beneficios está bajo la responsabilidad de las instituciones de baja complejidad del municipio donde es afiliado el usuario principales (...) la entidad responsable en ese caso es la DTS y su responsabilidad inicial desde el momento mismo en que le es remitido el paciente para ubicarlo en el nivel de mayor complejidad (...) la IPS debe diligenciar un anexo técnico (...) Los centros reguladores de urgencias son los que definen los procedimientos y los procesos, y principalmente son los responsables de los procesos de referencia y contra referencia en los servicio que son responsabilidad de la DTS (...) El derrame pleural es una patología no pos subsidiada, por lo que está cargo de la DTSC (...) (Subraya la Sala).

Testimonio del médico Samuel Villegas Estrada

(...) El conocimiento que tengo del caso es de lo que conozco de la historia clínica (...) está establecido en las notas de la historia clínica que el médico dio la orden de remisión y se expidieron las ordenes de remisión, por la patología misma que tenía la paciente de derrame pleural (...) es una patología que no está contemplada en el plan obligatorio del régimen subsidiado, por lo que es la Dirección Territorial quien debe hacerse cargo, en la historia clínica no dice que se solicita el traslado a la EPS, y no sería ella la responsable. (...) lo que se manifiesta en la historia clínica es que no había cama disponible, y estaba pendiente la remisión para el momento en que existiera una cama disponible. (...) es una paciente que manifestaba dolor, por lo que indica que entre menor sea el tiempo para realizar el tratamiento sería mejor (...) el dolor como usted lo dice, es paliado por los medicamentos que le pusieron a la paciente, la paciente recibió tramadol y dipirona, que son tratamientos paliativos, pero que no es un tratamiento para la patología; los demás procedimientos no pueden ser realizados en el primer nivel de atención, y deben

ser hechos en un nivel superior. (...) La conducta es primero manejar el dolor del paciente, manejar sus signos vitales, mantenerlos estables en sus condiciones, oxígeno, mantener un acceso venoso para cualquier emergencia, que fue lo que se hizo según consulté en la historia clínica. (...) En la historia dice que la paciente tuvo un episodio convulsivo y que tuvo un paro cardio respiratorio, las causas son inmensas, cuando hablamos de un paro cardio respiratorio no hablamos de un diagnóstico como tal, sino de un hecho, que puede ser causado por infinidad de problemas. (...) para la remisión del paciente, debe ser aceptado por la otra institución, que tenga los médicos disponibles para tener al paciente en esa institución. (...) un método diagnóstico para confirmar un derrame pleural, es la radiografía de tórax (...) a la señora Martínez se le realizó radiografía en el primer de atención en salud (...) La paciente recibió tratamientos, Dpirona, Tramadol, Oxígeno, líquidos endovenosos, además de los soportes básicos de manejo de enfermería, de tener un acceso venoso disponible, ese es el tratamiento que se hace en el primer nivel de atención. (...) el oxígeno es un medicamento como cualquier otro, se administra por vía inhalación, el hecho de que a una persona se le suministre un medicamento, no quiere decir que una persona no va a fallecer (...)"
(Subraya la Sala)

De conformidad con las pruebas documentales y testimoniales que obran dentro del asunto de la referencia, no hay duda que la paciente fue atendida en el Hospital San José de Neira, y una vez, diagnosticada con derrame pleural, se inició por su parte, el proceso de referencia a una mayor nivel de atención en salud con el Centro de Regulador de Urgencias y Emergencias CRUE, del cual no se obtuvo respuesta durante 18 horas, desde que hizo el primer contacto, hasta el fallecimiento de la paciente; remisión solicitada a 14 horas después del ingreso de la paciente al servicio de urgencias, y cuando se tenía por parte del hospital un diagnóstico claro de derrame pleural, con fundamento en exámenes diagnósticos realizados.

3. El Nexa causal.

Para determinar este elemento, se hace necesario despejar los siguientes problemas jurídicos planteados:

3.1. ¿Cuáles son las acciones y omisiones imputables a las demandadas; y si esas acciones y omisiones, constituyen la causa eficiente en la producción del daño padecido por la señora Martínez Echeverry?

En el recurso de apelación interpuesto se reprocha a las demandas que no se hubiera hecho efectiva la remisión de la paciente a un mayor nivel de atención en salud, cuestiona el hecho de que el Hospital San José de Neira no hubiera llamado al CRUE, ni gestionado de manera efectiva la remisión de la paciente; no obstante, en el hecho cuarto de la demanda se afirma expresamente: "El mismo 10 de diciembre de 2009, a las 14 horas (2 p.m.) el médico Carlos A. Gutiérrez ordena remisión a Manizales y consta en la Historia Clínica que llamó a Villa Pilar y al Centro Regulador de Urgencias -CRUE- enviando la documentación vía fax y a partir de ese momento no se volvió a saber nada, es decir abandonaron a la paciente; no volvió a verse evaluación médica, ni se volvió a insistir en

la remisión”.

De igual manera, en el ítem de la demanda denominado los fundamentos de derecho, se dice: *“el médico general Carlos A Gutiérrez es una actitud negligente e irresponsable y se limitó a expedir una orden de remisión a Medicina Interna y Tercer Nivel, conformándose con enviar la documentación y no hacerle seguimiento hasta que efectivamente se cumpliera con esta”.*

También se advierte que, ni en la demanda, ni en el escrito de apelación se dice sobre las acciones u omisiones de la EPS Caprecom, con relación a la falla en el servicio que se discute en la demanda; y solo, en el hecho doce de la misma, se dice que por cuanto *“la señora Rosa Estella Martínez Echeverry se encontraba afiliada por el sisbén II a Caprecom EPS en el régimen subsidiado, por lo que deberá entrar a responder en forma solidaria, pro la mala calidad del servicio prestado en el Hospital San José de Neira - Caldas”.*

Así como se reitera que, las únicas entidades demandadas en el asunto de la referencia son el Hospital San José de Neira y Caprecom EPS.

De lo expuesto, queda claro que la única omisión que se le imputa en la demanda al Hospital San José de Neira - Caldas, es no haber persistido en la remisión de la paciente a un mayor nivel de atención en salud, hasta que la misma se hiciera efectiva; sin embargo, de todo lo estudiado hasta el momento queda claro que, el Hospital San José de Neira solicitó la remisión de la paciente a un nivel superior de atención en salud al CRUE, diligenció los formatos requeridos, envió los documentos vía fax, y se comunicó en oportunidades posteriores indagando por una respuesta que no llegó de su parte.

También se encuentra demostrado que, la paciente falleció el 11 de diciembre a las 8:20, luego de sufrir un episodio de convulsión y paro cardio respiratorio, ante lo cual el Hospital le practicó las maniobras de reanimación correspondientes durante 20 minutos, sin obtener una respuesta positiva, falleciendo finalmente la paciente.

Tampoco hay duda que el Hospital San José de Neira -Caldas, no se comunicó en ningún momento con la EPS Caprecom, ni ésta intervino de manera alguna en el proceso de referencia de la paciente; y contrario a ello, si se encuentra acreditado que la gestión se realizó el hospital directamente con el CRUE, por ser la paciente beneficiaria del régimen subsidiado, siendo en tal caso, la DTSC y el CRUE, las entidades encargadas de los proceso de referencia y contra referencia de tales pacientes; ello de conformidad con el numeral 8 del artículo 2° y artículo 69 del Acuerdo número 415 de 19 de mayo de 2009, por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras

disposiciones, vigente para la época de los hechos, los cuales contemplan:

“Artículo 2. Definiciones. Para los efectos del presente Acuerdo se adoptan las siguientes definiciones:

8. Entidades territoriales responsables de la operación del Régimen Subsidiado: Son los municipios, distritos o departamentos de los antiguos territorios nacionales que en cumplimiento de la Ley tienen competencias para operar el Régimen Subsidiado. Cuando se definan y apliquen los estándares técnico-administrativos requeridos para operar el Régimen Subsidiado de salud serán responsables las entidades territoriales que cumplan dichos estándares.

Artículo 69. Eficiencia en las competencias de las Entidades Territoriales en el Régimen Subsidiado. Las Entidades Territoriales responsables de la operación del Régimen Subsidiado deberán adelantar con eficiencia y los demás principios rectores que orientan la función pública, las competencias señaladas por la Ley para el aseguramiento de la población en el territorio de su jurisdicción y su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en especial de la población pobre y vulnerable a través del Régimen Subsidiado.”

De igual manera, puede decirse que, respecto de la muerte de la paciente, lo único que se sabe hasta la fecha, es que sufrió un paro cardio respiratorio, desconociéndose el origen del mismo, el cual pudo deberse a variedad de factores, tal como lo dijo el médico Samuel Villegas Estrada en su testimonio.

Así las cosas, de las omisiones imputadas a las demandadas, bien puede decirse por parte de esta Sala que, no se logró demostrar dentro del proceso que la causa eficiente del daño padecido por la señora Martínez Echeverry fuera la no remisión inmediata de la paciente a un nivel de mayor atención en salud; es más, en este momento no resulta posible definir cuál fue la causa eficiente del daño.

3.2. ¿Existe en este asunto omisiones en las que pudieron incurrir las demandadas, que le restaron a la señora Rosa Estella Martínez Echeverry, la oportunidad de tener una adecuada atención en salud, y la oportunidad de salvar su vida?

De todo lo considerado hasta el momento, para la Sala resulta claro que, la paciente presentaba unas condiciones de salud que requerían de remisión a un nivel superior de atención en salud para poder recibir un tratamiento acorde con el derrame pleural que presentaba; también es cierto que, el fallecimiento de la paciente se produjo por un paro cardio respiratorio de origen desconocido.

Por su parte, la historia clínica, como el dictamen pericial, y los testimonios de profesionales en salud rendidos dentro del proceso, coinciden en establecer que para la patología presentada por la paciente, es decir, para el derrame pleural, se requería de manejo en un nivel superior de atención en salud.

También es cierto que, el Hospital San José de Neira cumplió con sus deberes de atención integral a la paciente, así como de realizar las gestiones necesarias para remitirla a un

nivel de atención superior en salud, comunicándose para ello el CRUE.

Así mismo, se ha demostrado que la EPS Caprecom no tuvo conocimiento de dicha solicitud de remisión, y que era directamente el CRUE y la DTSC quienes debían resolver sobre la ubicación de la paciente en un nivel superior de atención en salud.

De conformidad con todo lo expuesto, para esta Sala es claro que, no se encuentran acreditadas dentro del asunto de la referencia, omisiones por partes del Hospital San José de Neira ni de la EPS Caprecom con relación a la atención en salud de la señora Rosa Estella Martínez Echeverry; y contrario a las afirmaciones de la parte demandante, se encuentra demostrado que en el Hospital San José de Neira se le prestó una atención integral, con los elementos que tenían como centro de primer de atención en salud; se le dio atención conforme a los hallazgos presentados, y se precedió a remitir a un centro de mayor atención; pero la aceptación no dependía de dicho hospital, sino de la DTSC y el CRUE.

Todo ello, sumado a que, la señora Martínez Echeverry falleció por un paro cardio respiratorio a las 8:20 del 11 de diciembre de 2009, después que las anotaciones en la historia clínica correspondiente, no daban cuenta de deterioro en su estado de salud, y contrario a ello, muestran no sólo estabilidad, sino leve mejoría en el dolor padecido por la paciente; por lo que mal podría decirse que las demandadas, incurrieron en omisiones que le restaron a la señora Rosa Estella Martínez Echeverry, la oportunidad de tener una adecuada atención en salud, y de salvar su vida.

No obstante la conclusión a la que se allega, esta Sala abordará el tema de la pérdida de oportunidad, pues tanto en la demanda, como en la apelación de la misma, se afirma que a la citada señora se le restó oportunidad de salvar su vida.

3.3. De la pérdida de oportunidad en salud

En relación con la pérdida de oportunidad, el Consejo de Estado² se ha pronunciado en el siguiente sentido:

(...) Se configura en todos aquellos casos en los que una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial. Dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio a actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que

2 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 8 de agosto de 2018. CP. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Rad 05001-23-31-000-2002-00774-01(45138).

deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento³. ”.

(...) recientemente esta Subsección se ha pronunciado en el sentido de considerar que la postura que mejor se ajusta a dicho concepto es aquella que la concibe como un daño derivado de la lesión a una expectativa legítima⁴, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.”. (Subraya la Sala).

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia⁵ ha considerado como elementos esenciales para la configuración de la pérdida de oportunidad: i) certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual; ii) imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento y iii) que la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado; y en sentido similar, el Consejo de Estado⁶ ha planteado como elementos de la pérdida de oportunidad: i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) certeza de la existencia de una oportunidad; y iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima. Elementos que pasa la Sala a analizar.

4. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado

Al revisar cuidadosamente las pruebas estudiadas a lo largo del asunto, para esta Sala es claro que, tal como se refirió en anteriores ítems, la no materialización de remisión de la paciente a un nivel superior de atención en salud, además de no haber sido responsabilidad de ninguna de las entidades demandas; éstas no incurrieron en omisión alguna demostrada dentro del proceso, impidiendo con ello en la comprobación de este elemento esencial para configurar la pérdida de oportunidad.

3 Cita de cita: Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

4 Cita de cita: Esta Subsección en decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas: “El modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad pérdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, “solo el daño y nada más que el daño” a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: “el daño es la medida del resarcimiento”(…). //10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

5 Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Civil. Sentencia de 4 de agosto de 2014 MP. Dra. Margarita Cabello Blanco. Rad. 11001-31-03-003-1998- 07770-01.

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

5. Certeza de la existencia de una oportunidad

De las pruebas que obran dentro del proceso, no se logra desprender de ninguna de ellas certeza de existencia de oportunidad real por: i) no saberse en cuánto tiempo debió haberse realizado de manera efectiva la remisión a la paciente a un nivel superior de atención en salud, según las condiciones por ella presentada, ii) Se ignora hasta el momento cuáles eran las posibilidades reales de vida de la paciente, con los antecedentes médicos presentados, así como debido a que falleció por un paro cardio respiratorio que repentinamente afectó a la paciente, quien horas antes presentaba buenas condiciones generales; por lo que tampoco se encuentra en este caso demostrada la certeza de existencia de una oportunidad.

6. Extinción irreversible de la oportunidad

Finalmente, frente al elemento extinción irreversible de la oportunidad, en vista de la inexistencia de los elementos anteriores, tampoco tiene esta Sala como acreditar dentro del presente asunto una extinción irreversible de oportunidad, pues resulta imposible de determinar cuál era la oportunidad real que tenía la paciente de sobrevivir al derrame pleural, en vista del paro cardio respiratorio padecido.

Así pues, por no concurrir los elementos esenciales para la configuración de la pérdida de oportunidad, y por todo lo considerado a lo largo de esta sentencia, la Sala confirmará la sentencia proferida en primera instancia por las razones acá expuestas, tal como se dirá en la parte resolutive de la misma.

7. Costas

Finalmente, toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión del Sistema Escrito**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el veinte (20) de febrero de dos mil dieciocho (2018), dentro de la demanda presentada como reparación directa, interpuesta por el señor Elkin Yamil

Obando Martínez y Otros contra el Hospital San José de Neira y Caprecom E.P.S., por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo: Sin costas, por lo considerado.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones respectivas en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

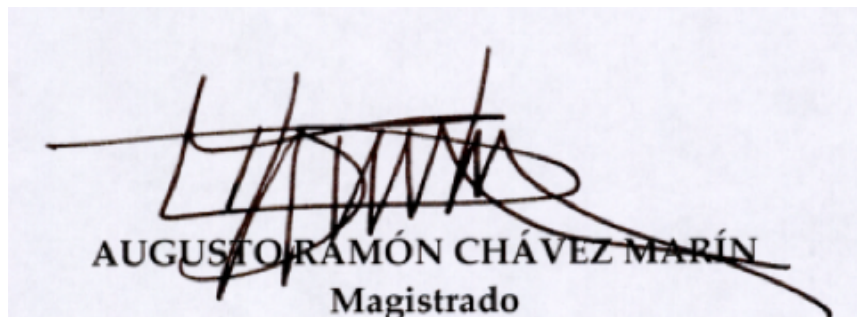
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión ordinaria celebrada en la fecha.

Los integrantes de la Sala de Decisión del Sistema Escrito,



Jairo Ángel Gómez Peña

Magistrado ponente



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

Con impedimento aceptado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión del Sistema Escrito

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, quince (15) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación:	17 001 33 31 008 2011 00523 00
Clase:	Reparación directa
Demandante:	Cristian David Vásquez Jiménez y Otros
Demandado:	Municipio de Salamina - Salud Vida E.P.S. - Hospital Departamental Felipe Suárez de Salamina - Caldas
Providencia:	Sentencia N°. 130

Decide la Sala de Decisión del Sistema Escrito, el **recurso de apelación** interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el tres (03) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas

La parte demandante, mediante apoderada y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, solicita que se hagan las siguientes condenas:

“1. Que se declare administrativamente responsable al Municipio de Salamina, representado legalmente por el señor alcalde Luis Gerardo Noreña García, o por quien haga sus veces; Saludvida S.A. Empresa Promotora de Salud E.P.S., representada legalmente por el señor Juan Carlos López Aguilar, o por quien haga sus veces; y el Hospital Departamental Felipe Suárez E.S.E., representado legalmente por el doctor Jaime de Jesús García Loaiza o por quien haga sus veces, tendiente a obtener la indemnización que les fueron causados a raíz de una deficiente y negligente atención médica al joven Cristian David Vásquez Jiménez.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al Municipio de Salamina, representado legalmente por el señor alcalde Luis Gerardo Noreña García, o por quien haga sus veces; Saludvida S.A. Empresa Promotora de Salud E.P.S., representada legalmente por el señor Juan Carlos López Aguilar, o por quien haga sus veces y el Hospital Departamental Felipe Suárez E.S.E. representado legalmente por el doctor Jaime de Jesús García Loaiza o por quien haga sus veces, el pago de las siguientes sumas de dinero:

- a) Por daños perjuicios morales (···)*
- b) Por perjuicios materiales (···)*

c) *Por daño emergente futuro (…)*

Subsidiariamente: A falta de bases suficientes para la fijación o liquidación matemático actuarial de los perjuicios que se le debe a los demandantes, el Tribunal se servirá fijarlos, por razones de equidad, en el equivalente en pesos a la fecha de la ejecutoria de la sentencia (…)

d) *Por perjuicios a la vida de relación (…)*

3. *Intereses (…)*

4. *Cumplimiento de la sentencia (…)*”

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

Sostiene que el joven Cristian David Vásquez Jiménez, es beneficiario del SISBÉN, otorgado por el Municipio de Salamina - Caldas, se encuentra afiliado a la EPS Salud Vida E.P.S. que a su vez tiene suscrito un contrato con el Hospital Departamental Felipe Suárez E.S.E. de Salamina, para la atención de los afiliados al régimen subsidiado.

Relata el apoderado que el joven Cristián David Vásquez Jiménez, presentó solicitud a la Policía Nacional, para ingresar a esta institución, pero no lo pudo hacer pues padecía, varicocele, le aconsejaron que se hiciera operar y se volviera a presentar; y que el día 3 de marzo de 2009, recurrió al servicio de consulta externa de la EPS, donde le diagnosticaron varices escrotales y es remitido a cirugía general, confirmar el diagnóstico y definir el tratamiento; y que el médico del hospital Felipe Suárez de Salamina, doctor Néstor Mejía Saraza, le diagnostica varicocele en el testículo izquierdo y decide realizar cirugía el 31 de marzo de 2009, la cual se denomina Varicocelectomía.

Afirma que la intervención se llevó a cabo sin que previamente le hubiesen confirmado el diagnóstico clínico con las imágenes diagnósticas, correspondientes, sin hacer valoraciones médicas exhaustivas de acuerdo a la patología padecida; además porque, el joven Cristian David Vásquez Jiménez, antes de ser realizada la cirugía, no fue remitido a especialista en urología por parte de la EPS; y que posterior a la cirugía realizada por el doctor Néstor Saraza, el joven en mención volvió a presentar solicitud de ingreso a la Policía Nacional, pero, nuevamente fue catalogado como no apto, pues aún presentaba varicocele en el testículo izquierdo, además de presentar disminución en el tamaño del testículo, aconsejándole un diagnóstico por parte de un profesional en urología.

Refiere el apoderado que, el 5 de noviembre de 2009, debido a la patología que presentaba el joven paciente, acudió de manera particular a la Clínica Santillana, donde le practicaron ecografía testicular, con un diagnóstico por parte de médico urólogo de atrofia del testículo, además de continuar con la presencia de varicocele en el testículo izquierdo; no obstante haberse dicho en el Hospital Felipe Suárez que sus testículos eran normales.

Así como que actualmente el joven, no solo padece varicocele el testículo izquierdo, sino también atrofia testicular severa, que representa una deformación física con posibles secuelas como infertilidad, así como daños emocionales y morales; sumados a los costos económicos que debe efectuar con el fin de atenuar dichas consecuencias de una mala práctica quirúrgica; consecuencia de la cual, el joven perdió su testículo izquierdo, un grave daño para el demandante, en edad reproductiva, que afecta su vida presente y futura, como también a su familia.

Relata que deben responder de manera solidaria las entidades demandadas por los perjuicios causados a los demandantes, porque no emplearon los mecanismos necesarios para cuidar la vida del paciente, pues con la atención brindada al joven Cristian David Vásquez Jiménez, éste perdió su testículo izquierdo.

3. Normas Violadas

Artículos 1, 2, 6, 48 y 90 de la Constitución Política

Artículos 1.613 al 1.617 y 2.341 del Código Civil.

Artículos 4 y 8 de la ley 153 de 1887

4. Contestación de la demanda

4.1. Municipio de Salamina - Caldas (Fls. 108 a 112 C. 1)

El demandado municipio de Salamina - Caldas, contesta la demanda mediante apoderada judicial y afirma que la mayoría de los hechos de la demanda no le constan; así como que el señor de que el señor Cristian David Vásquez Jiménez, sea beneficiario del SISBEN, por ello no se puede responsabilizar al Municipio de Salamina por la intervención quirúrgica realizada por un médico adscrito al Hospital Departamental Felipe Suárez E.S.E.; así como cuestiona el hecho de no vincular a la demanda al médico Néstor Mejía Salarza, que fue quien operó al demandante.

Seguidamente en el capítulo denominado excepciones, sin que defina una como tal, sostiene que el Hospital Felipe Suárez es un organismo de carácter departamental, bajo las directrices de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, por lo que el municipio de Salamina no puede ejercer control alguno sobre el personal médico del Hospital Felipe Suárez de Salamina; y que el mero hecho de que el señor Cristian David Vásquez Jiménez sea beneficiario del SISBEN, vinculado al municipio de Salamina, no lo habilita para responsabilizar al municipio de Salamina respecto al tratamiento quirúrgico realizado por un cirujano adscrito al demandado Hospital Departamental; y, finalmente solicita, llamar en garantía y vincular al proceso al médico Néstor Mejía Saraza, quien realizó el procedimiento quirúrgico al paciente

demandante.

4.2. Hospital Felipe Suárez de Salamina - Caldas (Fls. 117 a 124 C. 1)

El demandado Hospital Felipe Suárez de Salamina - Caldas responde la demandada mediante apoderado judicial, y sostiene que para la realización del procedimiento quirúrgico, se requería de una autorización de la EPS Salud Vida, acudiendo el paciente a consulta especializada de cirugía general.

Afirma el apoderado judicial que, la intervención quirúrgica realizada, se hizo con base en la experiencia clínica y quirúrgica del médico Néstor Mejía Saraza, sin que en este caso, se haya requerido de exámenes de apoyo diagnóstico.

Con relación al hecho octavo de la demanda, el lo que tiene que ver con la nueva solicitud de ingreso del demandante a la Policía Nacional, refiere el apoderado del demandado hospital que, de acuerdo a las pruebas que obran dentro del proceso, la respuesta que no fue apto, era por presentar astigmatismo, ampliopía refractiva, y varicocele izquierdo; afirmando que no es cierto que, la declaración de no apto, fuera solo por presentar varicocele en el testículo izquierdo.

Así mismo, hace referencia al consentimiento informado firmado por el paciente, llevaba consigo algunos riesgos allí descritos, incluida la atrofia testicular, y reaparición del varicocele; así como el paciente salió en buenas condiciones de la cirugía practicada, y no re consultó nuevamente por ninguna molestia posterior.

Finalmente propone como excepciones las que denomina “Culpa exclusiva del enfermo”, “Inexistencia de clasificación quirúrgica y regulación legal entre las especialidades médicas de urología y cirugía general”, así como la “genérica”; y llama en garantía la Compañía de Seguros La Previsora S.A. y al médico Néstor Augusto Mejía Saraza.

4.3. EPS SaludVida (Fls. 135 a 163 C. 1)

La demandada EPS SaludVida contesta la demanda exponiendo que el señor Cristian David Vásquez Jiménez no es beneficiario del régimen subsidiado en salud, y que no se encuentra afiliado a la EPS SaludVida S.A., pues al verificar sus bases de datos, perteneció a dicha EPS desde el 01 de agosto de 2008 hasta el 20 de julio de 2011, y actualmente está afiliado al régimen contributivo de Coomeva, según la base de datos del sistema único de afiliación; así como que la EPS SaludVida no es la encargada de prestar los servicios de asistencia médica y hospitalaria.

Luego expone que, la EPS no rehusó la atención en salud al paciente, así como que éste,

fue atendido de manera integral, practicándose exámenes diagnósticos y procedimientos requeridos; así como que no se evidencia negligencia alguna por parte de la EPS.

Seguidamente cuestiona los perjuicios morales y materiales solicitados por los demandantes, y propone las excepciones que denominó “Inexistencia de responsabilidad por parte de SaludVida S.A. E.S.P.”, “Cumplimiento contractual por parte de SaludVida EPS”, “Inexistencia de solidaridad”, “Improcedencia de la presunción de culpa”; “Inexistencia de los elementos de responsabilidad que configuren falla del servicio”, “Ausencia de relación causal”, “Ausencia del elemento axiológico del daño”, “Inexistencia de riesgos inherentes a la naturaleza del procedimiento quirúrgico”, “Existencia de consentimiento informado idóneo”, “Aplicación de la discrecionalidad médica en el caso concreto” y “Excesiva tasación de perjuicios”.

4.4. Respuesta llamada en garantía La Previsora S.A. (Fls. 217 a 233 C. 1)

La llamada en garantía la Previsora S.A. contestó el llamamiento en garantía, y sostiene que ninguno de los hechos le consta, así como que de conformidad con la historia clínica del señor Cristian David Vásquez Jiménez, su atención en salud fue oportuna, y adecuada de conformidad con el diagnóstico de varicocele testicular izquierdo, programando cirugía denominada vericolectomía, para el día 31 de marzo de 2009, la cual fue adecuada y bien realizada por el médico Néstor Augusto Mejía Saraza; refiriendo que el paciente no asistió a los controles post operatorios.

Así mismo, dice el apoderado que coadyuva los medios exceptivos planteados por el Hospital Felipe Suárez de Salamina, y que objeta la estimación de la cuantía, por considerarla exagerada.

Formula como excepciones de la demanda las que denomina “Inexistencia de incumplimiento”, “Diligencia y cuidado del hospital Departamental Felipe Suárez de Salamina en la prestación del servicio al señor Cristian David Vásquez Jiménez”, “Inexistencia del nexo causal”, “Culpa exclusiva de la víctima”, “Ausencia o indebida acumulación de pretensiones”, “Carga de la prueba”, “insuficiencia de la prueba”, “Irreal tasación de perjuicios”, “Prescripción”, y “Genérica”.

Así mismo, propuso las siguientes excepciones frente al llamamiento en garantía: “Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro”, “Inexistencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil para los hechos de la demanda”, “Límite de la suma asegurada”, “Deducible pactado”, y la “Genérica”.

4.5. Respuesta llamado en garantía Néstor Augusto Mejía Saraza (Fls. 265 a 282 C. 1)

El llamado en garantía, médico Néstor Augusto Mejía Saraza contestó el llamamiento

mediante apoderado judicial, y sostiene que no es cierto que la intervención quirúrgica realizada el 31 de marzo de 2009, se hubiera realizado sin una valoración adecuada, y contrario a ello, se contó no sólo con una impresión diagnóstica del médico general, sino que ello fue confirmado, por el cirujano Néstor Augusto Mejía, sin que sea cierto que debía ser remitido a valoración por urólogo para esa intervención, la cual cumplió con todos los protocolos y guías de manejo.

Seguidamente propone el apoderado las excepciones que denomina “Riesgo inherente”, “Acatamiento de protocolos de atención por parte del cirujano”, “Obligación del profesional de la salud, de medio y no de resultado”, “Cobro excesivo de perjuicios” y la “Genérica”, y aporta varios anexos con literatura médica sobre el caso.

5. Sentencia Primera Instancia (Fls. 571 a 581 C. 1A)

Mediante sentencia de 3 de diciembre de 2018, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, en la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Inicia la Juez de primera instancia con un estudio sobre los presupuestos de la responsabilidad del estado, con extensas citas jurisprudenciales.

Continúa con el estudio de los elementos probatorios que reposan en el expediente, tales como apartes de la historia clínica del paciente, joven Cristián David Vásquez Jiménez; dictamen pericial rendido por el urólogo Carlos Andrés Caicedo Guzmán; oficio del Jefe Regional de Incorporación a la Policía Nacional; Testimonio rendido por médico Anestesiólogo; interrogatorio de parte al médico Néstor Augusto Mejía Saraza; así como el consentimiento informado firmado por el señor Cristián David Vásquez Jiménez.

Luego afirma la Juez que el varicocele y la atrofia testicular corresponden a un estado patológico del ser humano, y que de ninguna manera puede atribuirse a la práctica de una intervención quirúrgica, así como que la atrofia testicular es una consecuencia misma del varicocele no tratada, y no causado en cirugía, sino por la propia enfermedad. Así como sostiene que, la actividad médica frente a la patología padecida por el señor Cristian David Vásquez Jiménez, como lo era el varicocele izquierdo, fue acorde a los protocolos de atención que la ciencia médica determina, como lo refirió el perito urólogo en su dictamen, exponiendo que los tiempos transcurridos entre la valoración, el diagnóstico y la cirugía, fueron adecuados; y que, la cirugía practicada al demandante, no le causó daño alguno, y contrario a ello, se infiere que la complicación o patología consecuente de atrofia testicular, se debió a su propia culpa, por no haber asistido a los controles médicos respectivos, pues si el paciente hubiera consultado a tiempo, dicha atrofia no hubiera ocurrido, pues acudió al Centro de Diagnóstico Urológico SA el 5 de noviembre de 2009, siete meses

después de haberse realizado la cirugía.

Por otra parte, relata la Juez que, en el asunto de estudio no puede hablarse de existencia de un daño antijurídico, en tanto, en cabeza del señor Cristian David Vásquez Jiménez el deber jurídico de soportarlo, toda vez que las patologías por él padecidas, de varicocele izquierda y atrofia testicular, constituyen, respectivamente un estado patológico e inherente a la patología inicial; de manera pues que, no pueden ser consideradas como daño causado por la actividad médica como lo pretendió el demandante.

Concluye la Juez de primera instancia que, al no encontrarse acreditada la existencia del primer elemento que determina la responsabilidad extracontractual del Estado que es el daño antijurídico, por lo que niega las pretensiones de la demanda.

6. Recurso de apelación (Fls. 583 a 590 C. 1A)

El único apelante dentro del proceso de la referencia, es la parte demandante, quien afirma no compartir el fallo proferido en primera instancia pues a su juicio, de la historia clínica de Cristian David Vásquez Jiménez, se evidencia que el médico Saraza no realizó ningún interrogatorio previo a la realización de la cirugía, ni examen físico completo, lo cual contradice, a su juicio, lo dicho en el dictamen pericial rendido por el urólogo, transcribiendo apartes del mismo, así como extensa jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con los deberes médicos y errores de diagnóstico.

Luego de la cita jurisprudencial afirma que, el joven Cristian David nunca fue remitido al médico urólogo, quien era el profesional en medicina idóneo para tratar la enfermedad que padecía, y fue atendido por un médico que no era el indicado para tratarlo, quien no llevó a cabo una valoración exhaustiva por tratarse de un hombre joven en plena edad reproductiva, sí que se le solucionare su problema de varicocele, sino que le causó una atrofia de su testículo izquierdo. Y que, si bien es cierto el citado joven padecía varicocele de testículo izquierdo, la atrofia en el mismo, no constituye una consecuencia de la patología de base, ni es una carga que deba soportar.

Concluye que son varias las circunstancias que constituyen la falla en el servicio que se pueden predicar de las demandas, como lo son, no realizar interrogatorio previo a la realización de la cirugía, ni examen físico completo, ni remisión a urología, ni realización de exámenes diagnósticos; así como que el demandante se encontraba en buen estado de salud, con sus testículos normales, siendo practicada la cirugía por un profesional no especializado, causando a él y a su familia graves perjuicios.

7. Alegatos de segunda instancia.

7.1. Parte demandada municipio de Salamina (Fls. 38 a 43 C.7)

La apoderada judicial del municipio de Salamina presenta su escrito de alegatos transcribiendo apartes de la sentencia de primera instancia, afirmando que las conclusiones allí expuestas, son el resultado de un estudio juicioso de las pruebas allegadas al proceso, donde la actividad médica desplegada se ajustó a los protocolos, y el daño alegado por el demandante, no tiene nexo de causalidad con el actuar del profesional.

Cuestiona que en el escrito de apelación de cuestiones sobre la existencia y el diagnóstico de varicocele, pero que en la demanda se afirma que el paciente había ido a la Policía Nacional, y fue rechazado por presentar dicha enfermedad, por lo que aconsejaron operarse y regresar, afirmando que en este caso, no hubo un error en el diagnóstico y si hubo valoración médica.

Así mismo, sostiene que en la apelación se cuestiona que al paciente no se le hubiera remitido a urología, pero que en el dictamen rendido por el urólogo, éste mismo afirma que la varicocelectomía puede realizarse por un médico titulado que cuente con experiencia en tales procedimientos, sin que exista norma que exija para ello la realización por parte de médico urólogo.

Cita que no hay registro alguno de complicaciones de la cirugía realizada, así como que en la sentencia se aborda el tema de los riesgos inherentes a la misma, estando dentro de éstas, la reaparición del varicocele y la atrofia testicular, por lo que solicita confirmar la sentencia proferida en primera instancia.

7.2. Llamada en garantía La Previsora S.A. (Fls. 44 a 46 C. 7)

El apoderado judicial de la compañía llamada en garantía presenta su escrito de alegatos manifestando su conformidad con la sentencia proferida, y citando que las afirmaciones planteadas en el recurso de apelación no encuentran respaldo probatorio, estando a su cargo la demostración de dichos cargos; y, contrario a ello, de las pruebas que reposan queda claro que el procedimiento fue el adecuado, que no era necesario realizarse por urólogo, así como que, se encontraba dentro de los riesgos inherentes la reaparición de la enfermedad, y se refiere al interrogatorio de parte, testimonio del anestesiólogo, dictamen pericial y consentimiento informado para sustentar su afirmación.

7.3. Demandada SaludVida E.P.S. (Fls. 47 a 58 C. 7)

La apoderada judicial de la demandada E.P.S. sostiene que no le asiste responsabilidad por los daños materiales y morales ocasionados al demandante, y dice reafirmar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Cita la apoderada la historia clínica del paciente y el dictamen pericial rendido, para

concluir que, SaludVida cumplió con sus obligaciones como entidad prestadora del servicio de salud, y que le paciente fue atendido de manera correcta para el diagnóstico presentado, observándose en dicha atención la *lex artis*, y sin que se logre probar la falla que se refieren los demandantes.

Refiere que no se probó que prestación del servicio fuera deficiente, inoportuno o inadecuado; y cita nuevamente las excepciones de “Inexistencia de responsabilidad por parte de SaludVida”, “Cumplimiento contractual por parte de SaludVida E.P.S.” y “Excesiva tasación de perjuicios”.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto en el presente asunto, tal como dice en constancia secretarial que reposa a folio 59 del cuaderno 7.

II. Consideraciones

Solicita la parte actora que se declare que administrativamente responsable al Municipio de Salamina, Saludvida S.A. E.P.S. y al Hospital Departamental Felipe Suárez E.S.E., por los perjuicios materiales e inmateriales padecidos por los demandantes, a causa de la deficiente y negligente atención médica al joven Cristian David Vásquez Jiménez; y que, como consecuencia, se condene a dichas entidades al pago de las sumas de dinero solicitadas.

Debe precisarse que los problemas jurídicos que se resolverán en este proceso, se circunscriben exclusivamente a los motivos de inconformidad planteados por la única parte apelante dentro del presente asunto, que es la parte demandante.

Por lo anterior, se permite esta Sala hacer sinopsis de los argumentos expuestos por la demandante en su escrito de apelación, los cuales trae como motivos de inconformidad con la sentencia proferida, a saber:

1. Afirma que de la lectura de la historia clínica se desprende que no hubo interrogatorio previo a la realización de la cirugía, ni examen físico completo, y transcribe apartes del dictamen rendido por el especialista en urología.
2. Sostiene el apoderado que el joven Cristian David Vásquez Jiménez, nunca fue remitido a médico urólogo, quien a su juicio, era el profesional de la medicina idóneo para tratar la enfermedad que padecía el paciente.
3. Plantea que, si bien es cierto el joven Cristián David presentaba “varicocele del testículo izquierdo”, la atrofia del mismo, no constituye una consecuencia de la

patología de base, ni una carga que debía soportar.

4. Concluye que son varias las circunstancias que constituyen la falla en el servicio por parte de las entidades demandadas, porque no se realizó examen físico completo, la no remisión a médico urólogo, y la no realización de exámenes diagnósticos; lo que cual tuvo como consecuencia una atrofia del testículo izquierdo del demandante, el cual se encontraba en buenas condiciones de salud, y tenía sus testículos normales; a quien se le practicó una cirugía por un profesional no especializado en urología, causando a él y a su familia graves perjuicios.

1. Los problemas jurídicos a resolver

1. ¿Cuál fue la atención en salud brindada al joven Cristian David Vásquez Jiménez en el Hospital Felipe Suárez de Salamina?
2. ¿El procedimiento quirúrgico realizado al paciente debía practicarse por un médico especialista en urología?
3. ¿Cuál es el origen de la atrofia testicular presentada por el paciente, y si la misma fue o no consecuencia de la cirugía realizada a éste?

2. Generalidades sobre la responsabilidad por actos médicos

Ahora bien, sobre el marco jurídico de la responsabilidad por actos médicos, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ ha definido que es el correspondiente al de falla probada, tal como lo ha definido en el siguiente sentido:

“De manera reciente 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.

*[...] Por lo anterior, la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración es la falla probada; sin embargo, no solamente se estructura la responsabilidad cuando se contrarían los postulados de la *lex artis* o, esto es, por funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, sino también cuando la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar objetivamente a que ello ocurra.*

Así las cosas, como esta Subsección lo recordó en sentencia del 29 de julio del 2013, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera- Subsección B, sentencia de 13 de noviembre de 2014. Rad. 31182 Radicación: 050012331000199903218-0

del nexo causal, se ha dicho que corresponde exclusivamente al demandante, pero dicha exigencia se atenúa mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios. En palabras de la Sala: La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber de probar. (...)”

Así pues, resulta necesario acreditar los elementos que configuran la responsabilidad médica, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel; por lo que se requiere revisar la actuación de las entidades demandadas, con el fin de verificar, para ver si se encuentran los anteriores elementos de los que se pueda desprender una responsabilidad administrativa.

2.1. Del daño

Considera la Sala que este primer elemento, corresponde a la atrofia testicular izquierda con varicocele recurrente padecida por el joven Cristian David Vásquez, se encuentra acreditado con la historia clínica del paciente del CDU que se encuentra a folio 35 de la demanda, por lo que no hará más consideraciones al respecto.

Para estudiar los demás elementos que configuran la responsabilidad, se hace necesario resolver los siguientes problemas jurídicos:

3. ¿Cuál fue la atención en salud brindada al joven Cristian David Vásquez Jiménez en el Hospital Felipe Suárez de Salamina?

De las pruebas que obran dentro del proceso, se relacionan a continuación las que considera esta Sala necesarias para saber cuál fue la atención prestada en salud al paciente de la siguiente manera:

Historia Clínica (Fls. 9 a 27 C. 2)

*Orden de remisión
02/03/2009*

EPS: Salud Vida EPS

Motivo de consulta: Escolaridad bto completo, tiene varicocele y no fue aceptado en la policía por tal motivo.

Examen físico:

Genitario urinario: No encuentro dilataciones venosas significativas. Testículos normales.

Conducta: Remito a PyP y PAT al J - Salud oral - Remito a cirugía general para

confirmar Dx y definir tratamiento
Firma del paciente Cristian D. Jiménez
Medico: Ana Rubiela Arias Patiño.

Epicrisis
Identificación: Vásquez Jiménez Cristian David
Iniciación de la atención: 31-03-09
Finalización de la atención: 01-04-09
Servicio: cirugía
Diagnóstico definitivo: Varicocele izquierdo
Procedimientos quirúrgicos obstétricos: Varicocelectomía
TRtamientos: Hartman. Dipirona. Metroclopramida
Vx: Varicocele izquierda
Ix: Varicocelectomía
Evolución post operatoria normal.

Informe quirúrgico
31-03-09
Intervención practicada: Varicocelectomía
Tipo de anestesia: Raquidea
Descripción de hallazgos operatorios, procedimientos y complicaciones:
Varicocele izquierda
Varicocelectomía a nivel del anillo inguinal profundo
Hemostasia
Cierre por planos

Evolución
31-03-09
01-04-09 9:00 Sale paciente del servicio en compañía de familiares, con herida
seca y limpia. Se dan indicaciones, se entrega formulario

De la historia transcrita se evidencia lo siguiente:

- El joven Cristian David Vásquez Jiménez acudió al Hospital Felipe Suárez de Salamina - Caldas el día 2 de marzo de 2009, y aparece atendido a cargo de la EPS Salud Vida, cuyo motivo de consulta es que “no fue aceptado en la Policía por varicocele”.
- Al joven se le practicó examen físico, el cual consta en la historia clínica, y se dice que encuentra testículos normales, y remite a cirugía general para confirmar el diagnóstico y definir tratamiento.
- Obra atención el día 31 de marzo de 2009 por el servicio de cirugía, cuyo diagnóstico es Varicocele izquierdo, por lo que se practica Varicocelectomía, con anotación de post operatorio normal.
- En el informe quirúrgico no hay constancias de complicaciones o situaciones médicas diferentes, pues el único hallazgo que se encuentra es Varicocele izquierda, con lo que se confirma el diagnóstico inicial; y se especifica que ésta se encuentra a nivel del anillo inguinal profundo, con una evolución satisfactoria, saliendo el paciente del servicio de hospitalización en compañía de familiar, con herida seca y limpia.
- Consta en la historia clínica que al egreso del paciente, se le dan indicaciones y se hace entrega de un formulario.

4. ¿El procedimiento quirúrgico realizado al paciente, consistente en Varicocelectomía debía practicarse por un médico especialista en urología?

Para despejar este problema jurídico, es necesario estudiar las siguientes pruebas que también reposan dentro del proceso:

Dictamen pericial Médico Urólogo Carlos Andrés Caicedo Guzmán (Fls.3 a 7 C.4)

"(···) El varicocele es un estado patológico consistente en reflujo venoso de las venas anteriores del cordón espermático que dilatan este paquete vascular venoso, ocasionando dolor con el ejercicio físico, puede ocasionar igualmente alteraciones en la calidad de fluido seminal y el procedimiento quirúrgico varicocelectomía consiste en ligar ese paquete venoso. (···) El examen diagnóstico es el examen clínico y la historia clínica. En caso de dudas o situaciones particulares puede opcionalmente realizar una ecografía Doppler testicular y/o un espermograma básico. (···) El médico general está en completa capacidad de diagnosticar clínicamente un varicocele. Dependiendo del grado de varicocele, determinado por el examen físico, el varicocele puede ser observado y seguido, manejado con analgésicos o corregido quirúrgicamente. (···) Existen 3 grados de varicocele (con algunos conceptos diferentes en reportes de literatura) a saber:

- a. Grado I: Palpable solo con maniobras de Valsalva*
- b. Grado II: Palpable sin maniobras de Valsalva*
- c. Grado III: Identificable a simple vista*

"(···) Una varicocelectomía puede ser realizada por un médico titulado que cuente con la experiencia en este tipo de procedimientos, adquirida mediante un proceso de formación en el cual aprenda bajo tutoría la realización de los mismos. No existe un documento que delimite las actividades, procedimientos o intervenciones en el ejercicio de la urología o de la cirugía general. (···) Los riesgos advertidos en el consentimiento informado si pueden ser consecuencia de una varicocelectomía. (···)"(Subraya la Sala).

Interrogatorio de Parte del señor Néstor Augusto Mejía Saraza Especialista en cirugía general.

"(···) La cirugía ocurrió toda dentro de los parámetros normales, sin anomalía anestésica ni quirúrgica (···) Está muy claro, cuando el paciente tiene un varicocele muy pequeño, que uno dude de su existencia, está ordenado realizar ecografías y doppler, cuando el paciente tiene un varicocele que clínicamente es evidente, no es necesario el gasto de una ecografía o un doppler, teniendo un diagnóstico clínico evidente, por eso no se le solicitó este tipo de examen al paciente (···) no está determinado con certeza que procedimientos hace el urólogo y que procedimientos hace el cirujano en general, hay ciertas cirugías las cuales puede hacer el urólogo o el cirujano general, el varicocele cabe dentro de este tipo de cirugías, el cirujano general tiene una experiencia muy grande en el manejo del cordón espermático (···) en este campo, el cirujano tiene una experiencia muy grande, porque la cirugía que mas realiza es la hernia en varones, en la que ligan las mismas venas que se ligan en el varicocele (···)"(Subraya la Sala).

Testimonio del señor Jesús María Guzmán Quitian Médico Anestesiólogo del hospital de Salamina - Caldas.

"(···) Es una insuficiencia venosa de las venas espermáticas (···) La única persona interesada en ver al paciente previo a la cirugía es el anestesiólogo, sin importar quién va a operar (···) lo he asistido en la parte médica de muchas cirugías, desde las más sencillas, hasta las más complicadas (···) figura como cirujano general como especialista desde hace mucho tiempo (···) respecto al procedimiento de varicocelectomía que yo recuerde que se haya presentado algo fuera de lo normal, no recuerdo (···) lo he acompañado en varias ocasiones, pero no precisar cuántas, con quiénes (···) que me conste a mi es un médico muy diligente, que ve a sus

pacientes previos a la cirugía, y posteriormente se comunica con ellos, es de los más diligentes que he visto como cirujano general. (...) es una cirugía que es de las más cercanas a la sencillez, una enfermedad que lleva muy pocos riesgos (...) Según lo dice la Sociedad de Anestesiología, un paciente sano, menor de 60 años, no requiere de ningún examen, a no ser que tenga una patología de base. (...) depende como evoluciones el paciente necesita control (...) los controles regulares es independiente, depende de cómo la vaya al paciente, también lo puede hacer el médico general (...)" (Subraya la Sala).

Sumado a las pruebas relacionadas y a las conclusiones citadas en el numeral anterior, se pueden extraer las siguientes de las pruebas antes mencionadas:

- Son coincidentes en afirmar, tanto en el dictamen pericial rendido por especialista en urología; así como en el interrogatorio de parte rendido por el médico especialista en cirugía, Néstor Augusto Mejía Saraza quien realizó la intervención quirúrgica al paciente; y el testimonio del anestesiólogo Jesús María Guzmán Quitian, quien acompañó al cirujano en el procedimiento; que el varicocele es un estado patológico.
- Un médico general está en completa capacidad de diagnosticar clínicamente un varicocele, y dependiendo del grado del mismo, éste puede determinarse por el examen físico.
- Un varicocele puede ser manejado con analgésicos o corregido quirúrgicamente; cirugía que se llama varicocelectomía y que puede ser realizada por un médico titulado que cuente con la experiencia en ese tipo de procedimientos.
- No existen documentos que delimiten las actividades, procedimientos o intervenciones en el ejercicio de la urología o de la cirugía general.
- No se encuentra determinado cuáles procedimientos los realiza el urólogo y cuáles un cirujano general, estando el varicocele cabe dentro del tipo de cirugías que puede realizar un cirujano general.
- Un cirujano general, tiene gran experiencia en el manejo del cordón espermático, porque la cirugía que mas realiza es la hernia en varones, en la que ligan las mismas venas que se ligan en el varicocele; por lo que si se encuentra calificado para realizar la varicocelectomía.
- El médico que realizó la cirugía al joven Cristian David Sánchez Jiménez tiene larga experiencia como médico especialista en cirugía.

De lo resuelto en el problema jurídico anterior queda claro que, el procedimiento quirúrgico realizado al paciente, consistente en varicocelectomía, bien podía practicarse por un médico cirujano; sin que para dicha intervención fuera necesario, imperativo, o mandatorio en los protocolos de salud, que se realizara de manera exclusiva por un especialista en urología.

5. ¿Cuál es el origen de la atrofia testicular presentada por el paciente, y si la misma fue o no consecuencia de la cirugía realizada a éste?

Para resolver este interrogante, se permite la Sala citar los siguientes apartados:

Historia clínica Centro de Diagnóstico Urológico

Fecha: 05/11/09

Hora: 9:20

Edad: 20 años

Enfermedad actual: Paciente que es remitido para descartar la presencia de un varicocele recurrente izquierdo post quirúrgico 2009 Dr. Mejía - Salamina) Clínicamente asintomático.

Examen físico:

Órganos genitales (...) testículo y epididimo derecho sin alteraciones, no hay varicocele a dicho lado, presenta atrofia testicular izquierda marcada no dolorosa a la palpación con varicocele recurrente grado I/II con valsava.

Diagnóstico relacionado: Atrofia del testículo

Conclusiones y plan de manejo: se decide - Indicaciones - ss/ ecografía inguinoescrotal bilateral - Control con resultados.

Enfermedad actual:

Paciente en estudio por varicocele izquierdo recurrente y atrofia testicular secundaria.

Trae: Ecografía inguinoescrotal (nov 5/09) presenta varicocele recurrente leve 2.6 mm de diámetro al lado izquierdo con valsava y atrofia testicular severa.

Diagnóstico: Atrofia de testículo

Diagnóstico relacionado: Varices en otros sitios especificados.

Conclusiones y plan de manejo:

Considero los hallazgos al examen físico, asintomático y la repercusión funcional pobre desde el punto de vista del rendimiento físico (subfertilidad?) ... pienso que este paciente podría observarse sin entrar a realizar tratamientos intervencionistas --- al contrario, en caso de insistirse en un manejo quirúrgico debería realizarsele: Orquidectomía radical por vía inguinal. (Subraya la Sala).

Dictamen pericial Médico Urólogo Carlos Andrés Caicedo Guzmán (Fls.3 a 7 C.4)

"(...) El diagnóstico de Varicocele es clínico, a través de un interrogatorio completo, y un examen físico de iguales características. (...) El varicocele puede ocasionar igualmente alteraciones en la calidad de fluido seminal, atrofia o hipotrofia testicular (...) En grados bajos puede cursar asintomático y no generar secuelas, en grados severos puede ocasionar dolor, atrofia testicular. Alteraciones en la fertilidad pueden identificarse en todos los grados en algunos pacientes. (...) Las posibles complicaciones de una varicolectomía son infección, sangrado, hidrocele, reproducción del varicocele, dolor crónico y/o atrofia testicular. (...) Los tiempos transcurridos entre la valoración por medicina general, la nota parece ser de cirugía general y la intervención quirúrgica son razonables y adecuados para la condición clínica del paciente. (...) (Subraya la Sala).

Interrogatorio de Parte Néstor Augusto Mejía Saraza Especialista en cirugía general.

"(...) después de la cirugía vi a Cristian David a los 8 días de operado para retirarle los puntos, después de eso el paciente no volvió a asistir a controles. (...) La atención fue buena, el paciente consultó en mes de marzo y el mismo mes estaba operado (...) se le recomendó los síntomas que podía presentar, en cuanto a disminución o aumento de tamaño del testículo, hechos antes los cuales el paciente debía consultar, pero el paciente no consultó mas. (...) el varicocele como su nombre lo indica, consiste en várices a nivel del cordón espermático, siempre que uno realiza cirugía de varices, hay una tendencia natural de dichas várices a su reproducción, y esto no lo puede evitar el cirujano, aunque la cirugía la hace de manera correcta.(...) Por tanto no hay culpa por parte del cirujano en la reproducción del varicocele.(...) la atrofia general, es una consecuencia del varicocele no de la cirugía (...) a pesar de habersele recomendado que volviera a consultar si presentaba

algún signo de alarma (...) si el paciente consulta a tiempo, no hubiera generado la atrofia testicular (...) o sea que la culpa de la atrofia testicular, la tiene el paciente que no consultó. (...) yo tenía la experiencia de 27 años en cirugías de varicocele, por lo tanto decidí realizarle la cirugía al paciente (...) Si al paciente el día que le dí salida, le expliqué muy bien que si presentaba cualquier cambio en el tamaño del testículo debía consultar (...)"

Testimonio del señor Jesús María Guzmán Quitian Médico Anestesiólogo del hospital de Salamina - Caldas.

"(...) la atrofia testicular es una consecuencias del mismo varicocele. cuando hay un varicocele por mucho tiempo, que no se trata, puede llevar a una atrofia, no la cirugía, sino el mismo varicocele en sí (...) porque es una atrofia de la sangre venosa. eso aumenta la presión de todos los vasos, disminuye también el flujo sanguíneo arterial que hace que rote el testículo. y eso puede llevar a una atrofia. (...) Dentro de la especialidad mía solamente lo que yo he llegado a observar como anestesiólogo, una puede ser una atrofia testicular sí, pero tiene que ser una persona que no fuera lega en cirugía, para que le ligara todo el cordón espermático y todos los vasos sanguíneos, y sería una cosa que se vería muy rápidamente, y presentaría sintomatología, o sea, el paciente estaría consultando muy prontamente, digo yo, en días. (...) para hablar uno de negligencia debe conocer de la práctica médica (...) salen a recuperación, el doctor Mejía va allá, los valora (...) de unos cuatro años para atrás, se realizaba la varicocelectomía unas cuatro al mes, luego se dispuso que se hicieran solo en Manizales. (...) prácticamente todos los controles dependen del paciente, de las condiciones (...) tiene una residiva (SIC) de un 30% o 35%, dependiendo el testículo, uno drena a la vena renal izquierda, y el derecho drena la vena cava inferior (...) una cosa es que el paciente consulte a tiempo o tardíamente (...)"

De las pruebas en cita, se puede concluir respecto de la atrofia testicular que:

- El paciente es diagnosticado por el CDU el día 5 de noviembre de 2009, con una atrofia de testículo, y dice que como diagnóstico relacionado, está las várices en otros sitios especificados
- El varicocele puede ocasionar entre otros, una atrofia o hipotrofia testicular.
- La Varicocele en grados severos puede ocasionar dolor y atrofia testicular.
- Dentro de las posibles complicaciones de una varicocelectomía, se encuentra incluida, la atrofia testicular.
- Existe la posibilidad de que las várices vuelvan a reproducirse una vez operadas.

De acuerdo con las pruebas que reposan dentro del proceso, para esta Sala no resulta posible afirmar que la atrofia padecida por el paciente, y diagnosticada meses después de la realización de la varicocelectomía es consecuencia de la cirugía varicocelectomía realizada en el Hospital Felipe Suárez de Salamina; pues están las dos afirmaciones relacionadas con que la atrofia testicular puede ser consecuencia de una varicocele en grado avanzado, así como que puede ser una de las posibles complicaciones de dicha cirugía, inherente a ella; siendo necesario dejar presente que, la tesis predominante es

que es producto de una varicocele en estado avanzado.

En el caso de estudio, no hay ningún elemento probatorio que diga cuál es el verdadero origen de la atrofia testicular padecida por el paciente, así como tampoco la causa de que reaparezca la varicocele. Tampoco se encuentra demostrado que la cirugía de varicocelectomía practicada al paciente en el Hospital Felipe Suárez de Salamina hubiera tenido alguna falla, error en el procedimiento, error en el diagnóstico, o cualquier otro tipo de irregularidad de la cual se pueda afirmar sin lugar a dudas que correspondió a un inadecuado procedimiento médico.

Finalmente, en este punto, menos aún podría llegar a afirmarse que la atrofia testicular izquierda presentada en el joven Cristian David Vásquez Jiménez, es consecuencia única y directa de la cirugía practicada, y que ello obedece a una cirugía indebidamente realizada.

6. Conclusiones finales

De conformidad con las pruebas documentales, testimonial e interrogatorio de parte que obran dentro del proceso, y de las consideraciones realizadas por parte de esta Sala, en el asunto de estudio, no solo no se acreditó la existencia de una falla en la prestación del servicio de salud, por cuanto, el diagnóstico de Varicocele realizado al paciente en el Hospital Felipe Suárez de Salamina fue acorde con la patología padecida por el mismo, y el hecho de que no existieran imágenes diagnósticas previas a la cirugía realizada en tal Hospital, no implica en este caso ninguna omisión que arrojará como consecuencia un daño a la salud del paciente, pues quedó claro que dicho diagnóstico bien podría realizarse de manera clínica, sin que fueran necesarios otros exámenes adicionales para este caso específico.

Así mismo, se desvirtuó la afirmación del demandante en sentido de que la varicocelectomía sólo podía realizarse con un especialista en urología, pues el mismo perito en urología, acepta que dicho procedimiento puede ser realizado por un médico cirujano.

De igual manera, nada demuestra que la cirugía realizada al demandante se hubiera practicado por un profesional sin la idoneidad para ello, errando en el procedimiento indicado para ello por la ciencia médica, o habiéndose incurrido en un error durante la realización de la misma.

Al momento de proferir esta sentencia no se sabe a ciencia cierta cuál fue el origen o la causa de la atrofia testicular padecida por el joven Cristian David Vásquez Jiménez, y si ella fue el resultado de un varicocele en estado avanzado, o eventualmente fue una de las consecuencias inherentes de la cirugía practicada; de tal manera que, al no resultar

posible determinar si la atrofia testicular era un condición patológica natural del paciente, o el resultado de una varicocele en estado avanzado, o excepcionalmente, una de las eventuales consecuencias de una varicocelectomía, mal podría decirse que la cirugía realizada en el Hospital Felipe Suárez, fue la causa eficiente de dicha atrofia, motivo por el cual, bien puede afirmar esta Sala que en este caso, no se encuentra acreditada la existencia de un nexo causal que dé lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

7. Del reconocimiento de personería y renuncia de poderes

A folio 11 del cuaderno 7 obra memorial allegado por la apoderada del Municipio de Salamina, abogada Liny María Salazar Delgado, identificada con cédula de ciudadanía número 24.335.380 de Manizales y portadora de la tarjeta profesional número 168.750 del C.S. de la J. allega memorial de renuncia de poder, adjuntando el envío de la renuncia al alcalde municipal de Salamina - Caldas.

De igual manera, a folio 20 del cuaderno 7 obra memorial allegado por la apoderada de la demandada SaludVida S.A. E.P.S. Mery Madeleine Daccach Delgado identificada con cédula de ciudadanía número 1.053.794.201 de Manizales y portadora de la tarjeta profesional número 221.995 del C.S. de la J. mediante el cual renuncia al poder a ella conferido en tal calidad, adjuntando el envío de la renuncia a la EPS en mención.

Así pues, por reunir las renunciaciones en mención los requisitos necesarios para la aceptación de las mismas, de conformidad con el artículo 76 del CGP, se aceptarán éstas, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Por otra parte, a folio 24 del cuaderno 7 obra memorial poder conferido por la Representante Legal de la EPS SaludVida S.A. a la abogada Lizeth Jaliksa Rengifo Giraldo, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.054.990.350 de Chinchiná - Caldas, y portadora de la tarjeta profesional número 311.033 del CS de la J.; aportando el correspondiente certificado de existencia y representación legal en la cual consta su calidad de representante legal suplente.

Finalmente, a folio 61 del cuaderno 7 obra memorial poder conferido por el alcalde municipal de Salamina - Caldas a la abogada Sandra Carolina Hoyos Guzmán, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.441.445 de Bogotá, y portadora de la tarjeta profesional número 168.650 del CS de la J.; aportando el documento que lo acredita como alcalde municipal

Poderes conferidos y citados anteriormente que, por reunir los requisitos contemplados en el CGP, hay lugar al reconocimiento de dichas personerías, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

8. Costas

Finalmente, toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión del Sistema Escrito**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el tres (03) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), dentro de la demanda de reparación directa, interpuesta por el señor Cristian David Vásquez Jiménez y Otros contra el Hospital Felipe Suárez de Salamina - Caldas, la EPS SaludVida y el municipio de Salamina - Cadas, por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo: Reconocer personería para actuar como apoderada judicial de la demandada EPS SaludVida S.A. abogada Lizeth Jaliksa Rerngifo Giraldo, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.054.990.350 de Chinchiná - Caldas, y portadora de la tarjeta profesional número 311.033 del CS de la J..

Tercero: Reconocer personería para actuar como apoderada judicial del demandado municipio de Salamina - Caldas a la abogada Sandra Carolina Hoyos Guzmán, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.441.445 de Bogotá y portadora de la tarjeta profesional número 168.650 del CS de la J.

Cuarto: Aceptar la renuncia del poder presentada por la abogada Liny María Salazar Delgado, identificada con cédula de ciudadanía número 24.335.380 de Manizales y portadora de la tarjeta profesional número 168.750 del C.S. de la J. quien actuaba como apoderada judicial del Municipio de Salamina.

Quinto: Aceptar la renuncia del poder presentada por la abogada Mery Madeleine Daccach Delgado identificada con cédula de ciudadanía número 1.053.794.201 de Manizales y

portadora de la tarjeta profesional número 221.995 del C.S. de la J. quien actuaba como apoderada judicial de SaludVida S.A. E.P.S.

Sexto: Sin costas, por lo considerado.

Séptimo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones respectivas en el programa “Justicia Siglo XXI”.

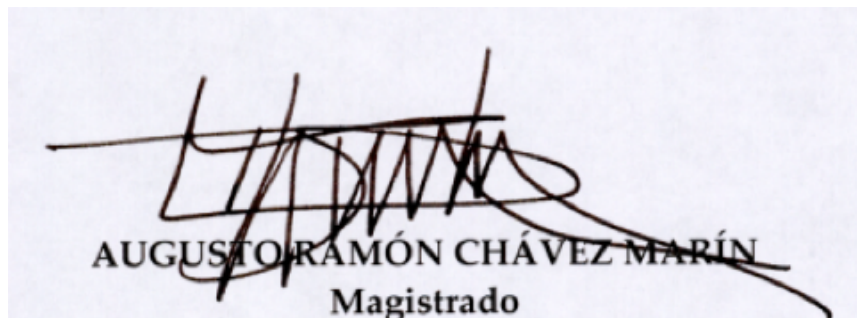
Notifíquese y cúmplase

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Extraordinaria celebrada en la fecha.

Los integrantes de la Sala de Decisión del Sistema Escrito,

A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'Jairo Ángel Gómez Peña', written in a cursive style.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente

A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'Augusto Ramón Chávez Marín', written in a cursive style. Below the signature, the text 'AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN' and 'Magistrado' are printed.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado
Con impedimento aceptado

17-001-33-33-004-2017-00226-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Sustanciador: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dieciocho (18) de DICIEMBRE de dos mil veinte (2020)

A.I. 418

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por el Juzgado 4° Administrativo de Manizales, con el cual declaró terminado, por pago, el proceso **EJECUTIVO** promovido por la señora **MÉLIDA RUBY MAFLA CRIOLLO Y OTROS**, contra la **ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE ARANZAZU (CALDAS)**.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Impetraron los demandantes, se libre mandamiento ejecutivo contra la accionada por las siguientes sumas de dinero:

- Por concepto de perjuicios morales, 100 s.m.m.l.v. para MÉLIDA RUBY MAFLA CRIOLLO, JERSON ALEXANDER MAFLA AGUDELO y LUZ DIOGENECIA AGUDELO SÁNCHEZ, y 50 s.m.m.l.v. para GLORIA ELENA MAFLA, JULIO CÉSAR MAFLA, FABER GONZÁLEZ MAFLA, LUZ KARINE GONZÁLEZ MAFLA y MARIA AIDEE GONZÁLEZ MAFLA.
- Por lucro cesante \$ 112'488.388 para JERSON MAFLA AGUDELO, \$ 114'148.957 para DIOGENECIA AGUDELO SÁNCHEZ y \$ 99'205.598 para MÉLIDA MAFLA CRIOLLO.

Lo anterior, teniendo como base la sentencia de condena proferida por el Consejo de Estado en el año 2015, dentro del proceso de reparación directa promovido por los demandantes contra la entidad hospitalaria.

EL AUTO APELADO

El Juzgado 4° Administrativo de Manizales declaró terminado el proceso ejecutivo por pago de la obligación, ordenando en consecuencia el levantamiento de la medida cautelar de embargo que había decretado sobre los dineros de propiedad del ente hospitalario demandado.

Con base en el artículo 421 del CGP, la operadora judicial concluyó que la obligación se halla satisfecha, en la medida que fueron aportados acuerdos de pago suscritos por la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE RIOSUCIO con los accionantes, por las mismas sumas por las que el juzgado libró mandamiento ejecutivo, y los correspondientes recibos de consignación del dinero.

Respecto a las sumas de dinero pertenecientes a los demandantes LUZ DIOGENECIA AGUDELO SÁNCHEZ y JERSON MAFLA, indica que las consignaciones fueron hechas a órdenes del Juzgado 2° Laboral del Circuito de Manizales, en virtud de la medida de embargo decretada por esa unidad judicial sobre los dineros en mención, pues cursa en ese despacho proceso ejecutivo para obtener el pago de honorarios del abogado LUIS ALIRIO TÓRRES BARRETO contra los citados ciudadanos.

Sobre las apreciaciones del Dr. TORRES BARRETO, quien ha fungido como apoderado de la parte actora dentro del presente trámite de ejecución, y quien manifiesta que no consiente el acuerdo de pago al que llegaron los accionantes y el hospital por considerarlo irrisorio, la jueza estimó que esto no obsta para avalar la terminación del proceso, en atención a que el acuerdo contiene las sumas por las cuales dicha funcionaria libró mandamiento de pago; además, anota, el mandato conferido al citado apoderado fue revocado.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

El abogado LUIS ALIRIO TÓRRES BARRETO, quien como se indicó, ha actuado como apoderado de la parte actora tanto en el proceso ordinario como en el trámite de la ejecución, presentó recurso de apelación contra el auto con el cual se dio por terminado el proceso ejecutivo por pago de la obligación.

Inicia haciendo un recuento de las principales actuaciones surtidas desde que se presentó el daño por responsabilidad médica en el año 1997, que dio origen al proceso de reparación directa contra la ESE accionada y, posteriormente, este trámite ejecutivo, aclarando que, según lo acordado con los demandantes en su contrato de prestación de servicios profesionales, el pago de sus honorarios se pactó en la modalidad de cuota Litis, por lo que le asiste pleno interés en las resultas del proceso.

Explica que transcurrido el término legal de 18 meses luego de ejecutoriada la sentencia de condena, la entidad demandada no había efectuado el pago, proponiéndose una fórmula de conciliación que él como apoderado de la parte actora no aceptó. Sin embargo, anota, posteriormente se enteró que la entidad demandada, valiéndose presuntamente de engaños, convenció a los accionantes de realizar un acuerdo de pago y, además, le fue revocado el poder inicialmente conferido para representarlos en el proceso.

Sobre la revocatoria del poder, también señala, que vulnera la prohibición establecida en el contrato de prestación de servicios suscrito con los accionantes, pues se trata de un negocio pactado a cuota litis, por lo que sus honorarios solo se verían satisfechos al final del proceso; fuera de ello, anota que el Tribunal Administrativo de Caldas aceptó la revocatoria del poder sin correrle previo traslado del escrito, ni exigir el paz y salvo de sus honorarios.

Puntualiza que la jueza de primera instancia ha hecho caso omiso a sus solicitudes de medidas cautelares para obtener el pago total de la obligación, reiterando que el artículo 1627 del Código Civil exige que el pago debe estar conforme con la obligación, por lo que debe incluir el capital y los intereses.

CONSIDERACIONES DE LA

SALA DE DECISIÓN

Cuestiona el Dr. LUIS ALIRIO TÓRRES BARRETO la decisión adoptada por la jueza de primera instancia, con la cual dispuso terminar, por pago de la obligación, el proceso ejecutivo adelantado contra la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE ARANZAZU (CALDAS); cabe destacar que el togado TORRES BARRETO ha fungido como apoderado de los demandantes tanto en el proceso de reparación directa, como en el contencioso de ejecución.

El elemento medular que sustenta la providencia apelada tiene que ver con la extinción de la obligación por pago, elemento refutado por el apelante, quien además de replicar la forma cómo la entidad demandada llegó a acuerdos de pago con los demandantes y la revocatoria del poder que le fuera conferido para representarlos, estima que tales sumas son irrisorias, y el pago ha debido incluir la totalidad del capital e intereses. Insiste en que la continuación del proceso ejecutivo es la única garantía que tiene para el pago de sus honorarios.

El artículo 1626 del Código Civil define el pago como la prestación efectiva de lo que se debe, mientras que el canon 1757 *ídem* establece por modo literal que, *‘Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta’* /Resalta el Tribunal/, aspectos que tuvo en cuenta la juzgadora para dar por culminado el proceso de ejecución.

El H. Consejo de Estado ha determinado que, tratándose de procesos ejecutivos adelantados contra entidades públicas para el cobro de obligaciones basadas en providencias judiciales, la excepción de pago implica una carga probatoria a cargo de la entidad pública que alega este medio de oposición a la pretensión ejecutiva.

Así lo indicó en providencia de cuatro (4) de octubre de 2018 con ponencia del Magistrado Julio Roberto Piza (Exp. 11001-03-15-000-2018-02056-00):

“(…) En tal sentido, teniendo en cuenta que la [actora] aportó con la demanda ejecutiva la sentencia

condenatoria de nulidad y restablecimiento del derecho, con la constancia de ejecutoria, será a la UGPP a la que le corresponderá, vía excepción contra el título, demostrar que el pago de la obligación reconocida por la jurisdicción se efectuó de manera oportuna. Se insiste, la carga de la prueba en relación con el pago corresponde a la parte que pretende beneficiarse /de/ éste” /Destaca el Tribunal/.

Sobre el particular, se halla acreditado lo siguiente:

➤ Mediante sentencia datada el 14 de julio de 2003, el Tribunal Administrativo de Caldas accedió parcialmente a las pretensiones de los actores en el proceso de reparación directa promovido contra la ESE SAN VICENTE DE PAUL DE ARANZAZU (rad. 1998-00661-00), demanda con la cual buscaban la declaratoria de responsabilidad extracontractual de esa entidad hospitalaria por la muerte del señor URIEL MAFLA, ocurrida en 1996.

Por concepto de perjuicios materiales, el Tribunal condenó al hospital el pago de \$ 26'755.769,26, mientras que por perjuicios morales lo fue por la suma de 50 s.m.m.l.v para la compañera permanente y el hijo de la víctima, y 20 s.m.m.l.v para cada uno de los hermanos.

➤ El 20 de septiembre de 2015 el Consejo de Estado - Sección Tercera profirió sentencia de segunda instancia, modificando la sentencia del Tribunal en los siguientes términos:

“(…) CONDENAR a la E.S.E. Hospital San Vicente de Paúl de Aranzazu - Caldas, a pagar a los demandantes las siguientes sumas como indemnización por el daño moral sufrido:

A Mélida Ruby Mafla Criollo, Jerson Alexander Mafla Agudelo y Luz Diogenia Agudelo Sánchez, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales

mensuales vigentes en la época de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno de ellos.

A Gloria Elena Mafla, Julio César Mafla, FABER González Mafla, Luz Karine González Mafla y Martha Aideé González Mafla, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno de ellos.

CUARTO. CONDENAR a la E.S.E. Hospital San Vicente de Paúl de Aranzazu - Caldas, a pagar las siguientes sumas como indemnización por lucro cesante:

A Jerson Alexander Mafla Agudelo, la suma de CIENTO DOCE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$112.488.388).

A Luz Diogenia Agudelo Sánchez, la suma de CIENTO CATORCE MILLONES CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$114.188.957).

A Mélida Ruby Mafla Criollo, la suma de NOVENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$99.205.598)".

➤ Mediante auto datado el 27 de julio de 2017, el Tribunal Administrativo de caldas aceptó la revocatoria del poder conferido por los demandantes al abogado LUIS ALIRIO TÓRRES BARRETO, tal como obra en el documento digital N°2 (pág. 69).

➤ Con auto de 10 de noviembre de 2017, el Juzgado 4° Administrativo de Manizales libró mandamiento ejecutivo por las siguientes sumas de dinero:

EJECUTANTE	CAPITAL	INTERESES MORATORIOS
MÉLIDA RUBY MAFLA CRIOLLO	\$ 163'640.598	80'870.114,96
JERSON ALEXANDER MAFLA AGUDELO	\$ 176'923.388	\$ 87'439.788,89
LUZ DIOGENECIA AGUDELO SÁNCHEZ	\$ 178'623.957	\$ 88'280.250,55
GLORIA ELENA MAFLA	\$ 32'217.500	\$ 15'922.662
JULIO CÉSAR MAFLA	\$ 32'217.500	\$ 15'922.662
FABER GONZÁLES MAFLA	\$ 32'217.500	\$ 15'922.662
LUZ KARINE GONZÁLES MAFLA	\$ 32'217.500	\$ 15'922.662
MARTHA AIDÉE GONZÁLEZ MAFLA	\$ 32'217.500	\$ 15'922.662

➤ El 10 de agosto de 2018 se suscribió acuerdo de pago entre la Gerente de la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE ARANZAZU (CALDAS) y los demandantes MÉLIDA RUBY MAFLA CRIOLLO, LUZ KARIME GONZÁLEZ MAFLA, GLORIA ELENA MAFLA, FABER GONZÁLEZ MAFLA, JULIO CÉSAR MAFLA y **MARTHA** AIDEÉ GONZÁLEZ MAFLA, para el pago de la condena en mención.

En el acuerdo, el HOSPITAL propuso el pago de una única suma de dinero a favor de los accionantes, de la siguiente manera:

- MÉLIDA RUBY MAFLA CRIOLLO: 163'640.598.
- GLORIA ELENA MAFLA: 32'217.500.
- JULIO CÉSAR MAFLA: 32'217.500.
- FABER GONZÁLEZ MAFLA: 32'217.500.
- LUZ KARIME GONZÁLEZ MAFLA: 32'217.500.
- MARTHA AIDEÉ GONZÁLEZ MAFLA: 32'217.500.

Al final del acuerdo las partes pactaron que *‘En relación al pago de intereses, las partes acuerdan, que si por parte de la entidad responsable del pago se da cabal cumplimiento al acuerdo antes relacionado, éstos no serán cobrados por los beneficiarios del fallo, renunciando a los mismos, pero, si se da incumplimiento al pago en cualesquiera de las fechas acordadas, estos se podrán cobrar en forma íntegra y a continuación del primer incumplimiento de pago’*.

➤ En las páginas 156 a 160 del documento digital N° 2 del expediente, constan los soportes de pago de fecha 7 de septiembre de 2018 a cada uno de los demandantes recién identificados, por las mismas sumas que fueron objeto de acuerdo de pago.

➤ El 13 de diciembre de 2018, la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE ARANZAZU (CALDAS) firmó otros acuerdos de pago, esta vez con los demandantes JERSON ALEXANDER MAFLA y LUZ DIOGENECIA AGUDELO SÁNCHEZ; en el caso del primero, por la suma de \$ 176’923.383, y para la segunda, la suma de \$ 178’623.957, en los cuales se hizo idéntica previsión sobre los intereses de mora, es decir, se renunciaba a ellos siempre y cuando la entidad cumpliera con el pago del capital (PDF N° 2, págs. 162-170).

➤ Respecto al pago de estas sumas, obra en el plenario el Oficio N° 268 de 22 de febrero de 2019, emanado del Juzgado 2° Laboral del Circuito de Manizales, con el cual comunica a la ESE demandada, que mediante auto de la misma fecha, esa unidad judicial dispuso “(...) *DECRETAR el embargo del crédito o derecho semejante que la E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL, de Aranzazu, Caldas, le adeude a los señores Mélida Ruby Mafla Criollo, Gloria Elena Mafla, Julio César Mafla, FABER González Mafla, Luz Karime González Mafla, Martha Aideé González Mafla, Jerson Alexander Mafla Agudelo y Luz Diogenecia Agudelo Sánchez*” (Pág. 48 PDF N° 3). Cabe anotar que esta medida cautelar fue decretada dentro del proceso ejecutivo laboral adelantado por el togado LUIS ALIRIO TORRES BARRERO, quien ha fungido como vocero judicial de la parte actora en el presente trámite.

➤ Las cantidades de dinero acordadas con los accionantes fueron puestas por la ESE accionada a disposición del Juzgado 2° Laboral del Circuito de

Manizale,s en virtud de la orden de embargo, según los comprobantes que obran en las páginas 51, 72-73 y 79-80 del PDF N° 3, consignaciones que tuvieron lugar el 11 de junio de 2019 (82'635.951 para JERSON ALEXANDER MAFLA y \$ 82'635.951 LUZ DIOGENECIA AGUDELO SÁNCHEZ), 27 de agosto de 2019 (\$ 65'000.000 para cada uno de los actores) y el 27 de diciembre de 2019 (\$ 29'292.941 para JERSON ALEXANDER MAFLA y \$ 30'993.515 para LUZ DIOGENECIA AGUDELO SÁNCHEZ), con la cual culminó el pago total de la suma adeudada.

En este orden, resulta claro para la Sala que la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL acreditó el pago a favor de los demandantes de las sumas por las cuales la operadora judicial libró mandamiento ejecutivo a título de capital, mismos guarismos que habían sido objeto de acuerdo de pago entre los extremos procesales; y si bien dentro de lo cancelado no se incluye suma alguna por concepto de intereses de mora, ello se explica porque las sumas que correspondían a los intereses fueron objeto de renuncia por los actores en los citados acuerdos de pago, con la condición de que el capital fuera cancelado, como en efecto aconteció.

El carácter conciliable de los intereses se halla definido en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que les ha atribuido este carácter (Sentencia de 4 de junio de 2020, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, Exp. 11001-03-15-000-2020-00286-01):

“Ahora bien, este insiste en que dicha controversia versaba sobre derechos ciertos e indiscutibles y que, por tanto, no era exigible dicho requisito, argumento que no tiene vocación de prosperidad, pues las consecuencias que puedan derivarse de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, que tienen carácter patrimonial, sí son conciliables. En este caso, por ejemplo, además de pretenderse el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, así como el reintegro, se pidió obtener el pago de intereses e indemnizaciones,

asuntos que, sin duda, podrían ser susceptibles de un acuerdo conciliatorio” /Destaca la Sala/.

Así las cosas, el Tribunal convalida la conclusión de la jueza de primer grado al declarar terminado el proceso en virtud de la extinción de la obligación por pago.

Sobre los cuestionamientos que esboza el togado apelante frente a la decisión de aceptar la revocatoria de poder que le había sido conferido por la parte actora, estima la Sala que abordarlos en el marco del proceso ejecutivo resulta a todas luces impertinente, toda vez que dicha decisión se halla inmersa en una providencia judicial que como ya se dijo data de 2017, frente a la cual procedían los recursos de ley. Además, el tema que concita la atención de este juez colegiado se limita a evaluar si operó o no la extinción de la obligación en virtud del pago, y no a abrir el debate sobre la legalidad de un auto dictado en otro contexto como el descrito, cuya providencia, debidamente ejecutoriada, fuerza a su observancia o cumplimiento.

Lo propio ha de concluirse en cuanto a la calificación que el apelante hace respecto de las sumas que quedaron consignadas en los acuerdos de pago que permitieron dar cumplimiento a la sentencia de condena, las cuales considera irrisorias, pues corresponden a las mismas cantidades reconocidas en el mandamiento ejecutivo a título de capital, sin que en esta fase del proceso de ejecución pueda nuevamente debatirse sobre el monto de lo adeudado, mientras que los intereses, valga reiterar, fueron parte del acuerdo de pago en el que se dispuso que no serían cobrados.

Como se anotó en sede de primera instancia, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la posibilidad que los demandantes en un proceso ejecutivo, acepten un acuerdo de pago independiente si dicha actuación es convalidada por su apoderado judicial, atendiendo la calidad que les asiste como titulares del derecho en litigio (Sentencia C-383/15, M.P. Álvaro Tafur Galvis):

“De esta forma, cuando una de las partes, o de los intervinientes involucrados en un proceso judicial, dispone que determinado profesional del derecho habrá de representarlo en la litis no traslada al elegido la titularidad de su derecho de defensa, de por sí inalienable e irrenunciable, sino que, simplemente lo autoriza para ejercer tal derecho a su nombre. Es evidente, en consecuencia, que el poderdante puede vigilar la actuación de su representante y proceder a revocar el poder si aquella, por técnica que parezca, no concuerda con sus expectativas. Queda claro que el derecho de defensa es un derecho subjetivo fundamental, como tal inalienable e irrenunciable, previsto en la Constitución Política como una garantía constitucional y que la defensa en juicio es una de sus manifestaciones más importantes, de ahí que no pueda entenderse que tal garantía se satisface y concluye con la designación de un profesional del derecho para ser representado en juicio”.

Finalmente y aun cuando tampoco resulta válido para enervar el pago de la obligación, la Sala concuerda con la jueza de primer grado al desestimar el planteamiento del apelante, según el cual, no debe darse por terminado este proceso ejecutivo por constituir la única vía que asegura la satisfacción de sus honorarios profesionales, pues como se dejó anotado en el recuento probatorio, cursa otro proceso ejecutivo en el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Manizales para el pago de dichos emolumentos, en el que incluso fue decretada medida de embargo sobre sumas de dinero a favor del Dr. TÓRRES BARRETO.

Bajo esta perspectiva, se confirmará el auto apelado.

Es por lo expuesto que, la Sala 4ª DE DECISIÓN ORAL,

RESUELVE

CONFÍRMASE el auto proferido por el Juzgado 4° Administrativo de Manizales, con el cual declaró terminado por pago, el proceso **EJECUTIVO** promovido por la señora **MÉLIDA RUBY MAFLA CRIOLLO Y OTROS** contra la **ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE ARANZAZU (CALDAS)**.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



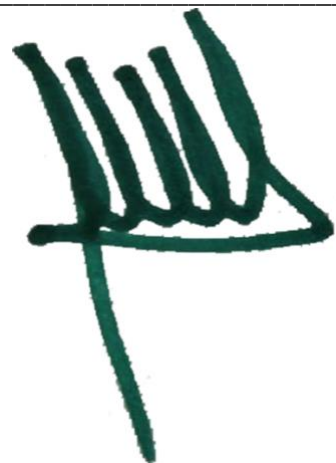
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 001 de fecha 12 de Enero de 2021.

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

Manizales,

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

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-33-39-008-2017-00353-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dieciocho (18) de DICIEMBRE de dos mil veinte (2020)

A.I. 416

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **ALBERTO OROZCO GÓMEZ** contra el **MUNICIPIO DE PALESTINA**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación fue dictada en audiencia, y no se detecta causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, habrá de admitirse el recurso de segundo grado, y con este mismo auto se dará traslado para ALEGACIONES y concepto del Ministerio Público conforme al artículo 247 inc. 4º ibídem.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante, contra la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **ALBERTO OROZCO GÓMEZ** contra el **MUNICIPIO DE PALESTINA**.

¹ Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público, y por estado electrónico a las partes.

EJECUTORIADA esta providencia, comenzará a correr **inmediatamente** para las partes el término de diez (10) días para que presenten sus ALEGATOS DE CONCLUSIÓN; vencido este lapso, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito dentro de los diez (10) días siguientes.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es “sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co” **Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.**

NOTIFÍQUESE

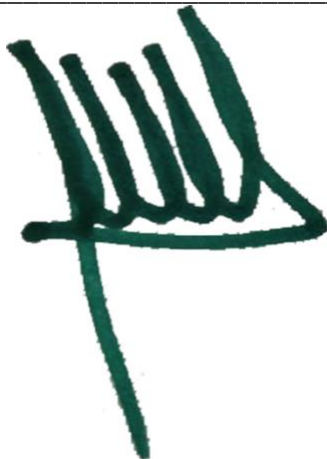


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 001 de fecha 12 de Enero de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, followed by a long diagonal stroke extending downwards.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-33-33-001-2018-00371-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dieciocho (18) de DICIEMBRE de dos mil veinte (2020)

A.I. 417

Mediante fallo de 30 de octubre de 2020, /fls. 13 a 23 C.2/ este Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia emanada del Juzgado 1º Administrativo de Manizales /fls. 156 a 165 C.1/.

De manera involuntaria, en la parte considerativa y resolutive de la providencia se erró en el segundo nombre de la demandante, pues se transcribió MARÍA TERESA MARTÍNEZ RAMÍREZ, cuando en realidad el nombre correcto es MARÍA 'ESPERANZA' MARTÍNEZ RAMÍREZ, por lo cual su apoderado impetra se corrija este yerro /fl. 18 cdno 2/.

CONSIDERACIONES

DE LA

SALA DE DECISIÓN

El artículo 286 del Código General del Proceso (CGP) indica a letra:

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

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

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

En este orden, con fundamento en el precepto reproducido, aplicable en virtud del artículo 306 de la Ley 1437/11, habrá de corregirse la sentencia dictada el

30 de octubre de 2020, en el sentido de que el nombre de la demandante es **MARÍA ESPERANZA MARTÍNEZ RAMÍREZ**.

Por lo expuesto,

RESUELVE

CORRÍJESE la sentencia dictada por este Tribunal en segunda instancia, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**; en el sentido que el nombre de la demandante es **MARÍA ESPERANZA MARTÍNEZ RAMÍREZ**, y no **MARIA TERESA MARTÍNEZ RAMÍREZ**.

Discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha según Acta N° 072 de 2020.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



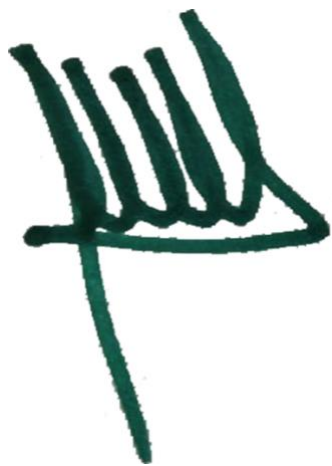
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 001 de fecha 12 de Enero de 2021.

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

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, with a long tail extending downwards.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, dieciséis (16) diciembre mil veinte (2020)

A.I. 260

Radicación:	17 001 23 00 000 2019 05548 y 17 001 23 00 000 2019 0551 (acumulados)
Clase:	Nulidad electoral
Demandantes:	Daniel Alejandro Agudelo Spaggiari e Igmar Rafael Torregroza Gutiérrez
Demandado:	Julián Andrés Pineda López

Procede el Despacho a resolver el recurso de reposición contra el auto que negó la práctica de una prueba solicitada por la parte demandada dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

Mediante auto proferido el 24 de noviembre de 2020 se decidió negar por innecesarias e inútiles las pruebas solicitadas por las partes demandantes, demandada, y terceros coadyuvantes dentro del proceso referido, y se corrió allí mismo el correspondiente traslado para alegar de conclusión y para emitir el concepto del Ministerio Público.

Contra la providencia mencionada, el apoderado judicial del demandado, abogado Martín Emilio Granda interpone recurso de reposición, tal como consta en el documento número 35 del estante digital, recurso en el cual afirma que los procesos referidos son asuntos de puro derecho, tal como lo afirmó el Despacho, cuya discusión consiste en definir si se configuró o no la causal de nulidad invocada, correspondiente al artículo 40 de la ley 617 de 2000. Seguidamente cita varios apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado relacionados con la relevancia de la ejecución de los contratos en temas relacionaos con la nulidad invocada y concluye que resulta determinante para resolver el problema jurídico del asunto de la referencia, el dictamen pericial rendido por el señor Carlos Iván Valencia Quintero, especialmente en lo relacionado con la existencia de mutuo disenso de las partes respecto de la ejecución de los contratos 270 2019 y 271 2019.

Por lo anterior, solicita la revocatoria del auto de 24 de noviembre de 2020, en lo relacionado con la negativa de decretar como prueba el dictamen pericial rendido por el citado señor, aduciendo que las partes no objetaron la prueba solicitada.

Al recurso interpuesto se le dio el traslado correspondiente, sin que la parte demandada allegara pronunciamiento, tal como consigna la constancia secretarial de 15 de diciembre de 2020, que obra en documento número 39 del estante digital.

II. Consideraciones

De la procedencia y oportunidad del recurso de reposición

El artículo 236 del CPACA regula lo relacionado con el recurso de reposición, el cual procede contra los autos que no sean apelables y, toda vez que el auto proferido el 3 de julio de 2020, negó el decreto de unas pruebas solicitadas, al no proceder contra éste recurso de apelación ni de súplica, procede entonces el recurso de reposición, tal como fue interpuesto por la parte demandada.

El artículo en mención dispone:

“Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.

En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.”

A su vez, el artículo 318 del Código General del Proceso contempla frente a la procedencia y oportunidad de los recursos lo siguiente:

“Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria.” (Subraya el Despacho)

De conformidad con los artículos que anteceden, queda claro que el término para presentar

oportunamente el recurso de reposición es dentro de los tres días siguientes a la notificación de la decisión y, en vista que la providencia recurrida fechada 24 de noviembre de 2020 fue notificada el día 26 del mismo mes y año, y la parte demandante presentó el recurso de reposición el día 1° de diciembre de 2020, es decir, dentro del término para ello, el recurso de reposición interpuesto resulta procedente y fue presentado en tiempo.

Sea lo primero precisar que, el único objeto de inconformidad fue respecto al dictamen pericial, y lo que discute centralmente es el tema de la ejecución del contrato, por lo que entiende el Despacho que es la parte la que solicita el dictamen *“a fin que revisada la documentación de los contratos de vinculación publicitaria 270 – 2019 y 271 y 2019, y el sistema presupuestal y registros presupuestales de la Industria Licorera de Caldas atinentes a los citados contratos, dé su opinión de experto respecto de: Si los citados contratos tuvieron o no ejecución, qué grado de ejecución tuvo cada uno de ellos, ... si en virtud de cada uno de los citados contratos se hicieron pagos o erogaciones, por qué cuantías y a favor de qué personas,”*, punto respecto del cual el Despacho consideró negarla porque resultaba inútil, en vista de que la causal invocada es objetiva, y hay suficiente prueba documental que reposa dentro del proceso para despejar las inquietudes relacionadas con la misma.

Tal como se dijo en el auto que negó la práctica de la prueba en mención, dentro del proceso reposan como pruebas, entre otras, los contratos número 270 y 271 de 24 de abril de 2019, suscritos entre el demandado y la ILC; las actas de terminación de dichos contratos, de fecha 7 de mayo de 2019; los estudios de conveniencia y oportunidad; los certificados de disponibilidad y registro presupuestal; reposa, igualmente, la respuesta de la ILC a derecho de petición elevado por el demandante, con relación a la suscripción de contratos, ejecución de los mismos, y desembolso de dinero.

Ahora bien: no puede este Despacho pasar por alto la naturaleza del medio de control de nulidad electoral, eminentemente pública; así como que la causal de nulidad que acá se invoca es totalmente objetiva, ello para hacer remisión al artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 con relación a la posibilidad de proferir sentencia anticipada en asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. Sobre el particular, el Consejo de Estado¹ se ha pronunciado, así:

“(…) 3.3. Audiencia inicial

De conformidad con el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, los procesos contencioso administrativos a que se rigen por dicha normativa son susceptibles de sentencia anticipada, entre otros, cuando se presente el

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sub Sección A. Providencia de 19 de agosto de 2020. CP. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 11001-03-26-000-2016-00015-00 (56165).

siguiente evento:

“1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito”.

El sub lite fue promovido en ejercicio del medio de control de “nulidad” establecido en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011², que corresponde a una acción pública, porque su finalidad es la defensa de la legalidad, de ahí que el interés perseguido no sea personal sino colectivo, en aras de la protección del ordenamiento jurídico. De este modo, el asunto es de puro derecho, el cual no requiere la práctica de pruebas, tan es así que ni las partes ni el Ministerio Público solicitaron su práctica, de ahí que se pueda dictar fallo de manera anticipada.

En las condiciones analizadas, se prescindirá de la audiencia inicial, para, en su lugar, correr traslado a las partes para alegar de conclusión, lo cual se hará una vez se encuentre en firme la presente providencia y garantizado el acceso digital al expediente, lo que se hará con fundamento en las actuaciones señaladas a continuación. (···)”(Subraya el Despacho)

En virtud de lo considerado en el auto recurrido, sumado al pronunciamiento del Consejo de Estado antes citado, bien puede decirse que, por cuanto el medio de control presente es el de nulidad electoral que corresponde a una acción pública, en el cual se discute en este preciso caso una causal de nulidad electoral de naturaleza objetiva, el asunto que se discute bien puede considerarse como uno de puro derecho, que no requiere de la práctica de pruebas y por ello, a la luz del artículo 13 del decreto 806, resulta viable prescindir de la audiencia inicial, pudiendo correrse de una vez traslado para alegar y proferir sentencia anticipada por escrito, tal como lo resolvió el Despacho en el auto recurrido de fecha 24 de noviembre de 2020.

Así pues, se concluye que el punto que pretende acreditar el demandado con la prueba de dictamen pericial solicitada, es el relacionado con la ejecución de los contratos y el mutuo acuerdo de las partes con relación a ello, circunstancia que es objetiva, y que se logra esclarecer y estudiar a fondo con la prueba documental que ya reposa. Por lo que no se considera el dictamen solicitado necesario o útil, por cuanto con las pruebas documentales que reposan ya dentro del proceso, se esclarecen con suficiencia los hechos relacionados con la existencia de los contratos, su ejecución y desembolsos realizados con ocasión de éstos, por lo cual este Despacho reitera la calificación de dicha prueba como innecesaria e inútil, y confirma el auto recurrido, tal como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

III. Resuelve

² “Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

“Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió (...)” (se destaca).

Primero: Confirmar la providencia proferida el 24 de noviembre de 2020, notificada el 26 del mismo mes y año, mediante la cual, en su ordinal segundo, se negó por innecesaria e inútil la práctica de las pruebas solicitadas por las partes demandantes, demandada, y terceros coadyuvantes, dentro del proceso de la referencia, por lo considerado.

Segundo: Una vez ejecutoriada esta providencia, continúese con el trámite del proceso.

Notifíquese y cúmplase,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jairo Ángel Gómez Peña', written over a light gray rectangular background.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado

17001-23-33-000-2020-00064-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª ESPECIAL DE DECISIÓN ORAL

MAGISTRADO PONENTE: Augusto Morales Valencia

Manizales, seis (6) de NOVIEMBRE de dos mil veinte (2020)

A.I. 419

Procede esta Sala Plural de Decisión a resolver la ‘recusación’ que formuló el apoderado del demandado, Dr. Julio César Antonio Rodas Monsalve, dentro del proceso de nulidad electoral que se adelanta contra aquel y la Procuraduría General de la Nación, contra el Dr. ALEJANDRO RESTREPO CARVAJAL quien actúa como Procurador Judicial dentro de este contencioso, y se declare fundado el impedimento ‘para actuar, intervenir y/o incidir dentro del presente proceso...’. Fundamenta su solicitud en los artículos 133 del C/CA (Código de lo Contencioso Administrativo) y 141 numerales 1 y 12, del Código General del Proceso (CGP).

En lo que se estima del caso, el peticionario señala, en síntesis, que el artículo 3º numeral 3 de la Ley 1437/11 establece el principio de imparcialidad, y además de aludir de manera específica a los numerales 1 y 12 del precepto 141 de la Ley 1564/12, recuerda pronunciamiento del Consejo de Estado como el adoptado en sentencia de 21 de abril de 2009 de la Sala Plena, con ponencia del Magistrado VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, el que reproduce parcialmente, para concluir que con dicha posición jurídica, ‘queda claro que la concepción de las recusaciones hecha por el legislador es la de crear una transparencia dentro del sistema judicial, con el fin que todas las decisiones provenientes de la administración de justicia sean imparciales e independientes’.

Refiriéndose luego el togado a la finalidad de este proceso electoral, alude que lo que allí se pretende es la nulidad de un acto de nombramiento (el de su representado) por la supuesta violación de las normas que amparan el mérito en el acceso al servicio funcionarial del Estado, y de manera concreta dentro de la Procuraduría General de la Nación, y que siendo el Dr. Restrepo Carvajal Procurador Judicial ante el Tribunal Administrativo de Caldas, ‘debe ser separado del conocimiento del presente asunto para actuar como Agente del Ministerio Público porque se encuentra inmerso en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del proceso, al tener un interés directo en la defensa de los derechos de carrera administrativa de los procuradores judiciales adquiridos mediante concurso público de méritos, al ser un miembro activo del SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES “PROCURAR”, y por lo tanto, tiene un interés en defender la tesis de los demandantes’.

Luego manifiesta el mismo profesional del derecho, que el Agente del Ministerio Público que actúa en estos trámites, ‘tiene como función la de salvaguardar la Constitución y la Ley’, al tiempo que aclara, que ‘a pesar de que en el Dr. CARVAJAL no radiquen las funciones de toma de decisión, este sujeto sí puede trazar las líneas o derroteros que el fallador puede atender o adoptar’.

Explicó que el Procurador Judicial como delegado del Ministerio Público ‘es un protagonista central y proactivo en el quehacer jurídico no solo coadyuvando con la recta impartición de justicia, sino que además de ellos controla las actuaciones que son desmedidas del juez, y las conductas desleales que sean perpetradas por las demás partes del litigio’, por lo que considera ‘irracional que frente a la misión que tienen dentro del presente proceso, por su imparcialidad y transparencia que le asiste a este funcionario no se le permita apartarse del conocimiento del asunto, cuando es de su fuero interior que se manifiesta las situaciones que pueden afectar el debido proceso trayendo consigo consecuencias jurídicas negativas en su contra, si continua dentro del trámite’.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Se recuerda que la Sala ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la declaración de impedimento que hizo el mismo Dr. Restrepo Carvajal quien se fundamentó en las mismas causales 1 y 12 del artículo 141 del CGP, que ahora también se traen, habiéndolo declarado no fundado. En aras de la economía procesal, y en virtud a la decisión a adoptar, esta Corporación remite a los mismos argumentos plasmados en el auto N° 367 de 6 de noviembre último, proferido dentro de estos trámites.

FORMULACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LA RECUSACIÓN

Ahora bien; esta colegiatura siguiendo la autorización que prevé el artículo 306 del C/CA, y ante el silencio del artículo 134 ibídem, acude a dar aplicación al artículo 142 del CGP, en cuyo inciso 2° se establece que, “No podrá recusar quien sin formular la recusación haya hecho cualquier gestión en el proceso después de que el juez haya asumido su conocimiento, si la causal invocada fuere anterior a dicha gestión, ni quien haya actuado con posterioridad al hecho que motiva la recusación”, casos en los cuales “la recusación debe ser rechazada de plano”/Destacado de la Sala/.

De acuerdo a las actuaciones que reposan en el cartulario se tiene:

Con auto de 27 de julio de 2020 fue admitida la demanda, se denegó la suspensión provisional y se ordenó notificar al señor Procurador que seguía en turno, es decir, al Dr. Alejandro Restrepo Carvajal, lo que se hizo el 31 de julio inmediatamente siguiente, y quien el 11 de agosto posterior declaró su impedimento para conocer del proceso.

El 24 de agosto de este mismo año confiere poder Dr. RODAS MONSALVE al Dr. Quintero Navas para que lo represente en el proceso, mismo que contesta el

libelo introductor pero sin formular recusación en tal acto procesal, lo que solo vino a hacer el 17 de noviembre último, después de que se dictó el auto que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la negativa de la medida cautelar y reconocimiento de personería al togado vocero del demandado Dr. JULIO C. RODAS.

De ello se desprende con la mayor claridad, que el hecho que dio lugar a la recusación fue la presencia del Procurador RESTREPO CARVAJAL en el proceso, la que se dio mediante la notificación que se le realizó el 31 de julio, habiendo actuado el mismo demandado con posterioridad, dando contestación al libelo demandador, pero, se itera, sin formular recusación.

El proceso electoral lo puede promover “cualquier persona” sin intervención, que mejor, representación de abogado, pues es una acción pública, y su contestación o intervención en el proceso igualmente se puede hacer por “cualquier persona” también sin abogado que la represente.

En el sub-exámine, el Dr. Julio César Rodas actuó a través de su apoderado con la contestación a la demanda, pero vuelve y se repite, sin formular con esta actuación recusación alguna, lo que lo ubicó en la previsión del inciso referido, que da lugar al rechazo del óbice procesal formulado; además, el inciso 3º del mismo esquema disposicional 142 del CGP, establece que, “No habrá lugar a recusación cuando la causal se origine por cambio de apoderado de una de las partes, a menos que la formule la parte contraria”, primera hipótesis que bien se da en este caso en la medida en que el demandado venía actuando directamente en su propio nombre, y, posteriormente, decidió hacerse representar por abogado quien formuló la recusación extemporáneamente; como tampoco se está frente a la segunda hipótesis que la haya formulado quienes integran la parte nulidiscente.

Es por lo expuesto que,

RESUELVE

RECHÁZASE de plano la recusación formulada por el apoderado de la parte demandada, Dr. Julio César Antonio Rodas Monsalve, contra el Procurador Judicial Dr. Alejandro Restrepo Carvajal, dentro del proceso de nulidad electoral promovido por el Sindicato de Procuradores Judiciales “PROCURAR”, y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Procuraduría General de la Nación “SINTRAPROAN”, expediente rotulado con el número de radicación 2020-00064-01.

EJECUTORIADA esta providencia, pase inmediatamente el proceso a despacho para el trámite subsiguiente.

NOTIFÍQUESE

Discutido y aprobado en Sala Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 072 de 2020.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



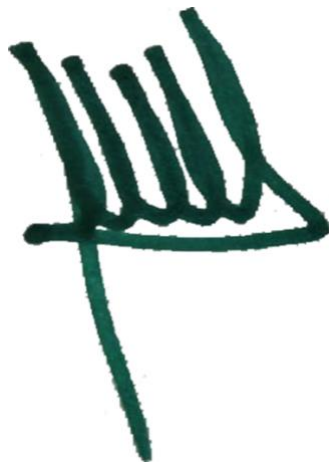
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 001 de fecha 12 de Enero de 2021.

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

Manizales,

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

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 338

Auto:	Decide Incidente
Acción:	Juicios Varios-Recurso de insistencia
Radicación:	17-001-23-00-000-2020-00244-00
Accionante:	Natalia Giraldo López
Accionado:	Servicios Postales Nacionales

Manizales, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Decide el Despacho el incidente de desacato promovido por Natalia Giraldo López contra Servicios Postales Nacionales, por el presunto incumplimiento a la orden emitida por este Tribunal al resolver el recurso de insistencia de la referencia.

ANTECEDENTES

Mediante escrito de fecha 20 de octubre del presente año, la parte actora informó que Servicios Postales Nacionales SA no había dado cumplimiento a lo dispuesto por este Tribunal en el auto interlocutorio n° 228 del 9 de septiembre de 2020, que resolvió el recurso de insistencia radicado por la parte ella el 20 de agosto de esta anualidad.

En la mencionada providencia se dispuso:

“Primero. ACCÉDESE a la solicitud de la señora Natalia Giraldo López, en relación con la petición radicada el 12 de agosto de 2020 en Servicios Postales Nacionales S.A.

En consecuencia,

Segundo. ORDÉNASE a Servicios Postales Nacionales S.A. que a costa de la interesada y dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del recibo de la correspondiente comunicación, entregue certificación en la que indique “1. Los valores correspondientes a las primas de los meses de junio y diciembre cancelados al sr. Héctor William Jaramillo Duque, durante los años de

2016, 2017 y lo que corresponda al año 2018. 2. Igualmente, los valores cancelados durante esos mismos años correspondientes a primas extralegales a las que haya tenido derecho. 3. El valor de las prestaciones salariales a que haya tenido derecho hasta el momento de la terminación de su contrato con esa empresa y causados al 12 de enero del 2018.””.

Con fundamento en lo anterior, este Despacho en auto del 4 de noviembre de 2020, admitió la solicitud de incidente y corrió traslado por el término de tres (3) días al Gerente Regional de Servicios Postales Nacionales para que se pronunciara respecto del escrito radicado por la señora Giraldo López.

Posteriormente, a través del auto del 7 de diciembre de este año, se resolvió sobre las pruebas aportadas y pedidas por las partes y se decretaron las pruebas de oficio que el Despacho consideró pertinentes.

El 16 de diciembre de 2020, el proceso ingresó a Despacho para decidir el incidente.

Contestación del Incidente

Servicios Postales Nacionales refirió que le ha dado respuesta favorable a la peticionaria en repetidas oportunidades a la dirección electrónica reportada, adjuntando el oficio n° DNGH - 2020 - 4823 del 24 de agosto de 2020 con la información requerida.

Con fundamento en lo anterior, solicitó el archivo del incidente por carencia actual de objeto por hecho superado.

CONSIDERACIONES

El recurso de insistencia está regulado en el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015. Sin embargo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en materia de incidentes de desacato no prevé regulación especial, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 306 de dicha disposición se debe acudir en esa materia al Código General del Proceso¹.

En este sentido, el artículo 129 del CGP previó la proposición, trámite y efectos de los incidentes, como seguidamente se indica:

ARTÍCULO 129. PROPOSICIÓN, TRÁMITE Y EFECTO DE LOS INCIDENTES. *Quien promueva un incidente deberá expresar lo que pide, los hechos en que se funda y las pruebas que pretenda hacer valer.*

¹ En adelante CGP

Las partes solo podrán promover incidentes en audiencia, salvo cuando se haya proferido sentencia. Del incidente promovido por una parte se correrá traslado a la otra para que se pronuncie y en seguida se decretarán y practicarán las pruebas necesarias.

En los casos en que el incidente puede promoverse fuera de audiencia, del escrito se correrá traslado por tres (3) días, vencidos los cuales el juez convocará a audiencia mediante auto en el que decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere pertinentes.

Los incidentes no suspenden el curso del proceso y serán resueltos en la sentencia, salvo disposición legal en contrario.

Cuando el incidente no guarde relación con el objeto de la audiencia en que se promueva, se tramitará por fuera de ella en la forma señalada en el inciso tercero.

Caso Concreto

En el presente asunto la señora Natalia Giraldo López manifestó que Servicios Postales Nacionales no había dado cumplimiento a lo dispuesto por este Tribunal en el auto interlocutorio n° 228 del 9 de septiembre de 2020, que resolvió el recurso de insistencia radicado por la parte actora.

Por su parte, la entidad accionada refirió que le ha dado respuesta favorable a la peticionaria en repetidas oportunidades a la dirección electrónica reportada, adjuntando oficio n° DNGH - 2020 - 4823 del 24 de agosto de 2020 con la información requerida.

Con fundamento en lo anterior, solicitó el archivo del incidente por carencia actual de objeto por hecho superado.

Ahora, advierte el Despacho que, en efecto, se encuentra demostrado el cumplimiento de la orden contenida en el auto interlocutorio n° 228 del 9 de septiembre de 2020, que resolvió el recurso de insistencia. Lo anterior, según la siguiente relación de pruebas:

- Oficio DNGH-2020-4823 del 25 de agosto de 2020, suscrito por la Directora Nacional de Gestión Humana de Servicios Postales Nacionales S.A. y dirigido a la señora Natalia Giraldo López, a través del cual se remiten reportes de nómina acumulados de los años 2016, 2017 y el periodo enero a junio de 2018.
- Reportes de nómina acumulados de los años 2016, 2017 y el periodo enero a junio de 2018.

- Memorial suscrito por la señora Natalia Giraldo López el 10 de diciembre de 2020, en el cual manifestó lo siguiente en respuesta a la prueba de oficio decretada por el Despacho:

Lo extraño consiste en que el 24 de agosto de 2020 la doctora MARIAYANETH GALINDO BARBOSA en calidad de directora nacional de gestión humana de servicios postales nacionales S.A me envía en calidad de peticionaria y debidamente legitimada la respuesta positiva donde se certifica lo peticionado inicialmente en agosto 12 del presente año y con ello he podido adelantar los trámites legales ante la jurisdicción judicial competente.

Mi insistencia es en cuanto a la omisión que se tuvo por parte de la regional eje cafetero de servicios postales nacionales S.A en un principio, en cuanto a la arbitrariedad asumida y ratificada mediante escrito del 26 de agosto, lo cual debe ser investigado y sancionado oportunamente para evitar a futuro que esta clase de procedimientos contradictorios se sigan dando dentro del contexto de un estado social de derecho. En consecuencia no es óbice que la regional eje cafetero se apalanque en la respuesta que oportunamente me brindara la dirección nacional quien cumplió con el propósito de mi petición (recibida por correo certificado) y por lo tanto, está solicitando en forma desproporcionada el archivo del incidente, al suponer (Regional eje cafetero) que el hecho había sido superado.

Con lo anterior espero haber dado cumplimiento al requerimiento en cuanto haber recibido el oficio de DNGH-2020-4823 del 24 de agosto del 2024, suscrito por la directora nacional de gestión humana de servicios postales nacionales S.A de Bogotá. (sic)

- Constancias de envío de las comunicaciones emitidas por Servicios Postales Nacionales a la señora Natalia Giraldo López.

De acuerdo con lo anterior, observa el Despacho que en este asunto no se presenta incumplimiento de la orden emitida en el auto interlocutorio n° 228 del 9 de septiembre de 2020, que resolvió el recurso de insistencia radicado por la parte actora.

En efecto, Servicios Postales Nacionales remitió a la señora Natalia Giraldo López la relación de salarios y prestaciones sociales que percibió el padre de su menor hija en los años 2016, 2017 y 2018, aspecto que fue el objeto de su petición inicial y que posteriormente motivó la radicación del recurso de insistencia ante la negativa de la entidad accionada a suministrar la mencionada información.

En este punto, debe precisar el Despacho que la apertura del trámite incidental se dio partiendo de la afirmación realizada por la parte actora en relación con el incumplimiento de la decisión proferida por este Tribunal en el marco del recurso de insistencia. Sin embargo, Servicios Postales Nacionales acreditó la observancia de la decisión, por lo que no se encuentra procedente sancionar por desacato a quien acredita el cumplimiento de una decisión judicial. Y lo anterior es así, en tanto dicha institución respondió a la peticionaria atendiendo la orden de este Tribunal Administrativo, con comunicación originada en sus dependencias centrales, sin que fuera necesario en modo alguno que la orden se atendiera directamente por la dependencia o agencia regional radicada en el Departamento de Caldas, pues se trata de una sola y misma entidad pública, lo que al parecer causa extrañeza a la parte actora.

Ahora, la señora Giraldo López centra su inconformidad en las presuntas faltas disciplinarias de los empleados de la entidad accionada durante el trámite de su petición, aspecto que escapa a la competencia de este Tribunal y que no puede confundirse con el trámite del incidente de desacato que hoy convoca este pronunciamiento.

En este sentido, el Despacho se abstendrá de sancionar por desacato a los funcionarios de Servicios Postales Nacionales y ordenará el archivo del expediente.

De conformidad con lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

Primero. ABSTIÉNESE de sancionar por desacato al señor Gerente Regional de Servicios Postales Nacionales, por el presunto incumplimiento del auto interlocutorio n° 228 del 9 de septiembre de 2020, que resolvió el recurso de insistencia en el asunto de la referencia.

Segundo. ARCHÍVENSE las presentes diligencias.

Tercero. HÁGANSE las anotaciones correspondientes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No.001

FECHA: 12/01/2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 339

Asunto:	Corre traslado de documentos y requiere
Medio de Control:	Protección de los Derechos e Intereses Colectivos
Radicación:	17001-23-33-000-2017-00524-00
Accionante:	Andrés Felipe Morales Cárdenas
Accionados:	Corpocaldas, Municipio de Manizales, Unidad Nacional de Gestión del Riesgo y Aguas de Manizales S.A. E.S.P., Nación -Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Manizales, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Sobre los documentos requeridos en la audiencia de pacto de cumplimiento

En la continuación de la audiencia de pacto de cumplimiento realizada el tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020), se efectuaron los siguientes requerimientos:

- A Corpocaldas:

Para que remitiera el documento de visita a la zona objeto de la acción popular, de fecha 2 de diciembre de 2020, y que fue presentado en la mencionada diligencia.

Así mismo, para que remitiera el convenio para microzonificación n° 0556 del 25 de noviembre de 2020 y realizara las obras de mantenimiento del sector objeto de la acción en el término de un mes contado a partir de la realización de la audiencia de pacto de cumplimiento.

- A Aguas de Manizales SA ESP:

Para que informara sobre el estado actual de las redes de acueducto, alcantarillado y estructuras de captación de aguas en el sector. Para lo anterior se concedió un término de **cinco (5) días** para actualizar la información.

- A la Unidad de Gestión del Riesgo del Municipio de Manizales

Para que realizara una visita a los predios objeto de la acción popular y remitiera al Despacho el documento que contenga el informe correspondiente dentro de los **cinco (5) días siguientes** a la audiencia de pacto de cumplimiento.

- **A la ERUM**

Para que remitiera en el término de **tres días** siguientes a la diligencia los estudios geológicos en la zona objeto de la acción.

Traslado de los documentos

En la audiencia de pacto de cumplimiento se dispuso igualmente, que se daría traslado por auto de los documentos que aportaran las entidades demandadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, **CÓRRESE** traslado a las partes de los documentos indicados anteriormente (archivos 57 a 69 del expediente híbrido), por el término de tres (3) días contado a partir de la notificación de este auto, para que aquellas se pronuncien al respecto si lo consideran pertinente. Para tal efecto, al enviar el mensaje de datos correspondiente, la Secretaría de esta Corporación anexará de manera escaneada la prueba documental de la que se corre traslado.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que cualquier pronunciamiento que consideren necesario realizar en relación con la prueba documental referida, deberán remitirse únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Medidas como consecuencia de lo informado en la audiencia de pacto de cumplimiento

En la audiencia de pacto de cumplimiento se refirió por parte de Corpocaldas que el riesgo no es mitigable respecto del sector definido como punto n° 2 en los predios objeto de la presente acción popular, y de acuerdo con los resultados del oficio n° 2019-15028 del 17 de junio de 2019, Corpocaldas reitera la recomendación en el sentido que las viviendas de este sector, dada su condición de vulnerabilidad física y la presencia de laderas de fuerte pendiente con evidencias de procesos o cicatrices antiguos de remoción en masa, las características del material y la geología de la zona, se recomienda la reubicación de estas viviendas. Se afirmó así que en ese punto 2 el riesgo no es mitigable, por lo cual la forma más efectiva de mitigar el riesgo es la reubicación de las viviendas.

Se expresó que la primera acción es evacuar las viviendas y posteriormente reubicar esas familias a unos sectores donde las condiciones de riesgo sean mucho más favorables desde la óptica encaminada a prevenir cualquier riesgo de desastre que pueda afectar esas familias. Luego del proceso de reubicación de las familias se deben adelantar en esas áreas actividades de recuperación ambiental, previa entrega de dichas áreas o zonas por parte del Municipio a la autoridad ambiental competente, en este caso Corpocaldas.

El Municipio de Manizales expresó que en el informe de junio 7 de 2019 se indicó que le ha trasladado este asunto a la ERUM a fin de que las dos viviendas ubicadas en el punto n° 2 sean priorizadas para las reubicaciones que va a hacer la ERUM y las asignaciones de vivienda que se van a realizar en la ciudad de Manizales.

La Unidad de Gestión del Riesgo del Municipio de Manizales refirió que en el sector existen dos viviendas que presentan condiciones desfavorables y de poca habitabilidad para las personas que allí residen, por lo que dicha información se remitió a la ERUM para que ellas sean tenidas en cuenta en el macroproyecto San José, por ser la entidad que recoge a toda la zona del Barrio Galán.

Expuso que las dos viviendas más vulnerables por los materiales constructivos se identificaron así: Calle 31 número 190 y carrera 13 número 31-190.

Aclaró que el registro único de damnificados se levantó con fundamento en la emergencia del mes de abril de 2017 y los hechos de esta acción tiene como base la emergencia del mes de mayo de 2019, razón por la que es posible que los accionantes no se encuentren en el registro único de damnificados. Preciso que la señora Ana Asceneth Bedoya Corrales si aparece en este registro y podrá postularse en procesos de entrega de subsidios. Describió que María Eugenia Arenas, Sandra Marcela Londoño Pinzón y Rubiela Rivera Quintero figuran como arrendatarias.

La ERUM expresó que en relación con las siete familias que actúan como accionantes no se encontró que ninguna de ellas haya recibido por parte de la ERUM beneficio alguno por la ejecución del macroproyecto San José o por cualquier otra obra y tampoco son beneficiarias de subsidio por parte de la empresa.

Reiteró que es la entidad operadora encargada de postular las personas o

familias que posteriormente reciben los subsidios del Ministerio de Vivienda. Aclaró que es el Ministerio de Vivienda el que a través de una resolución adjudica los subsidios a las familias y la ERUM debe certificar que las viviendas en las cuales las familias van a ser reubicadas deben tener un avance del 90%, precisando que la empresa no tiene actualmente proyectos en esta condición de avance de obra. Recalcó que es el Ministerio el que revisa el cumplimiento de los requisitos y otorga los subsidios.

Respecto del proceso de postulación de las dos familias que en esta acción se encuentran en zona de riesgo no mitigable, se indicó por parte de la ERUM que la empresa en asocio con la UGR y el Municipio de Manizales a través de talleres, priorizaron la zona a reasentar y las familias que serían beneficiarias de la postulación. Indicó que el patrimonio autónomo puede definir las acciones que repercutan en los procesos de postulación.

La Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres expresó que la entidad por el principio de concurrencia y de manera subsidiaria ha apoyado al municipio en dos aspectos: con apoyo para arriendos en suma aproximada de mil ochocientos millones de pesos que el Municipio administró directamente; y a través de construcción de casas con un convenio por intermedio de FONVIVIENDA para la construcción de 251 casas para la reubicación de familias afectadas por eventos adversos del año 2017 y que se encontraban en zonas de riesgo no mitigable. Refirió que la postulación la realiza el Municipio para las personas que cumplan los requisitos establecidos por el Ministerio de vivienda y Fonvivienda.

Explicó la entidad que en la emergencia que originó la presente acción se realizó un registro único de damnificados ligado a la declaratoria de calamidad pública y plan de acción para posteriormente determinar beneficiarios y líneas de acción para atender la emergencia en tres fases (respuesta, estabilización y reconstrucción).

Precisó que el subsidio que entrega Fonvivienda no opera para arrendatarios sino para propietarios o quienes formalicen la posesión. Adujo que para la construcción de 251 soluciones de vivienda urbana en predios del Municipio de Manizales, aclarando que se destinó a través de Minvivienda y Fonvivienda una suma aproximada de 14 mil 518 millones de pesos para financiar el proyecto con avance de obra física a la fecha del 31%.

Refirió que el proceso de postulación iniciará en el primer trimestre del año 2021, de acuerdo con lo establecido por el Ministerio de Vivienda con el apoyo de las autoridades locales.

Respecto de la selección de los beneficiarios de los subsidios de vivienda, explicó el funcionario de la UNGR que la postulación se hace por parte del Registro Único de Damnificados ejecutado por parte del Municipio en el momento de la atención a la emergencia, después de caracterizar a los propietarios y a la total destrucción de las viviendas o no habitabilidad, precisando que son estas familias las que se postulan ante FONVIVENDA para que esta entidad verifique el cumplimiento de los requisitos para hacer asignación de los subsidios de vivienda urbana.

El Ministerio de Vivienda aclaró las competencias de la entidad y la ejecución de actividades por parte de FONVIVIENDA en materia de asignación de subsidios.

Ahora bien, considerando lo expuesto por las diferentes entidades que intervinieron en la audiencia de pacto de cumplimiento, el Despacho en ejercicio de las facultades que otorga la Ley 472 de 1998, dispone lo siguiente:

- La Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, en coordinación con Fonvivienda, la Empresa de Renovación Urbana de Manizales, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y el Municipio de Manizales a través de la Unidad de Gestión del Riesgo municipal, en el término de 30 días calendario deberán gestionar la vinculación al Registro Único de Damnificados de la calamidad pública del año 2017 y a la base de datos de postulados para subsidios de vivienda, de las personas o familias que actúan como demandantes en la presente acción y que tienen la calidad de propietarios de predios ubicados en los sectores de riesgo NO MITIGABLE, identificados en el curso de este proceso judicial como habitantes del punto número 2 ubicado en la Calle 31 número 190 y carrera 13 número 31-190.

Una vez vencido el término anterior o realizado el trámite dispuesto por el Despacho, las entidades mencionadas informarán a este Tribunal el resultado de las gestiones de vinculación al Registro Único de Damnificados de la calamidad pública del año 2017 y a la base de datos de postulados para subsidios de vivienda.

Surtido lo anterior, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho para decidir lo que corresponda.

COMUNÍQUESE por el medio más expedito esta decisión a las partes.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No.001

FECHA: 12/01/2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Sexta de Decisión-

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I.202

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2019-00391-02
Demandante:	MARÍA CARMENZA CANO PÉREZ
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Manizales, catorce (14) de diciembre dos mil veinte (2020).

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por la señora Bibiana María Londoño Valencia, en calidad de Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 131 y 132 del CPACA.

ANTECEDENTES

El 01 de agosto de 2019, la señora María Carmenza Cano Pérez actuando debidamente representada, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DEAJ –, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución DESAJMAR16-1700 del 17 de noviembre de 2106 proferida por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales; ii) acto ficto o presunto como consecuencia del recurso de apelación interpuesto el 06 de diciembre de 2016.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación judicial, señalada en el decreto 0383 de enero de 2013, como factor salarial y prestacional desde el momento de la creación, con incidencia en la prima de servicios, de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados y demás emolumentos prestacionales, que por constitución y la ley correspondan a los servidores públicos de la rama judicial .

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Manizales, del cual es titular la Dra. Bibiana María Londoño Valencia.

Por auto del 10 de octubre de 2019 la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, manifestando que tendría interés directo en los resultados del proceso.

Posteriormente la citada Juez remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

ARTÍCULO 131. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS. *Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:*

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por la Juez Octavo Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo.

La causal invocada es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio,

Son causales de recusación las siguientes:

(...)

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

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la Honorable Corte Constitucional en auto 334 del 2 de diciembre de

¹ Auto de 11 de mayo de 2006; M.P: Dr. Alirio Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

2009² explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”³. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁴, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo siguiente:

6. Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica⁵, lo siguiente:

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que

² H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

³ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁴ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁵ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁶. (Resalta la Sala).

En sentencia C-390 de 1993 la Honorable Corte Constitucional explicó que la causal que aquí se debate es de naturaleza subjetiva, y:

“(…) ante la presencia de causales subjetivas -1 y 9 del artículo 150 del C.P.C.-, la ausencia de prueba no debe conducir a presumir de derecho la temeridad o mala fe del recusante, como en el caso anterior, sino que, justamente por lo etéreo y gaseoso de las apreciaciones del espíritu humano, ella debe ser demostrada y probada en el proceso. En efecto, la apreciación tanto del “interés directo o indirecto” en el proceso como de la “enemistad grave o amistad íntima” es un fenómeno que depende del criterio subjetivo del fallador. Obsérvese que incluso las causales vienen acompañadas de adjetivos calificativos, lo cual pone de manifiesto la discrecionalidad en su apreciación. Pues bien, en estos casos es posible que un recusante invoque de buena fe una presunta causal que luego resulte de difícil prueba. Deducir en tales casos una responsabilidad automática iría contra los principios de la presunción de inocencia y de la buena fé (sic). Es por ello que en tales casos, a juicio de esta Corporación, sólo se invierte la carga de la prueba respecto del recusante fallido para efectos de una eventual sanción pecuniaria o disciplinaria, pero la sola materialidad del hecho no es suficiente para deducir de manera automática una responsabilidad.”.

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, así como por los empleados de los respectivos Despachos, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los jueces de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se afecte el fuero interno y la imparcialidad del fallador encargado de este caso.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que se vaya a adoptar en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el trámite de este proceso, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados judiciales de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

Ahora bien, el Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*, dispuso en el literal h) de su artículo 5, lo siguiente:

Artículo 5º. FUNCIONES DE LA SALA PLENA. *La sala plena de los tribunales tendrá las siguientes funciones:*

(...)

⁶ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

- h) *Designar jueces ad hoc en los casos de impedimento y recusación del juez administrativo, según la Ley.*

El 30 de mayo de 2012, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura profirió el Acuerdo PSAA12-9482, *“Por el cual se adiciona el artículo 5° y se modifica el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, en lo relacionado con la lista de conjueces de los Tribunales Administrativos”*, en el cual dispuso:

ARTÍCULO 1°.-*Adicionar el artículo 5 del Acuerdo 209 de 1997, con un Parágrafo, el cual quedará así:*

“PARÁGRAFO: Para el nombramiento de Jueces Ad-hoc en los casos de impedimento conforme con el literal h) del presente artículo, se acudirá a la lista de conjueces existente en el respectivo Tribunal Administrativo”.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el DÍA QUINCE(15) DE ENERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS ONCE(11:00 AM) DE LA MAÑANA, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría CONVÓCASE a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por la Dra. Bibiana María Londoño Valencia, en calidad de Juez Sexto Administrativo Oral del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora María Carmenza Cano Pérez contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DEAJ –, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto tanto Dra. Bibiana María Londoño Valencia como a los demás Jueces Administrativos de este Circuito.

Tercero. FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite DÍA QUINCE (15) DE ENERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS ONCE (11:00 AM) DE LA MAÑANA

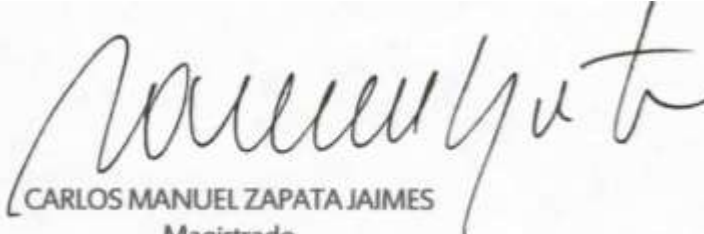
Quinto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

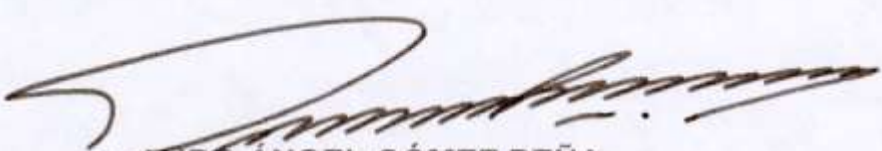
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 001

FECHA: 12/01/2021



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO

El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD
DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

b4eac17f67f3a8e5e66f26b2bc8ab12ce876dd0d63bef8e0f460dfd92a0e9a9e

Documento generado en 18/12/2020 09:17:06 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho laboral
Demandante: Carlos Alberto Betancur Santa
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG
Radicado: 17001-3333-003-2018-00315-02
Acto Judicial: Sentencia 167

Manizales, catorce (14) de diciembre dos mil veinte (2020).

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

§01. La Sala procede a dictar sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho laboral promovida por el señor Carlos Alberto Betancur Santa, demandante, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por el **demandante** contra la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019 por el Juzgado Tercero Administrativo del circuito de Manizales que negó las pretensiones.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que pretende obtener la pensión por acumulación de servicios en el sector público y docente¹

§02. El señor Carlos Alberto Betancur Santa solicitó que se declare la nulidad de la Resolución 4363-6 del 11 de mayo de 2018 que negó el reconocimiento de la pensión expedido por la secretaría de educación de la gobernación de Caldas, como agente del FOMAG.

§03. El actor pidió como restablecimiento del derecho, se condene a la accionada al reconocimiento de la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985. O sea, en cuantía equivalente al 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus. Así mismo, el pago del respectivo retroactivo, los intereses moratorios y las costas del proceso. (art. 195.4 del CPACA)

¹ Fls. 1 a 13, 36 a 48, c1

§04. En los hechos el demandante describió que nació el 11 de octubre de 1962 y es docente oficial.

§05. Prestó sus servicios al Estado de esta manera:

§05.1. A la alcaldía de Aguadas desde el 9 de junio de 1988 al 31 de diciembre de 1997.

§05.2. Como docente contratado con órdenes de prestación de servicios en la gobernación de Caldas en los siguientes periodos: desde el 1 de agosto de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2000; del 1 de abril de 2001 al 31 de diciembre de 2001; del 1 de abril de 2002 al 31 de diciembre de 2002, del 1 de abril de 2003 al 31 de diciembre de 2003.

§05.3. Como docente empleado público, en provisionalidad, período de prueba y en propiedad del 1 de marzo de 2004 al 14 de diciembre de 2017.

§06. El 11 de octubre de 2017 el actor cumplió los requisitos de edad y el tiempo de servicios para adquirir la pensión.

§07. El 2 de abril de 2018 solicitó el reconocimiento de la pensión ante la secretaría de educación de la gobernación de Caldas. La prestación fue negada por la resolución 4363-6 del 11 de mayo de 2018.

§08. Como normas involucradas señaló los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 58 y 253 de la Constitución Política, la Ley 812 de 2003, el Acto legislativo 01 de 2005, la Ley 100 de 1993, la Ley 91 de 1989, la Ley 33 de 1985, y el Decreto 2277 de 1979.

§09. Como fundamento de derecho el actor indicó que acreditó 20 años de servicios al Estado y 55 años de edad, como servidor público y docente. Que su pensión se regula por la Ley 33 de 1985. Adicionó que no se puede negar la prestación porque parte del tiempo de servicios fue en labores diferentes a la docencia. De esta manera, tiene derecho a que su pensión sea reconocida con el 75% de todos los factores salariales percibidos el último año de servicios.

1.2. Contestación del FOMAG²

§10. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y no le constan los hechos de la demanda.

§11. Señaló que hay ausencia de responsabilidad, debido a que no está obligado a pagar la pensión de jubilación con la inclusión de factores salariales distintos a los cotizados, pues desconocería la normatividad vigente.

§12. Propuso los siguientes medios exceptivos:

² Fls. 64 a 77, c1

§12.1. Falta de integración de contradictorio – litisconsorcio necesario – vinculación de litisconsorte: Con apoyo en las premisas normativas contempladas en la Ley 715 de 2001 y 43 de 1975, le corresponde a las entidades territoriales el pago de las prestaciones sociales de los docentes. Solicitó la vinculación de la gobernación y de la fiduciaria Previsora S.A.

§12.2. Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva: Precisó que no tiene vinculación con el demandante.

§12.3. Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada; falta de competencia para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado: Expuso que la accionada no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación.

§12.4. Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica: Aludió que no le asiste derecho al demandante en devengar una pensión de jubilación liquidada al 75%, con la inclusión de los factores salariales, como la prima de servicios.

§12.5. Prescripción: Solicitó la aplicación de esta figura. (arts. 41 D.3135/1968, 102 D. 1848/1969)

§12.6. Buena fe: Pidió que se tenga en consideración que actuó conforme a los parámetros legales.

§12.7. Genérica.

1.3. La sentencia que negó las pretensiones porque no cumplió 20 años de servicios como docente y para disfrutar la pensión por aportes no ha cumplido 60 años de edad³

§13. El pasado 17 de septiembre de 2019 el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando las pretensiones de la parte actora:

“(…) PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la excepción de “inexistencia del derecho y la obligación reclamada”, propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por el señor Carlos Alberto Betancur Santa en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

TERCERO. CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho, en la suma \$ 105.000.”-sft-

³ Fls. 87 a 92, c1.

§14. Determinó como problema jurídico el siguiente:

¿la vinculación laboral del demandante con el municipio de Aguadas para el periodo comprendido entre el nueve de junio de 1988 y el treinta y uno de diciembre de 1997, así como los contratos de prestación de servicios celebrados con el Departamento de Caldas, entre los años 2000 (sic) y 2003, son computables para efectos pensionales? En caso positivo ¿el demandante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación de conformidad con el artículo 1 de la ley 33 de 1985?

En consecuencia, ¿tiene derecho a que su pensión de jubilación sea liquidada teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año al cumplimiento de estatus pensional?

§15. El juzgado analizó el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales. Determinó que los factores salariales a tenerse en cuenta para fijar el ingreso base de liquidación, son los establecidos por la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985.

§16. Con apoyo en la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, explicó el régimen de la pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003. Aclaró que para los docentes que se vincularon después de la ley 812 se les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993.

§17. En el caso concreto se denegó el derecho deprecado, al no tener en cuenta el tiempo laborado antes del año 1990 en los cargos de director de deporte y director de la escuela municipal de deportes en el municipio de Aguadas, por no tener certeza que se prestó el servicio como docente.

§18. Y los demás tiempos en la modalidad de contrato de prestación de servicios entre los años 2000 y 2003 [2 años y ocho meses], sumados a su labor docente como empleado oficial entre el 1 de marzo de 2004 y el 14 de diciembre de 2017, solo suman 16 años, 5 meses y 13 días, que no son suficientes para acreditar los 20 años de servicios como docente.

§19. En el caso del régimen de la ley 71 de 1988, que permite la acumulación de tiempos laborales en diferentes entidades, el actor no cumple los requisitos porque no tiene 60 años de edad.

§20. En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

1.4. La apelación de la parte demandante⁴

§21. Solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

§22. Criticó que no se tuvo en cuenta el período laborado en Aguadas, porque: (i) prestó sus servicios como director de deportes de la escuela municipal de educación física, entre los años 1988 a 1997; y (ii) se hicieron las respectivas cotizaciones a la

⁴ Fls. 101 a 110, c1

Caja de Previsión municipal. Según consta en la historia laboral expedida por la alcaldía de Aguadas – Caldas.

§23. La jurisprudencia acepta que sirve como tiempo de servicios el período que estuvo como docente en establecimientos estatales a través de contratos de prestación de servicios. Este lapso fue entre el 1 de agosto de 2000 y el 31 de diciembre de 2003.

§24. Y como se vinculó a la docencia antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, es beneficiario del régimen de la Ley 33 de 1985.

1.5 Actuación en la segunda instancia

§25. Mediante auto del 9 de diciembre de 2019, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y se concede traslado para alegatos de conclusión.⁵

§26. Ninguna de las partes se pronunció referente a dicho traslado, como lo refiere la constancia secretarial del 5 de febrero de 2020⁶.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§27. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁷.

“...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁸

2.2. Problema jurídico

⁵ Fl 2, c2.

⁶ Fl. 5, c2.

⁷ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

§28. ¿Tiene derecho el actor al reconocimiento pensional conforme lo prevé la ley 33 de 1985, acumulando los tiempos laborados en el sector público, y a través de contratos de prestación de servicios?

§29. En caso afirmativo, ¿la parte actora, tiene derecho a que se reconozca la pensión con una tasa del 75% del ingreso base de liquidación, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año anterior a la adquisición del estatus pensional?

2.3. La pensión docente y el régimen de transición

§30. La Ley 33 de 1985 es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes; para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad.

§31. Con posterioridad a la Ley 33 de 1985 se expidió la Ley 91 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sobre el tema dispuso lo siguiente:

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

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley. 2. Pensiones:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C 489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.

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

§32. Conforme a lo transcrito de la Ley 91 en cuanto a pensiones, la pensión que se adquiere por virtud de esta norma se adquiere por cumplir al menos 20 años al servicio de la docencia oficial.

§33. La Ley 60 de 1993 dispone en su artículo 6 que:

“...El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ...”

§34. La Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó:

“Así mismo, se exceptúan a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”.

§35. En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que éstas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

§36. La Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

“Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”.

§37. El artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁹ señaló que los maestros que se vinculen a partir de su vigencia, se les aplicará el régimen pensional de la Ley 100 de 1993.

§38. El párrafo transitorio 1° del Acto legislativo 01 de 2005 determinó sobre los docentes vinculados antes de la ley 812, que: “... *“El régimen pensional de los*

⁹ “Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta.”

§39. La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia de unificación SUJ-014-CE –S2-2019 del 25 de abril de 2019¹², sentó jurisprudencia, señalando que en las pensiones docentes regidas por las normas anteriores a la ley 812, se liquida con los factores salariales devengados durante el último año de servicios, previstos en la Ley 62 de 1985:

“72. De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”-sft-

3. Caso concreto

- Conforme a las pruebas aportadas al proceso, se acreditó que el actor nació el 11 de octubre de 1962, por lo que cumplió los 55 años el 11 de octubre de 2017¹⁰.
- Que se vinculó al servicio público, laborando en entidades del orden municipal, como docente contrato bajo órdenes de prestación de servicios, y en nombramiento provisional y propiedad, en los siguientes periodos:

Entidad	Cargo	Tipo de AA	Desde	Hasta	Total en años y meses
Alcaldía del municipio de Aguadas	Director Deportes Grado 1 ¹¹	Acta de posesión número 049 Decreto 026	22/06/1988	31/12/1992	4 años – 6 meses y 9 días
	Director de Escuela Municipal de Educación Física,		01/01/1993	31/12/1997	4 años – 11 meses y 30 días

¹⁰ Copia de cédula de ciudadanía fl. 19, c1

¹¹ Certificación expedida por el Jefe de personal de la Alcaldía del municipio de Aguadas Caldas. Fs. 20-23, c1.

	Recreación y Deportes				
Departamento de Caldas – Secretaría de Educación ¹²	Docente OPS	Autorización número 816 de 2000 ¹³	01/08/2000	31/12/2000	4 meses y 30 días
		Autorización número 860 de 2001 ¹⁴	01/04/2001	31/12/2001	8 meses y 30 días
		Autorización número 467 de 2002 ¹⁵	01/03/2002 a 31/07/2002	01/09/2002 a 31/12/2002	8 meses
		Autorización número 166 de 2003 ¹⁶	01/04/2003	31/12/2003	8 meses y 30 días
	Docente (nombramiento propiedad)	Decreto 00055 ¹⁷	23/02/2004	30/11/2017	13 años – 9 meses y 7 días
		Decreto 00787 ¹⁸			
		Resolución 1989			
				Total	25 años – 10 meses y 13 días

- El demandante laboró 8 años en la alcaldía de Aguadas y posteriormente se vinculó al servicio docente mediante órdenes de prestación de servicios por aproximadamente más de 2 años. Luego, en docente en propiedad por más de 13 años.
- En cuanto a las labores desarrolladas por el actor en la alcaldía de Aguadas como instructor de deportes, esta situación no le confiere la calidad de docente, como lo señaló el Consejo de Estado¹⁹:

“Resulta oportuno citar una sentencia de esta Colegiatura, donde correspondió esclarecer si el libelista de entonces, tenía derecho a ser nombrado docente de tiempo completo y ser inscrito en el escalafón, por impartir conocimientos teórico prácticos en materias opcionales y dictar algunas asignaturas como docente catedrático de universidad, con los consabidos beneficios económicos derivados de ello.

En dicha oportunidad, se puso de presente que «las actividades culturales y deportivas no constituían asignaturas del pensum académico de una carrera universitaria y podían ser dictadas por maestros de bellas artes, directores de teatro o entrenadores de los distintos deportes, sin que ello les concediera el estatus de docente de planta con derecho a incorporación en el escalafón docente, a menos que se presentaran a concurso de méritos.» Situación que encaja proporcionalmente a la aquí discutida, por cuanto se desplegaron actividades lúdicas que no constituían una asignatura como tal.”

¹² Certificación expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas. Fs. 24, c1.
¹³ Folio 25, c1
¹⁴ Folio 26, c1
¹⁵ Folio 27, c1
¹⁶ Folio 28, c1
¹⁷ Formato único de expedición certificado de historia laboral decreto 2831 del 16 de agosto de 2005. Fs.34-35.
¹⁸ Formato único de expedición certificado de historia laboral decreto 2831 del 16 de agosto de 2005. Fs.34-35.
¹⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ- Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil diecisiete (2017)- Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00044-01(1080-14)

- Con relación a los tiempos mediante contrato de prestación de servicios, no se demostró que se haya efectuado cotización para aportes de pensión de estos, ni se solicitó que se declarara la existencia de un contrato realidad para que el FOMAG asuma los aportes que se debieron haber realizado.
- De esta manera, el actor no demostró que haya prestado 20 años al servicio docente, por lo que es procedente confirmar la sentencia de primera instancia.

5. Costas

- En atención a que no se causaron gastos ni la parte demandada actuó en esta instancia la parte actora no se condenará en costas. (arts. 188 CPACA, 366 CGP)

§40. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§41. La sala sexta del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Sentencia

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **Carlos Alberto Betancur Santa**, en contra de la **Nación - Ministerio de educación – Fondo de prestaciones sociales del magisterio**.

Segundo: Sin costas por lo señalado.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA y el Decreto 806 de 2020.

Notifíquese y Cúmplase

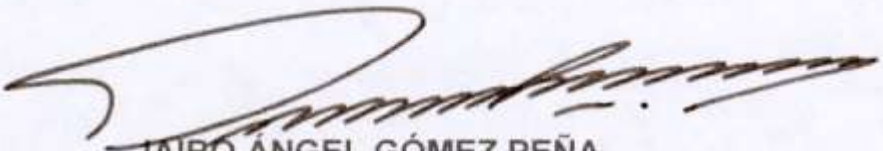
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 001

FECHA: 12/01/2021



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO

El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

**dcd0168208888392a932b8dda6311bcacc818bde14b094c64c60af8ea6bc0de
e**

Documento generado en 18/12/2020 09:17:08 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Sexta de Decisión-

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I. 199

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-008-2019-00283-00
Demandante:	PABLO DANIEL SEPÚLVEDA ÁLVAREZ
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Manizales, catorce (14) de diciembre dos mil veinte (2020).

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por la señora Liliana del Rocío Ojeda Insuasty, en calidad de Juez Octavo Administrativo Oral del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 131 y 132 del CPACA.

ANTECEDENTES

El 23 de septiembre de 2019 el señor Pablo Daniel Sepúlveda Álvarez actuando debidamente representado, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DEAJ –, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución DESAJMAR17-563-2 del 13 de junio de 2017 proferida por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales; ii) acto ficto o presunto como consecuencia del recurso de apelación interpuesto el 07 de julio de 2017.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación judicial, señalada en el decreto 0383 de enero de 2013, como factor salarial y prestacional desde el momento de la creación, con incidencia en la prima de servicios, de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados y demás emolumentos prestacionales, que por constitución y la ley correspondan a los servidores públicos de la rama judicial .

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Manizales, del cual es titular la Dra. Liliana del Rocío Ojeda Insuasty.

Por auto del 15 de noviembre de 2019 la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, manifestando que tendría interés directo en las resultas del proceso.

Posteriormente, la citada Juez remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

ARTÍCULO 131. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS. *Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:*

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por la Juez Octavo Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo.

La causal invocada es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio,

Son causales de recusación las siguientes:

(...)

¹ Auto de 11 de mayo de 2006; M.P: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

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

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la Honorable Corte Constitucional en auto 334 del 2 de diciembre de 2009² explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

Es directo cuando el juzgador obtiene, para si (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”³. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁴, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo siguiente:

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica*⁵, lo siguiente:

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

² H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

³ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁴ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁵ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“Por lo tanto, se trata de establecer "si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad".

Se ha agregado que

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁶. (Resalta la Sala).

En sentencia C-390 de 1993 la Honorable Corte Constitucional explicó que la causal que aquí se debate es de naturaleza subjetiva, y:

“(…) ante la presencia de causales subjetivas -1 y 9 del artículo 150 del C.P.C.-, la ausencia de prueba no debe conducir a presumir de derecho la temeridad o mala fe del recusante, como en el caso anterior, sino que, justamente por lo etéreo y gaseoso de las apreciaciones del espíritu humano, ella debe ser demostrada y probada en el proceso. En efecto, la apreciación tanto del “interés directo o indirecto” en el proceso como de la “enemistad grave o amistad íntima” es un fenómeno que depende del criterio subjetivo del fallador. Obsérvese que incluso las causales vienen acompañadas de adjetivos calificativos, lo cual pone de manifiesto la discrecionalidad en su apreciación. Pues bien, en estos casos es posible que un recusante invoque de buena fe una presunta causal que luego resulte de difícil prueba. Deducir en tales casos una responsabilidad automática iría contra los principios de la presunción de inocencia y de la buena fé (sic). Es por ello que en tales casos, a juicio de esta Corporación, sólo se invierte la carga de la prueba respecto del recusante fallido para efectos de una eventual sanción pecuniaria o disciplinaria, pero la sola materialidad del hecho no es suficiente para deducir de manera automática una responsabilidad.”.

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, así como por los empleados de los respectivos Despachos, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los jueces de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se afecte el fuero interno y la imparcialidad del fallador encargado de este caso.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que se vaya a adoptar en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el trámite de este proceso, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados judiciales de la Rama Judicial.

⁶ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

Ahora bien, el Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*, dispuso en el literal h) de su artículo 5, lo siguiente:

Artículo 5°. FUNCIONES DE LA SALA PLENA. *La sala plena de los tribunales tendrá las siguientes funciones:*

(...)

h) *Designar jueces ad hoc en los casos de impedimento y recusación del juez administrativo, según la Ley.*

El 30 de mayo de 2012, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura profirió el Acuerdo PSAA12-9482, *“Por el cual se adiciona el artículo 5° y se modifica el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, en lo relacionado con la lista de conjueces de los Tribunales Administrativos”*, en el cual dispuso:

ARTÍCULO 1°.-*Adicionar el artículo 5 del Acuerdo 209 de 1997, con un Parágrafo, el cual quedará así:*

“PARÁGRAFO: Para el nombramiento de Jueces Ad-hoc en los casos de impedimento conforme con el literal h) del presente artículo, se acudirá a la lista de conjueces existente en el respectivo Tribunal Administrativo”.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el DÍA (15) DE ENERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS ONCE(11:00 AM) DE LA MAÑANA, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría CONVÓCASE a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por la Dra. Liliana del Rocío Ojeda Insuasty, en calidad de Juez Octavo Administrativo Oral del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Pablo Daniel Sepúlveda Álvarez contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DEAJ –, por encontrarse incurso en la causal contenida en el

numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto tanto a la Dra. Liliana del Rocío Ojeda Insuasty, en calidad de Juez Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, como a los demás Jueces Administrativos de este Circuito.

Tercero. FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, DÍA (15) DE ENERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS ONCE (11:00 AM) DE LA MAÑANA

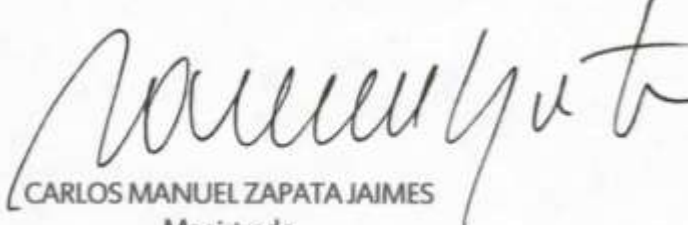
Quinto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

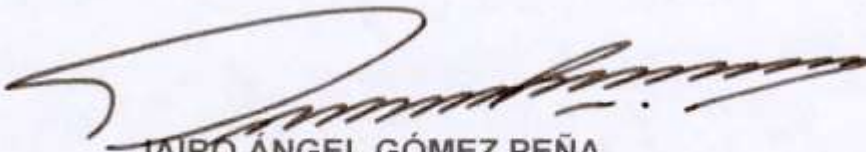
Los Magistrados



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD
DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

3967b707f3790d068b3e086c324f7c8e9fa2b42aea389443b7523c9983b9dae1

Documento generado en 18/12/2020 09:17:11 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Sexta de Decisión-

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I. 203

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2019-00173-02
Demandante:	HENRY MARTÍNEZ PACHECO
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Manizales, catorce (14) de diciembre dos mil veinte (2020).

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por el señor Luis Gonzaga Moncada cano, en calidad de Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 131 y 132 del CPACA.

ANTECEDENTES

El 19 de julio de 2019 el señor Henry Martínez Pacheco actuando debidamente representada, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DEAJ –, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución DESAJMAR17-934 del 12 de septiembre de 2017 proferida por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales; ii) Resolución DESAJMAR17-1473 del 19 de diciembre de 2107.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación judicial, señalada en el decreto 0383 de enero de 2013, como factor salarial y prestacional desde el momento de la creación, con incidencia en la prima de servicios, de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados y demás emolumentos prestacionales, que por constitución y la ley correspondan a los servidores públicos de la rama judicial .

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Manizales, del cual es titular el Dr. Luis Gonzaga Moncada Cano

Por auto del 24 de septiembre 2019 el citado funcionario se declaró impedido para conocer del asunto, manifestando que tendría interés directo en las results del proceso.

Posteriormente se remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

ARTÍCULO 131. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS. *Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:*

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por la Juez Octavo Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo.

La causal invocada es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio,

Son causales de recusación las siguientes:

(...)

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

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la Honorable Corte Constitucional en auto 334 del 2 de diciembre de 2009² explicó que aquella no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

¹ Auto de 11 de mayo de 2006; M.P: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

² H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

Es directo cuando el juzgador obtiene, para si (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”³. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁴, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo siguiente:

6. Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica⁵, lo siguiente:

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁶. (Resalta la Sala).

³ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁴ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁵ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

⁶ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

En sentencia C-390 de 1993 la Honorable Corte Constitucional explicó que la causal que aquí se debate es de naturaleza subjetiva, y:

“(…) ante la presencia de causales subjetivas -1 y 9 del artículo 150 del C.P.C.-, la ausencia de prueba no debe conducir a presumir de derecho la temeridad o mala fe del recusante, como en el caso anterior, sino que, justamente por lo etéreo y gaseoso de las apreciaciones del espíritu humano, ella debe ser demostrada y probada en el proceso. En efecto, la apreciación tanto del “interés directo o indirecto” en el proceso como de la “enemistad grave o amistad íntima” es un fenómeno que depende del criterio subjetivo del fallador. Obsérvese que incluso las causales vienen acompañadas de adjetivos calificativos, lo cual pone de manifiesto la discrecionalidad en su apreciación. Pues bien, en estos casos es posible que un recusante invoque de buena fe una presunta causal que luego resulte de difícil prueba. Deducir en tales casos una responsabilidad automática iría contra los principios de la presunción de inocencia y de la buena fé (sic). Es por ello que en tales casos, a juicio de esta Corporación, sólo se invierte la carga de la prueba respecto del recusante fallido para efectos de una eventual sanción pecuniaria o disciplinaria, pero la sola materialidad del hecho no es suficiente para deducir de manera automática una responsabilidad.”.

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, así como por los empleados de los respectivos Despachos, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los jueces de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se afecte el fuero interno y la imparcialidad del fallador encargado de este caso.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que se vaya a adoptar en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el trámite de este proceso, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados judiciales de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

Ahora bien, el Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*, dispuso en el literal h) de su artículo 5, lo siguiente:

Artículo 5º. FUNCIONES DE LA SALA PLENA. *La sala plena de los tribunales tendrá las siguientes funciones:*

(…)

h) Designar jueces ad hoc en los casos de impedimento y recusación del juez administrativo, según la Ley.

El 30 de mayo de 2012, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura profirió el Acuerdo PSAA12-9482, *“Por el cual se adiciona el artículo 5º y se modifica el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, en lo relacionado con la lista de conjueces de los Tribunales Administrativos”*, en el cual dispuso:

ARTÍCULO 1º.-Adicionar el artículo 5 del Acuerdo 209 de 1997, con un Parágrafo, el cual quedará así:

“PARÁGRAFO: Para el nombramiento de Jueces Ad-hoc en los casos de impedimento conforme con el literal h) del presente artículo, se acudirá a la lista de conjueces existente en el respectivo Tribunal Administrativo”.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el DÍA (15) DE ENERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS ONCE (11:00 AM) DE LA MAÑANA, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría CONVÓCASE a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por el Dr. Luis Gonzaga Moncada Cano, en calidad de Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Henry Martínez Pacheco contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DEAJ –, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto tanto LUIS GONZAGA MONCADA CANO como a los demás jueces administrativos de este Circuito.

Tercero. FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, DÍA (15) DE ENERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS ONCE (11:00 AM) DE LA MAÑANA

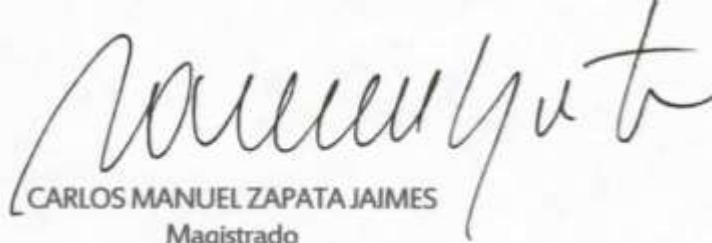
Quinto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

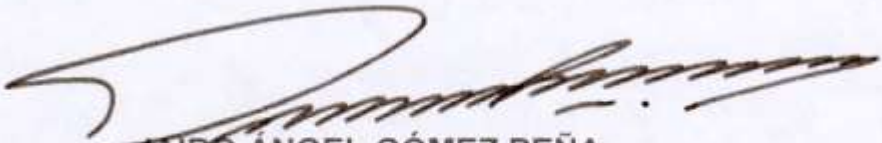
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **001**

FECHA: 12/01/2021



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO

El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD
DE MANIZALES-CALDAS

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

Código de verificación:
def5be15623e1adde06ab77fcfb2eb31384780d93e56cd1ed64a68dabe0f66ce
Documento generado en 18/12/2020 09:17:13 a.m.

Exp. 17001-33-39-005-2019-00173-02

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Sexta de Decisión-

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I.200

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2019-00473-02
Demandante:	MARÍA ISABEL GRISALES GÓMEZ
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Manizales, catorce (14) de diciembre dos mil veinte (2020).

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por la señora Bibiana María Londoño Valencia, en calidad de Juez Sexto Administrativo Oral del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 131 y 132 del CPACA.

ANTECEDENTES

El 27 de septiembre de 2019, la señora María Isabel Grisales Gómez actuando debidamente representada, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DEAJ –, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución DESAJMAR18-1499-2 del 04 de septiembre de 2018 proferida por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales; ii) acto ficto o presunto como consecuencia del recurso de apelación interpuesto.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación judicial, señalada en el decreto 0383 de enero de 2013, como factor salarial y prestacional desde el momento de la creación, con incidencia en la prima de servicios, de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados y

demás emolumentos prestacionales, que por constitución y la ley correspondan a los servidores públicos de la rama judicial .

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Manizales, del cual es titular la Dra. Bibiana María Londoño Valencia

Por auto del 02 de diciembre de 2019 la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, manifestando que tendría interés directo en las results del proceso.

Posteriormente la citada Juez remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

ARTÍCULO 131. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS. *Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:*

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por la Juez Octavo Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo.

La causal invocada es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio,

Son causales de recusación las siguientes:

(...)

¹ Auto de 11 de mayo de 2006; M.P: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

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

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la Honorable Corte Constitucional en auto 334 del 2 de diciembre de 2009² explicó que aquella no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

Es directo cuando el juzgador obtiene, para si (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”³. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁴, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo siguiente:

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica*⁵, lo siguiente:

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

² H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

³ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁴ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁵ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“Por lo tanto, se trata de establecer "si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad".

Se ha agregado que

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁶. (Resalta la Sala).

En sentencia C-390 de 1993 la Honorable Corte Constitucional explicó que la causal que aquí se debate es de naturaleza subjetiva, y:

“(…) ante la presencia de causales subjetivas -1 y 9 del artículo 150 del C.P.C.-, la ausencia de prueba no debe conducir a presumir de derecho la temeridad o mala fe del recusante, como en el caso anterior, sino que, justamente por lo etéreo y gaseoso de las apreciaciones del espíritu humano, ella debe ser demostrada y probada en el proceso. En efecto, la apreciación tanto del “interés directo o indirecto” en el proceso como de la “enemistad grave o amistad íntima” es un fenómeno que depende del criterio subjetivo del fallador. Obsérvese que incluso las causales vienen acompañadas de adjetivos calificativos, lo cual pone de manifiesto la discrecionalidad en su apreciación. Pues bien, en estos casos es posible que un recusante invoque de buena fe una presunta causal que luego resulte de difícil prueba. Deducir en tales casos una responsabilidad automática iría contra los principios de la presunción de inocencia y de la buena fé (sic). Es por ello que en tales casos, a juicio de esta Corporación, sólo se invierte la carga de la prueba respecto del recusante fallido para efectos de una eventual sanción pecuniaria o disciplinaria, pero la sola materialidad del hecho no es suficiente para deducir de manera automática una responsabilidad.”.

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, así como por los empleados de los respectivos Despachos, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los jueces de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se afecte el fuero interno y la imparcialidad del fallador encargado de este caso.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que se vaya a adoptar en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el trámite de este proceso, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados judiciales de la Rama Judicial.

⁶ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

Ahora bien, el Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*, dispuso en el literal h) de su artículo 5, lo siguiente:

Artículo 5°. FUNCIONES DE LA SALA PLENA. *La sala plena de los tribunales tendrá las siguientes funciones:*

(...)

h) *Designar jueces ad hoc en los casos de impedimento y recusación del juez administrativo, según la Ley.*

El 30 de mayo de 2012, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura profirió el Acuerdo PSAA12-9482, *“Por el cual se adiciona el artículo 5° y se modifica el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, en lo relacionado con la lista de conjueces de los Tribunales Administrativos”*, en el cual dispuso:

ARTÍCULO 1°.-*Adicionar el artículo 5 del Acuerdo 209 de 1997, con un Parágrafo, el cual quedará así:*

“PARÁGRAFO: Para el nombramiento de Jueces Ad-hoc en los casos de impedimento conforme con el literal h) del presente artículo, se acudirá a la lista de conjueces existente en el respectivo Tribunal Administrativo”.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el DÍA (15) DE ENERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS ONCE(11:00 AM) DE LA MAÑANA, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría CONVÓCASE a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por la Dra. Bibiana María Londoño Valencia, en calidad de Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora María Isabel Grisales Gómez contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DEAJ –, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto tanto a la Doctora Bibiana María Lodoño Valencia, como a los demás Jueces Administrativos de este Circuito.

Tercero. FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, DÍA (15) DE ENERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS ONCE (11:00 AM) DE LA MAÑANA.

Quinto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

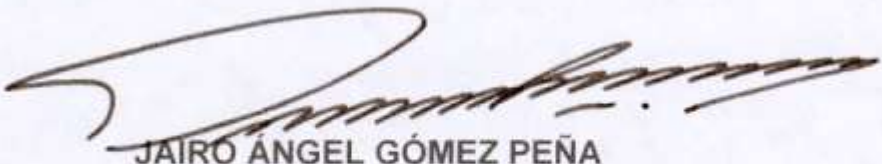
Los Magistrados



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD
DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

179f22d3dbf7cf73c7d6fd2d6e2054d0e1f6b44ea4dcfffe13f6899296d7c4dd

Documento generado en 18/12/2020 09:17:14 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Sexta de Decisión-

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I. 201

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2019-00489-02
Demandante:	JUSTO PASTOR GOMÉZ GIRALDO
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Manizales, catorce (14) de diciembre dos mil veinte (2020).

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por la señora MARÍA ISABEL GRISALES GÓMEZ, en calidad de Juez Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 131 y 132 del CPACA.

ANTECEDENTES

El 27 de septiembre de 2019, el señor Justo Pastor Gómez Giraldo actuando debidamente representado, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DEAJ –, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución DESAJMAR18-1501 del 04 de septiembre de 2018 proferida por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales; ii) acto ficto o presunto como consecuencia del recurso de apelación interpuesto.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación judicial, señalada en el decreto 0383 de enero de 2013, como factor salarial y prestacional desde el momento de la creación, con incidencia en la prima de servicios, de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados y

demás emolumentos prestacionales, que por constitución y la ley correspondan a los servidores públicos de la rama judicial .

El conocimiento del citado proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Manizales, del cual es titular la Dra. María Isabel Grisales Gómez.

Por auto del 30 de septiembre de 2019 la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, manifestando que tendría interés directo en las results del proceso.

Posteriormente la citada Juez remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

ARTÍCULO 131. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS. *Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:*

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por la Juez Octavo Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo.

La causal invocada es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio,

Son causales de recusación las siguientes:

(...)

¹ Auto de 11 de mayo de 2006; M.P: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Exp. 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362)

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

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la Honorable Corte Constitucional en auto 334 del 2 de diciembre de 2009² explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

Es directo cuando el juzgador obtiene, para si (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”³. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁴, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo siguiente:

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica*⁵, lo siguiente:

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

² H. Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009. Referencia: expedientes D-7882 y 7909 acum. Recusación formulada contra el Procurador General de la Nación.

³ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁴ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁵ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“Por lo tanto, se trata de establecer "si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad".

Se ha agregado que

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁶. (Resalta la Sala).

En sentencia C-390 de 1993 la Honorable Corte Constitucional explicó que la causal que aquí se debate es de naturaleza subjetiva, y:

“(…) ante la presencia de causales subjetivas -1 y 9 del artículo 150 del C.P.C.-, la ausencia de prueba no debe conducir a presumir de derecho la temeridad o mala fe del recusante, como en el caso anterior, sino que, justamente por lo etéreo y gaseoso de las apreciaciones del espíritu humano, ella debe ser demostrada y probada en el proceso. En efecto, la apreciación tanto del “interés directo o indirecto” en el proceso como de la “enemistad grave o amistad íntima” es un fenómeno que depende del criterio subjetivo del fallador. Obsérvese que incluso las causales vienen acompañadas de adjetivos calificativos, lo cual pone de manifiesto la discrecionalidad en su apreciación. Pues bien, en estos casos es posible que un recusante invoque de buena fe una presunta causal que luego resulte de difícil prueba. Deducir en tales casos una responsabilidad automática iría contra los principios de la presunción de inocencia y de la buena fé (sic). Es por ello que en tales casos, a juicio de esta Corporación, sólo se invierte la carga de la prueba respecto del recusante fallido para efectos de una eventual sanción pecuniaria o disciplinaria, pero la sola materialidad del hecho no es suficiente para deducir de manera automática una responsabilidad.”.

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por las resoluciones cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, así como por los empleados de los respectivos Despachos, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los jueces de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso de que eventualmente se fallare a favor del accionante, y por tanto habría lugar a que se afecte el fuero interno y la imparcialidad del fallador encargado de este caso.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que se vaya a adoptar en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el trámite de este proceso, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados judiciales de la Rama Judicial.

⁶ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

Ahora bien, el Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*, dispuso en el literal h) de su artículo 5, lo siguiente:

Artículo 5°. FUNCIONES DE LA SALA PLENA. *La sala plena de los tribunales tendrá las siguientes funciones:*

(...)

h) *Designar jueces ad hoc en los casos de impedimento y recusación del juez administrativo, según la Ley.*

El 30 de mayo de 2012, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura profirió el Acuerdo PSAA12-9482, *“Por el cual se adiciona el artículo 5° y se modifica el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, en lo relacionado con la lista de conjueces de los Tribunales Administrativos”*, en el cual dispuso:

ARTÍCULO 1°.-*Adicionar el artículo 5 del Acuerdo 209 de 1997, con un Parágrafo, el cual quedará así:*

“PARÁGRAFO: Para el nombramiento de Jueces Ad-hoc en los casos de impedimento conforme con el literal h) del presente artículo, se acudirá a la lista de conjueces existente en el respectivo Tribunal Administrativo”.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el **DÍA 15 DE ENERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS ONCE(11:00 AM) DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría CONVÓCASE a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE:

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por la Dra. María Isabel Grisales Gómez, en calidad de Juez Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Justo Pastor Gómez Giraldo contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – DEAJ –, por encontrarse incurso en la causal contenida en el

numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a la Doctora María Isabel Grisales Gómez, como a los demás Jueces Administrativos de este Circuito.

Tercero. FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, DÍA 15 DE ENERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS ONCE (11:00 AM) DE LA MAÑANA,

Quinto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

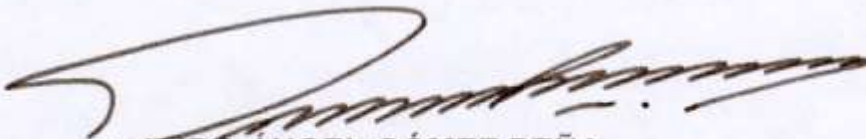
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD
DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

8f283263e391a4ef267d51917331cde68f38ffe3f63080c86792a307bb707a30

Documento generado en 18/12/2020 09:17:16 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Auto Interlocutorio 200

ASUNTO:	RESUELVE DESISTIMIENTO
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LUZ MARINA CASTRO GUTIÉRREZ
DEMANDADO:	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE MANIZALES
RADICACIÓN:	17001-2333-0002019-00400-00

Manizales, catorce (14) de diciembre dos mil veinte (2020).

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

ASUNTO

Esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a resolver desistimiento presentado por la señora **LUZ MARINA CASTRO GUTIÉRREZ** frente a las pretensiones de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE MANIZALES.

1. ANTECEDENTES

§01. Solicitó se declare la nulidad del acto administrativo ficto del día 06 de noviembre de 2018, que negó el reconocimiento de la correspondiente sanción por mora solicitada generada del ajuste a la cesantía definitiva, con la inclusión de la prima de servicios, como factor salarial para la liquidación, a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reconocimiento y pago de sanción moratoria a la que tiene derecho por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa.

§02. En los hechos precisó que la señora LUZ MARINA CASTRO GUTIÉRREZ, prestó sus servicios hasta el 31 de diciembre de 2014; por medio de la **Resolución 229 del 27 de abril de 2015**, le fueron reconocidas sus cesantías definitivas, sin la inclusión de la prima de servicios, por lo que mediante petición del 06 de agosto de 2018, reclamó la reliquidación de las cesantías definitivas con el factor de la prima de servicios y la sanción por mora en el pago de las cesantías reajustadas. Las cesantías fueron reajustadas con la prima de servicios mediante la Resolución 098 del 12 de febrero de 2019, sin resolver de fondo lo correspondiente a la sanción moratoria. Por medio del acto administrativo ficto

del 06 de noviembre de 2018, se niega el reconocimiento de la sanción moratoria a la demandante.

2. SOLICITUD DE DESISTIMIENTO

El día 21 de febrero de 2020 la apoderada judicial de la parte demandante allegó memorial visible a folio 51 del cuaderno 1, solicitó el desistimiento de las pretensiones de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por la señora LUZ MARINA CASTRO GUTIÉRREZ contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE MANIZALES, con fundamento en el artículo 314 de la ley 1564 de 2012, aplicable a esta jurisdicción por remisión del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

3. DESISTIMIENTO

La figura del desistimiento no fue objeto de regulación en la Ley 1437 de 2011, que apenas se limita a abordar esta figura cuando se produce de manera tácita (art. 178), por lo cual se hace menester acudir, por expresa remisión del artículo 306 de la misma obra, al Código General del Proceso que sí regula dicha institución en el precepto 314, a cuyo tenor:

“ARTÍCULO 314. DESISTIMIENTO DE LAS PRETENSIONES. El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia (...)” /Líneas de la Sala/.

De acuerdo con las particularidades del caso sometido a estudio de esta Sala, se verifica que la apoderada de la parte actora cuenta con la facultad expresa para desistir /fls. 2 cdno 1/ (art. 315 núm. 2 ibídem) y no se ha proferido fallo que ponga fin al proceso, razones que tendrá en cuenta esta colegiatura para aceptar el desistimiento y dar por terminado el proceso, con efectos propios la providencia de cosa juzgada.

4. COSTAS PROCESALES

Teniendo en cuenta el artículo 316 del CGP, precisa que el auto que admite el desistimiento se condenará en costas a quien desistió del mismo, sin embargo dicho precepto, contiene diferentes excepciones para dicha condena como son: (i) *cuando las partes así lo convengan*; (ii) *cuando se trate del desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido*; (iii) *cuando se desista de los efectos de la sentencia favorable ejecutoriada y no estén vigentes medidas cautelares*; (iv) *cuando el demandado no se oponga al desistimiento de las pretensiones que de forma condicionada presente el demandante respecto de no ser condenado en costas y perjuicios. De la solicitud del demandante se correrá traslado al demandado por tres (3) días, y en caso de oposición el juez se abstendrá de aceptar el desistimiento así solicitado. Si no hay oposición, el juez decretará el desistimiento sin condena en costas y expensas.*

En el caso bajo examen se tiene que por la Secretaría de la Corporación se procedió a dar traslado a la contraparte del escrito de desistimiento de las pretensiones, visible a folio 54 sin embargo la actora no se pronunció sobre la misma, en este sentido y conforme a los

presupuestos normativos enunciados en precedente no se condenará en costas a la parte actora.

Es por lo expuesto que,

RESUELVE

PRIMERO: ACEPTAR el desistimiento de las pretensiones de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentado por la señora **LUZ MARINA CASTRO GUTIÉRREZ** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE MANIZALES**.

SEGUNDO: TERMINAR el presente proceso y con efectos de cosa juzgada esta providencia.

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVANSE** los anexos sin necesidad de desglose y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

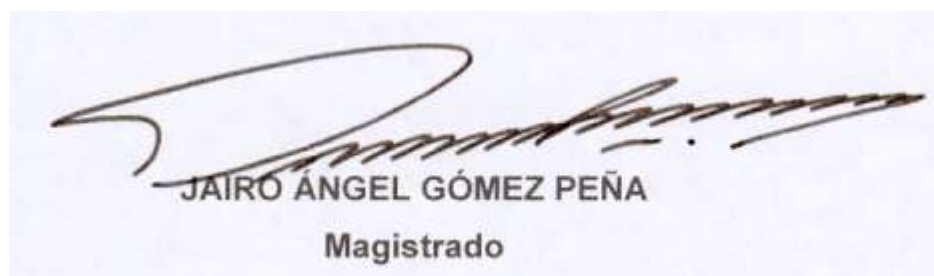
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD
DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:
590241d83edb131096ed31fb4e35251ecbff8dbdb4be7cd0c7d59756df680189
Documento generado en 18/12/2020 09:16:48 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Sexta de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JOSÉ OSCAR GARCÍA CARDONA
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
RADICACIÓN: 17001333300120180018302
SENTENCIA: 191

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

ASUNTO

§01. A Despacho se encuentra el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida el 26 de septiembre del 2019 por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **JOSÉ OSCAR GARCÍA CARDONA**, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1.LA DEMANDA (fs. 4 a 17 c. 1)

§02. Se pretende la nulidad parcial de la **Resolución 936 del 30 de noviembre 2017**, “por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una Pensión Vitalicia de Jubilación”.

§03. Declarar que el mandante tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague una pensión de jubilación, a partir del 01 de agosto de 2017, equivalente al 75% del promedio de los **salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos en el**

último año de servicio al momento del retiro definitivo del cargo, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de representado.

§04. Describió que la parte demandante prestó 20 años al servicio de la docencia oficial, siendo reconocido su derecho pensional por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§05. Consideró como violados los artículos 15 de Ley 91 de 1989, Ley 1151 de 2007, 1 de la Ley 33 de 1985, artículo 81 de la ley 812 del 2003, Ley 100 del 1993, ley 812 de 2003 ley 62 de 1985, y Decretos 1045 de 1978, 3135 de 1968, 1848 de 1969.

§06. Como concepto de violación precisó que al accionante le es aplicable las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985; por lo que se le debe liquidar su pensión sobre la base salarial del 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme lo prevé el Decreto 1045 de 1978; y se ratifica en los pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado.

1.2.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 162 - 175, c1).

§07. Se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte actora.

§08. Negó los hechos aludidos en la demanda, argumentando que en razón a la carencia del vínculo contractual, no hay justificación para el pago de los derechos prestacionales reclamados.

§08.1. **Propuso los siguientes medios exceptivos:** falta de integración del contradictorio litisconsorte necesario; vinculación del litisconsorte, ineptitud sustancial de la demanda por - falta de legitimación en la causa por- inexistencia del demandado falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado; inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica; prescripción; buena fe y genérica.

1.3. SENTENCIA RECURRIDA (fs. 203-217 vto. c. 1.1)

§09. El pasado 26 de septiembre de 2019 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, accediendo a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“(…) PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de nominadas “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada, falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”, y “buena fe” propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – fondo de prestaciones Sociales del Magisterio dentro de los procesos instaurados por Jhon Jairo Muñoz Zuluaga, José Oscar García Cardona, Fernando Buitrago Arango, Damaris Jaramillo Duque, Jesús Alonso Escobar Ortega, María Lupe Cartagena de Cabezas, Ana Mercedes López Molano, Marco Tulio Salazar

Gil, María Inés Ríos Quintero, Antonio María González, Carlos Arturo Duque Vargas.

SEGUNDO: DECLARAR probada PARCIALMENTE la excepción de inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica” propuesta por la Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los procesos formulados por las personas descritas en el orinal anterior.

TERCERO: DECLARAR probada TOTALMENTE la excepción de inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica” propuesta por la nación Ministerio de Educación – fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los procesos instaurados por Orlando Arango Álvarez, Bertha Inés Morales Zuluaga, Amparo Zuluaga Hoyos, María Consuelo Otálvaro y Jorge Eliecer Cabezas Delgadillo.

CUARTO DECLARAR la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos que reconocieron y ordenaron pagar la pensión de jubilación de:

Radicación 2018-00178: 2722-6 del 02/04/2018

Radicación 2018-00183: 936 del 30/11/2017

Radicación 2018-00184: 0332 del 09/05/2017

Radicación 2018-00186: 281 del 07/05/2015

Radicación 2018-00214: Acto presunto por la negativa a la petición del 06/02/2018

Radicación 2018-00237: 7980 del 10/10/2016

Radicación 2018-00240: 0063 del 20/10/2004

Radicación 2018-00244: 0980 del 16/11/2004

Radicación 2018-00274: 9300-6 del 09/11/2014

Radicación 2018-00275: 0889 del 09/11/2016

Radicación 2018-00276: 0208 del 15/04/2018

QUINTO: A título de Restablecimiento del derecho, se ORDENA a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que en las pensiones de jubilación reconocidas a los actores se tengan en cuenta los valores expuestos en la parte considerativa de la sentencia, así.

(...)

“Caso n° 3 Radicación 2018-00183

El señor José Oscar García Cardona la bonificación mensual se reajustará en un monto de \$ de 65.641 y por concepto de horas extras se tendrá en cuenta un monto mensual de \$ 172.337. A partir del 01 de agosto de 2017”...

(...)

SEXTO: La sumas que se paguen a favor de cada uno de los demandantes a los que se les reconoció el derecho se actualizará utilizando la fórmula de matemática financiera empleada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para la actualización del dinero.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.”-sft-

§10. Analizó el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales y determinó los factores salariales a efecto de fijar el ingreso base de liquidación, conforme a las previsiones establecidas en las Leyes 91 de 1989, 33 de 1985 modificada por la Leyes 62 de 1985, 812 de 2003, artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y 812 de 2003.

§11. Discernió acerca de las posturas jurisprudenciales de la Sección Segunda y la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, concernientes al estudio de la inclusión de factores salariales al momento de liquidarse la pensión de jubilación acerca del ingreso base de reliquidación pensional del año 2010, y se acogió a dicha postura, y determinó que la liquidación pensional debe hacerse incluyendo todos los factores que constituyen salario sin ceñirse estrictamente a los taxativos previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

§12. Con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso, se encuentra demostrado el derecho que tienen los demandantes en los casos con radicación 2018-00178, 2018-00183, 2018-00184, 2018-00186, 2018-00214, 2018-00237, 2018-00240, 2018-00244, 2018-00274, 2018-00275, 2018-00276, para acceder a la reliquidación pensional con la inclusión de los factores señalados en los diversos procesos, se ordenara a título de restablecimiento del derecho al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pagar las sumas de dinero dejadas de pervivir, equivalentes a la diferencia entre lo efectivamente recibido por la parte demandante como pensión de jubilación y lo que le corresponde al liquidarse su pensión con base en lo que se expuso en la audiencia.

§13. En consecuencia, accedió a las pretensiones de la demanda y decidió no condenar en costas.

1.4. LA APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE (fs. 224 a 231 c. 1)

§14. Solicitó que es necesario conceder todas las pretensiones, al hacer la revisión conforme a todos los presupuestos normativos y jurisprudenciales, se advierte que la pensión de jubilación reclamada debe modificar con la inclusión de otros factores salariales.

§14.1. La decisión en controversia está basada en la Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019, pero a la fecha de interposición de la demanda imperaba la interpretación dada en sentencia de agosto de 2010, que reconoció las pensiones con la totalidad de factores salariales devengados el último año de servicios, lo que crea “*la **CONFIANZA LEGITIMA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**, pues sus usuarios y los abogados, que los representamos, nos SENTIMOS CON CONFIANZA REAL, MATERIAL, LÓGICA Y JURÍDICA de propiciar una acción, conforme al PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL, pues creemos que resulta legítimo acudir a las instancias judiciales para que las entidades administrativas no adopten decisiones diferentes a quienes en la sociedad, se han postulado o hemos nombrado como nuestros jueces”.*

1.5 ACTUACIÓN SEGUNDA INSTANCIA

§15. Mediante auto del 09 de diciembre del 2019, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 2, cdno 3).

§16. Las partes demandante y demandada presentaron alegatos de conclusión reafirmando los argumentos de la apelación y de la contestación de la demanda, respectivamente; el Ministerio Público no se pronunció.

§17. **Parte demandante:** Aludió a las posturas jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, y precisó que se deben aplicar los criterios vigentes para la ocurrencia de los hechos, toda vez que se deben respetar los precedentes y leyes existentes en el tiempo y al momento de causar el derecho. (fs. 05 a 13 –fls. C3).

2. CONSIDERACIONES DEL HONORABLE TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA

§18. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA¹.

§19. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”²

§20. En razón de lo anterior, es competencia de esta instancia resolver la inconformidad de la parte demandante aludida en el escrito de impugnación.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

§21. El debate jurídico se centra en determinar si las y los demandantes en calidad de docentes oficiales ¿tienen derecho a la reliquidación de pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al cumplimiento de estatus de pensionado(a) o al retiro definitivo del servicio?

§22. ¿El cambio jurisprudencial en torno al ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes vulnera la confianza legítima?

¹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

2.3. MATERIAL PROBATORIO

§23. Del material probatorio que reposa en el expediente, se destaca lo siguiente:

§24. A través de la Resolución 936 del 26 de noviembre de 2017, se reconoció la pensión de jubilación como docente de régimen nacionalizado a cargo del departamento de Caldas, en cuantía de \$2'778.956, a partir del **01 de agosto de 2017**, donde se tuvo en cuenta el sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones. El estatus de pensionado fue el 31/07/2017. (fs. 33 C 1).

§25. Formato Único para la expedición de certificado de salarios percibidos ente 2016 y 2017, allegado antes del traslado de excepciones, donde consta que devengaron los factores de: asignación básica, primas de navidad, servicios, vacaciones docente, bonificación mensual y horas extras entre abril a diciembre de 2017. (fl. 185 c1)

§26. Una vez observadas las pruebas aportadas en el presente asunto, procede esta Colegiatura a resolver el problema jurídico formulado.

2.4. FUNDAMENTO JURÍDICO

2.4.1. REGIMEN PENSIONAL DOCENTE

§27. La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia de unificación SUJ-014-CE –S2-2019 del 25 de abril de 2019³, sentó jurisprudencia en cuanto al ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, al respecto determinó:

“(…)

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01102-00(AC). <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscadord-jurisprudencia/>

lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

(...)

iv. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y Vejez de los docentes

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

72. De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

§28. De los pronunciamientos jurisprudenciales transcritos, se concluye que la pensión de jubilación docente para los vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, se debe calcular sobre los factores salariales, en los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

2.4.2. APLICACIÓN DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN EN CUANTO AL PERIODO PARA LA LIQUIDACIÓN DE DOCENTES

§29. La Honorable Corporación, en el pronunciamiento jurisprudencial de unificación antes citado, refiere a la regla que rige el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación docente en cuanto a factores y periodo, esto teniendo en cuenta el contenido normativo previsto en la Ley 33 de 1985, al cual refirió:

“65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. **Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año** y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985

66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. **Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.**”

§30. De esta manera, la pensión de los docentes vinculados antes del 2003, que se rigen por la Ley 33 de 1985, se liquida el ingreso base de liquidación con el período del último año de servicios.

2.4.2. La sentencia de unificación se aplica retrospectivamente a los procesos que están en curso

§31. La citada sentencia de unificación expresamente señaló sobre sus efectos obligatorios:

Efectos de la presente decisión.

Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura - autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".

En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los

casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

§32. La sala no encuentra que se vulnere el principio de confianza legítima con la precitada sentencia de unificación, toda vez se hizo en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica. La sentencia hizo un análisis de las decisiones antecedentes, poniendo de presente que sobre un mismo aspecto había contradicciones entre las Altas Cortes. Por ello se dispuso la aplicación retrospectiva de las reglas salvaguardando las situaciones jurídicas consolidadas.

3. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO

§33. Analizando el recuento fáctico se tiene que la parte actora laboró al servicio educativo como docente nacionalizado por más de 20 años; y le fue reconocido el derecho pensional en el año 2017.

§34. Que mediante la **Resolución 936 del 30 de noviembre 2017**, se reconoció la pensión de reliquidación de la pensión de jubilación, a favor de **JOSÉ OSCAR GARCÍA CARDONA**, en cuantía de \$2'778.956, a partir del **01 de agosto de 2017**, donde se tuvo en cuenta el **suelo mensual, prima de navidad y prima de vacaciones**. (fs. 33, c. 1).

§35. Según Formato Único para la expedición de certificado de salarios percibidos ente 2016 y 2017, donde consta que devengaron los factores de: asignación básica, primas de navidad, servicios, vacaciones docente, bonificación mensual y horas extras entre abril a diciembre de 2017 (fl. 185 c1)

§36. Conforme a las pruebas obrantes, concluye la Sala que la parte actora para la vigencia de la Ley 812 de 2003, ya había ingresado a prestar sus servicios como docente nacionalizado, lo que permite determinar que para el reconocimiento pensional la norma **aplicable es la Ley 33 de 1985**.

§37. Una vez determinado el régimen que le cobija, y teniendo en cuenta que en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentra exceptuada de Régimen General de Pensiones, no le cobija el Decreto 1158 de 1998, respecto a los factores base de cotización a tener en cuenta en la liquidación pensional, pero sí los factores previstos en la Ley 62 de 1985⁴:

⁴ ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio**. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

“ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

§38. Dentro de los elementos salariales percibidos por la parte demandante, están previstos en la norma precitada el sueldo mensual y las horas extras, estas últimas no reconocidas en la pensión, pero sí por el juzgado de primera instancia.

§39. Respecto a la bonificación mensual, fue creada por los Decretos 1566 de 2014 y 123 de 2016, y constituye factor salarial para todos los efectos legales, por lo que fue acertada la decisión de primera instancia que se debía incluir dicho factor en la liquidación pensional.

§40. En cuanto a los demás factores reconocidos en la pensión, como no fueron motivo de discusión en este proceso ni de apelación, no se hará pronunciamiento al respecto.

§41. Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia.

4. COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

§42. En cuanto a las costas de segunda instancia, a pesar de modificarse la sentencia de primera por un cambio jurisprudencial, no se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandante.

§43. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§44. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de septiembre del 2019 por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor **JOSÉ OSCAR GARCÍA CARDONA** en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS en ambas instancias

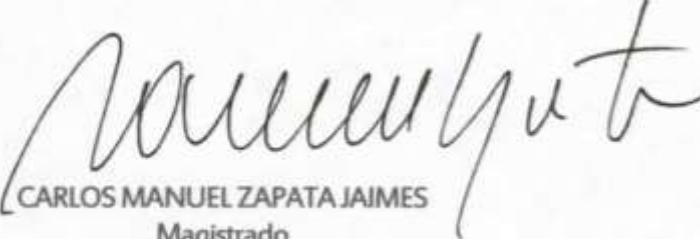
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Notifíquese y Cúmplase

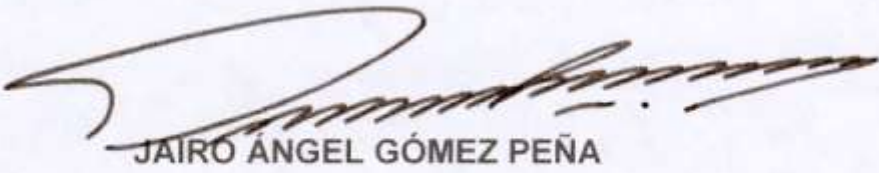
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **001**

FECHA: 12/01/2021



**HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO**

El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

3aa7a541b31ab6d38502f88f738fc593cec025a858a2e8f318f6121b3e21017a

Documento generado en 18/12/2020 09:16:49 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: José Froilán Ramírez Sierra
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES
Radicación: 170013339006-2018-00200-02
Acto judicial: Sentencia 183

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

ASUNTO

§01. Procede la Sala a resolver la apelación interpuesta por el demandante contra la sentencia dictada el 20 de septiembre del 2019 proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del circuito de Manizales, en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **JOSE FROILAN RAMIREZ SIERRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

Antecedentes

1.1. La demanda¹

§02. Se pretende la nulidad de la Resolución GNR 35911 del 30 de enero de 2017, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión del actor con la inclusión de todos los factores salariales devengados el último año. Y de la Resolución SUB 1361 del 07 de marzo de 2017 y la Resolución DIR 3675 del 20 de abril de 2017, que confirmaron la primera resolución en sedes de reposición y apelación.

§03. En restablecimiento solicita re reliquide la pensión con el 75% por ciento de la totalidad de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial.

§04. Describió que la parte demandante prestó sus servicios por más de 20 años en varias entidades, terminando sus servicios en el Servicio Nacional del Sena -SENA.

¹ (fs. 3 a 21 c.1)

§05. Relató que al actor le fue reconocida una pensión conforme a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 mediante la **Resolución 3227 del 7 de septiembre de 2011**. Luego la pensión fue reliquidada a través de las **Resolución GNR 248829 del 8 de Julio de 2014 y GNR 34438 del 13 de febrero de 2015**. Pero en la liquidación no se contemplaron todos los factores salariales percibidos el último año de servicios.

§06. Luego el 11 de enero de 2017 solicitó la revisión de la pensión para que se tuviera en cuenta todos los factores salariales de conformidad con el Decreto 1848 de 1969.

§07. Dicha solicitud fue negada a través de la **Resolución GNR 35911 del 30 de enero de 2017**. Contra dicho acto interpuso los recursos de reposición y apelación, mismo que fueron resueltos a través de las Resoluciones N SUB 1361 del 07 de marzo de 2017 y DIR 3675 del 20 de abril de 2017.

§08. Como disposiciones que se estiman violadas invocó los artículos 2, 6, 25, 58 de la CP, 10 del CC, 3 numeral 3 de la Ley 33 de 1985 y 1 numeral 3 de la Ley 62 de 1985; Leyes 1437 de 2011, 4º de 1966; 57 de 1887, 5 de 1969 y 71 de 1988; y Decreto 3135 de 1968, 1743 de 1996.

§09. Como concepto de violación precisó que como el actor pertenece al régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho que la pensión se reliquide con la totalidad de los factores salariales percibidos el último año de servicios, conforme a la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado.

1.2. Contestación de COLPENSIONES²

§10. La entidad se opuso a las pretensiones de la parte demandante toda vez que considera haber seguido con rigurosidad los preceptos normativos y jurisprudenciales aplicables al caso.

§11. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§11.1. **Ausencia del derecho reclamado aplicación normativa y reliquidación pensional.** Preciso que no es posible acceder a la reliquidación pensional en virtud de la dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues del régimen anterior solo se aplica lo atinente a edad, semanas y monto, más no la forma para calcular el IBL con el cual se liquida la prestación.

§11.2. **Improcedencia de reliquidar la prestación pensional.** Manifestó como quiera el peticionario es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la pensión debe liquidarse conforme lo dispone dicha norma. O sea, como le faltaba más de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el ingreso base de liquidación será el promedio de lo aportado durante los últimos 10 años o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior.

² (fs. 98 a 112 c.1)

§11.3. **Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados.** Resalta que los factores a tenerse en cuenta la liquidación de la pensión del actor están fijados en el Decreto 1158 de 1994.

§11.4. **Prescripción:** Conforme a los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

§11.5. **Improcedencia de los intereses moratorios.** Afirmó que para la procedencia de los intereses moratorios de la sentencia, debe presentarse la reclamación del cumplimiento en la forma legal.

§11.6. **Obligatoriedad de realizar deducciones destinadas al sistema de seguridad social en salud y al fondo de solidaridad pensional.**

§11.7. **Buena fe.** Recalcó que la entidad actuó conforme a la ley.

§11.8. **Declarables de oficio.**

1.3. Sentencia que negó las pretensiones³

§12. La Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLÁRANSE PROBADAS las excepciones “AUSENCIA DEL DERECHO RECLAMADO- APLICACIÓN NORMATIVA Y RELIQUIDACIÓN PENSIONAL”, “IMPROCEDENCIA DE TOMAR TODOS LOS FACTORES SALARIALES DEVENGADOS”, “IMPROCEDENCIA DE RELIQUIDAR LA PRESTACIÓN PENSIONAL” Y “BUENA FE” propuestas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: NIÉGUENSE las pretensiones de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por el señor JOSE FLORIAN RAMIREZ SIERRA contra COLPENSIONES.

TERCERO: sin costas.

§13. Como problema jurídico a dilucidar determinó si:

¿ADOLECEN DE NULIDAD LOS ACTOS ADMINISTRATIVO PROFERIDO POR LA ENTIDAD DEMANDADA EN TANTO NEGARON LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL ACTOR AL NO INCLUIR TODOS LOS FACTORES SALARIALES POR ÉL DEVENGADOS EN EL AÑO INMEDIATAMENTE ANTERIOR AL STATUS DE PENSIONADO?

En Caso Afirmativo

³ 1.3. (fs. 138 a 148 c.1)

¿LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL DEMANDANTE DEBE SER REAJUSTADA CON EL I.B.L. QUE INCLUYA TODOS LOS FACTORES SALARIALES POR EL DEVENGADOS EL DEVENGADOS EN EL AÑO INMEDIATAMENTE ANTERIOR AL STATUS DE PENSIONADO?

§14. El juzgado consideró que la pensión no puede ser reliquidada aplicando el 75% sobre el ingreso base de liquidación equivalente al promedio de todos los factores salariales por el percibido durante el último año de servicio según lo previsto en la ley 33 de 1985. Esto porque, en los términos del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el régimen de transición sólo tiene incidencia en los requisitos de edad, tiempo de servicio cotizaciones y tasa de reemplazo, más no en el ingreso base de liquidación.

1.4. La apelación del actor⁴

§15. Solicitó al despacho que se revoque la sentencia, y se acceda a las pretensiones de la demanda, ordenando la reliquidación de la pensión del demandante con inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicio en los términos de las leyes 33 y 62 de 1985.

1.7. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio Público.

§16. La parte actora y la parte accionada presentaron alegatos de conclusión, el Ministerio Público permaneció silente.

§17. **La parte demandante:** Insistió sobre las pretensiones de la demanda, adicionando que se debe considerar el principio de favorabilidad para el trabajador atendiendo a el derecho aquí reconocido no puede ser menor a lo ya percibido por la demandante, es decir que si al momento de la reliquidación resulta un valor inferior al reconocido inicialmente, especifique en la sentencia que los efectos de la misma se deben entender por el mayor valor o en lo más favorable, pues no se pueden desmejorar las condiciones del demandante.⁵

§18. **La parte demandada COLPENSIONES:** reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.⁶

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§19. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁷, los argumentos de los apelantes, los principios de congruencia y de la no

⁴ (FS. 159- 162, C1)

⁵ (fs. 4 a 23 c. 2)

⁶ (fs. 24 a 30 c.2)

⁷ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

REFORMATIO IN PEIUS, las normas o los principios previstos en la Constitución Política, los compromisos vinculantes asumidos por el Estado y las normas legales de carácter imperativo⁸.

§20. Se precisa que no existe controversia en los siguientes aspectos:

§20.1. El tiempo de servicios de la parte demandante en las siguientes entidades: en la Ministerio de Hacienda, desde el 8 de agosto de 1972 hasta el 24 de julio de 1977; en el Municipio de Manizales, desde el 29 de octubre de 1982 hasta 30 de septiembre de 1987; en el Departamento de Caldas, desde el 01 de enero de 1991 hasta 31 de enero de 1995, SENA **desde el 1 de marzo de 1995 hasta el 4 de mayo de 2014**.⁹

§20.2. Mediante la **Resolución 3227 del 7 de septiembre de 2011**, se ordenó el pago y reconocimiento de la pensión mensual vitalicia de vejez en cuantía de **\$3.358.767**.¹⁰

§20.3. A través de la **Resolución GNR 248829 del 8 de julio de 2014** el demandante ingresó en nómina del periodo 201407.¹¹

§20.4. **Resolución GNR 35911 del 30 de enero de 2017** se negó la reliquidación de la pensión con inclusión de todos los factores percibidos el último año de servicios.¹² Decisión confirmada por las resoluciones resolución **SUB 1361 del 7 de marzo de 2017** y **Resolución DIR 3675 del 20 de abril de 2017**.^{13 14}

§20.5. Certificado de tiempo de servicios y factores salariales, que da cuenta de los factores salariales devengados que en el último año de servicios fueron: prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de servicios.

2.2. Problema Jurídico

§21. ¿Se debe reliquidar la pensión de jubilación de la parte demandante teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos el último año de servicios?

2.1. La procedencia de la reliquidación de la pensión de la parte demandante con los factores salariales percibidos en el último año de servicios

§22. La parte demandante está dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1994, por tanto, le es aplicable la Ley 33 de 1985¹⁵. Esta ley exige para

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁹ (fl. 29, c.1)

¹⁰ (fl. 22-27, c1)

¹¹ (fs. 28-34, c1).

¹² (fs. 40-46, c1)

¹³ (fs. 48-53, c1)

¹⁴ (fs. 54-62, c1)

15 artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva

obtener la pensión haber cumplido 20 años continuos o discontinuos y tener 55 años de edad. A la entrada en vigor de la Ley 100 de 1994, , esto es, 1º de abril de 1994 (para empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (para empleados territoriales), el actor contaba con más de 40 años de edad por haber nacido el 12 de agosto de 1949¹⁶. Laboró más de 20 años en el sector público. Además, acreditó cumplir con los requisitos establecidos en el acto legislativo 01 de 2005, al contar con 750 semanas en vigencia de éste, y extendió el régimen de transición hasta el año 2014, al acreditar 1.743 semanas, lo que permite afirmar que la parte actora consolidó el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que fue extendido a través el acto legislativo 01 de 2005¹⁷.

2.1.1. Elementos del régimen de transición para tener en cuenta. Tesis acogida por el Tribunal

§23. Con ocasión de la sentencia SU-230 de 2015 emanada de la Honorable Corte Constitucional, se ha generado una amplia discusión sobre si al régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es procedente incluir en el ingreso base de liquidación los factores salariales percibidos el último año de servicios. En recientes providencias del Tribunal Administrativo de Caldas¹⁸ se evaluaron los pronunciamientos hechos hasta ese momento por los Altos Tribunales Constitucional y Administrativo, acogiendo la de esta última expuesta en las sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010, del 25 de febrero de 2016, de extensión de jurisprudencia del 24 de noviembre de 2016 y del 9 de febrero de 2017. Estas sentencias defendieron que el monto de la pensión comprende el IBL del último año de servicios y el porcentaje asignado por la ley, siendo la única excepción las pensiones de los congresistas y asimilados, en virtud de la cosa juzgada constitucional con ocasión de la sentencia C-258 de 2013.

Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”.

16 “Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

¹⁷ “El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”

¹⁸ Al respecto, pueden consultarse las providencias del 8 de septiembre de 2017, radicadas con los números 17001-33-33-001-2014-00205-02 y 17001-33-33-001-2014-00480-02, con ponencia del Magistrado Augusto Ramón Chávez Marín.

§24. La sentencia SU-395 de 2017¹⁹ de la Honorable Corte Constitucional insistió en que el monto de la pensión se refiere a la tasa de reemplazo o porcentaje correspondiente y no el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general; y que sólo pueden incluirse los factores de liquidación de la pensión sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas. Y se dispuso el marco normativo aplicable para liquidar el IBL, teniendo en cuenta los factores salariales contemplados en el Régimen General de Pensiones, en efecto:

En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

(...)

*En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es **aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993. (...)**” (Resaltado por la Sala).*

§25. Conforme a dichas disposiciones, si al 1º de abril de 1994 (para empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (para empleados territoriales), la persona beneficiaria del régimen de transición **le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho pensional**, la liquidación de éste será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para acceder a la prestación, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior. Lo anterior, con la correspondiente actualización con base en la variación del IPC; si por el contrario a la persona beneficiaria del régimen de transición le faltare **más de 10 años para adquirir el derecho pensional**, la liquidación de éste será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del IPC.

§26. De otra parte, el Honorable Consejo de Estado en sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010, y del 25 de febrero de 2015, respecto a los factores salariales y el IBL para liquidar las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, señaló que se calculan con los factores salariales devengados en el último año de servicios, aunque no se haya mención taxativamente en la norma.

§27. Además, afirmó que la sentencia C-258 de 2013 no constituye precedente para extender la interpretación que allí se dispuso a la generalidad de las pensiones del

19 Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017.

régimen de transición. Así mismo, ha sido posición del Alto Tribunal Administrativo desde hace 20 años, que el beneficio del régimen de transición establecido en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incluye no solamente la edad, el tiempo de cotización o servicios, sino además la expresión “monto”, y que el término monto implica no solamente el porcentaje a aplicar, sino la base sobre la cual se aplica, esto es, el Ingreso Base de Liquidación.

§28. Esta postura fue revisada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia de unificación del 28 de agosto de 2018²⁰:

“Primero: Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

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

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

3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

20 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01102-00(AC). <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Las pensiones que han sido reconocidas o reliquidada en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, no pueden considerarse que lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

§29. Así las cosas, conforme a la interpretación sobre el régimen de transición ha hecho, se entiende que en aplicación de éste, deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior, en este caso la Ley 33 de 1985.

§30. Ante los reiterados pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional en relación con la manera como deben liquidarse las pensiones de jubilación reconocidas por el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación ha decidido, en aras de procurar el respeto de los principios de seguridad jurídica y de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, modificar la posición que había venido adoptando en estos temas de reliquidación pensional, para en su lugar acogerse a la postura planteada por el Máximo Tribunal Constitucional, tal como lo ha hecho ya en sentencia del 23 de abril de 2018²¹.

2.1.2. Del tiempo a tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión

§31. Por tanto, para la liquidación de la prestación debe acudirse a lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por el artículo 21 de la misma norma, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la pensión.

§32. Ahora bien, cuando el beneficiario del régimen de transición hubiere cotizado 1.250 semanas como mínimo, puede optar por el promedio de los ingresos de toda su vida laboral actualizados con base en la variación del IPC, siempre y cuando este resultado sea superior al obtenido de la manera descrita en el párrafo anterior, **esto es, a los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.**

§33. En consecuencia, se colige que la liquidación de la pensión de jubilación debe realizarse en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, la liquidación de éste será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del IPC.

§34. De esta forma no se puede acceder para tener en cuenta únicamente los factores percibidos el último año de servicios, como pretende la demanda.

21 Tribunal Administrativo de Caldas. Sala de Decisión. Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín. Sentencia del 23 de abril de 2018. Radicación número: 17001-23-33-000-2016-00716-00.

2.1.3. De los factores a tenerse en cuenta en la liquidación

§35. Bajo las disposiciones adoptadas en las sentencias de unificación del Máximo Órgano Constitucional, atinente a los factores salariales que pueden incluirse para determinar el IBL, son los devengados por el actor, durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones conforme al Decreto 1158 de 1994 que subrogó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994:

- 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...”*

§36. Con la demanda se aportó certificado de tiempo de servicios y factores salariales, que da cuenta de los elementos salariales devengados que en el último año de servicios por el actor fueron: **prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de servicios.** Ninguno está previsto como factor para la pensión.

§37. De esta manera, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones.

2.2. Costas

§38. De conformidad con el artículo 365 numeral 1 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta que esta decisión se fundamenta en un cambio jurisprudencial durante el trámite del proceso no se condenará en costas en ambas instancias.

§39. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§40. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de septiembre del 2019 por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor José Froilán Ramírez Sierra, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES.**

SEGUNDO: No se impondrá condena en **COSTAS** en ambas instancias a la parte demandante conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

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

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. 001 FECHA: 12/01/2021  HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA SECRETARIO
--

El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE
MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:

949947dfae329049fe0c727373e78737962a80a00b26cd149d601ebb773129bd

Documento generado en 18/12/2020 09:16:52 a.m.

***Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>***

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Inés Botero Salazar
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Radicación: 17-001-33-33-001-2018-00482-02
Acto Judicial: Sentencia 186

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte demandante que es pensionada por el FOMAG solicita se reajuste anualmente la pensión conforme al incremento del salario mínimo, y se devuelvan los aportes en salud. La sentencia de primera instancia accedió solamente al incremento anual de la pensión. La sala revoca la sentencia y niega las pretensiones.

§02. A Despacho se encuentra el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandada** contra la sentencia proferida el **26 de Noviembre de 2019** por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **INES BOTERO SALAZAR** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda ¹

§03. Se declare la nulidad de la **Resolución 8312-6 del 30 de Octubre de 2017**, expedida por la secretaría de educación de la gobernación de Caldas, la cual negó la aplicación del numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989 respecto al porcentaje que la demandante debe aportar de su mesada pensional para el servicio de salud; e igualmente la aplicación del artículo 1° de la ley 71 de 1988, como norma de referencia para ajustar anualmente la mesada pensional del docente o como resulte probado en el proceso.

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

¹ (fs. 1 a 32 c. 1)

§04.1. **De acuerdo a la Ley 91 de 1989**: la aplicación y devolución de los **descuentos de aportes al sistema de salud**, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento a futuro.

§04.2. **Conforme a la Ley 71 de 1988**: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.

§04.3. Al pago de las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.

§05. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas **adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%**, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

§06. En los hechos describió que la parte demandante es docente pensionada, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y se **vinculó con anterioridad al 27 de junio de 2003**, por lo que fue reconocido su derecho pensional.

§07. Afirmó que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por intermedio de la entidad fiduciaria, ha venido descontando **para cotizaciones al sistema de salud**, el 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

§08. Que en el acto de reconocimiento pensional se consagró **que la mesada sería reajustada anualmente conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, o sea con el salario mínimo legal mensual vigente**; sin embargo, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, **con el índice de precios al consumidor- IPC del año inmediatamente anterior**; esto es, en el porcentaje certificado por el DANE.

§09. La parte accionante elevó solicitud bajo el radicado **SAC 2017PQR16396 del 23 de octubre de 2017**, ante el FOMAG con el objetivo de obtener la devolución de los valores descontados, **en exceso por concepto de descuento de salud de la mesada pensional; además al ajuste anual de la mesada conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988**.

§10. Expuso que a través de las Resolución 8312-6 del 30 de octubre del 2017 la demandada negó el ajuste solicitado.

§11. Consideró como violados, el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; 137 de la Ley 1437; 1º de la Ley 71 de 1998; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993 ; 1º de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9º parágrafo 1º de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

§12. Analizó que, en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

§13. **Respecto a los aportes en salud** cuestiona que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

§14. **Sobre el incremento anual de la pensión**, no le es aplicable el incremento estipulado en su artículo 14, esto es, con base en el IPC, sino el incremento indicado en la norma anterior, la Ley 71 de 1988, o sea, con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2. Contestación del FOMAG

§15. La entidad demandada no contestó la demanda

1.3. Sentencia que concedió parcialmente las pretensiones²

§16. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

*“(…) PRIMERO: DECLARA NO PROBADAS la excepción de Inexistencia de la Obligación o cobro de no debido propuestas por la nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los procesos con radicado 2018-00515 y 2018-00517 excepto la de prescripción, la cual se declara probada parcialmente, a solicitud de parte y de oficio en los procesos instaurados por Amada Pineda Zuluaga, Luz Inés Correa García, María Fanny Ortiz Sánchez, **Inés Botero Salazar**, Mercedes Cardona Osorio, Pedro nel Agudelo Castañeda.*

SEGUNDO: Igualmente se DECLARA PROBADA de oficio la excepción de “Inexistencia del derecho para el cese, disminución y devolución de un porcentaje por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud” en todos los procesos en cuanto a la devolución de los aportes en salud superiores al 5% de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago del incremento pensional con base en el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente en los siguientes expedientes:

Exp. 1 rad. 2018-00451: Resolución 8301-6 del 30 de octubre 2017

Exp. 2 rad. 2018-00454: Resolución 8298-6 del 30 de octubre de 2017

Exp. 3 rad. 2018-00455: Resolución 8320-6 del 30 de octubre de 2017

Exp. 4 rad. 2018-00482: Resolución 8312-6 del 30 de octubre de 2017

Exp. 5 rad. 2018-00135: Resolución 8593-6 del 03 de noviembre de 2017

Exp. 6 rad. 2018-00136: Resolución 9039-6 del 23 de noviembre de 2017

² (fs. 67 -83 vto. c. 1)

CUARTO.- A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que proceda a reajustar anualmente, mes por mes, la pensión mensual vitalicia de cada uno de los demandantes, con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente. Posteriormente determinara la diferencia entre la suma efectivamente pagada mes a mes y la que debió pagar, para fijar el monto que deberá reconocer y pagar a cada uno de los demandantes, y por los siguientes periodos:

(...)

2-) Inés Botero Salazar: El reajuste se liquidará desde el 22 de febrero de 2007, pero con efectos fiscales a partir del 23 de octubre de 2014, en virtud de la prescripción trienal.

(...)

CUARTO.- La suma que se pague a favor de cada uno los demandantes se actualizara mes a mes utilizando la fórmula matemática financiera empleada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para la actualización del dinero.

QUINTO. - CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, en cada uno los procesos, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP arts. 365 y 366, en suma equivalente al 6% de las pretensiones referentes al incremento pensional

Por agencias en derecho se fijan las siguientes sumas de dinero:

(...)

Proceso radicado 2018-00482: \$ 522.974...”

§17. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

“1 ¿Los docentes afiliados al fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio tienen derecho al reajuste pensional con fundamento en lo preceptuado algo por el artículo 1 de la ley 71 de 1988, es decir, con base en el incremento del salario mínimo legal mensual vigente o con lo dispuesto por el artículo 14 de la ley 100 de 1993?

2. ¿Los docentes afiliados al fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio tienen derecho a que se fije el porcentaje de aportes a la seguridad social, en salud de conformidad con el numeral 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989?

§18. Analizó el régimen jurídico del Sistema General de Seguridad Social, del cual está exceptuado el sector del magisterio conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

§19. Refirió que en el régimen general el incremento anual de las pensiones conforme a la variación de Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, si bien se aplica a los pensionados antes de la vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral como lo señaló la Honorable Corte Constitucional, en sus pronunciamientos del C-387 de 1994, C-110 de 2006 y C-435 de 2017, no se dijo nada sobre su aplicación a los regímenes exceptuados.

§20. Puntualizó que el Honorable Consejo de Estado ha reafirmado la excepcionalidad del magisterio frente al régimen general de pensiones, y que a pesar

que en sentencia del 17 de agosto de 2017 precisó que el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 está derogado, en el criterio del juzgado no lo está, para lo cual se auxilia del concepto 655 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 6 de diciembre de 1994, como de la aplicación del principio de oscilación en el incremento de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública con base en el IPC.

§21. Además, precisó que en los actos de reconocimiento pensional se estableció que su aumento variaba según las leyes 71 de 1988 y 238 de 1995, esta última que al señalar que era aplicable el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuado en lo que les beneficiara.

§22. De esta forma consideró que es viable la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988 a los pensionados docentes, con un incremento del salario mínimo mensual legal vigente del año inmediatamente anterior, concedió las pretensiones y condenó en costas a la parte demandada.

1.4. Recurso de apelación³

§23. La demandada solicitó se revoque la sentencia, porque el reajuste anual de la pensión no es un derecho adquirido.

§24. Recalcó que los docentes afiliados al FOMAG no tienen una norma especial para el reajuste de pensión como lo pretende hacer ver el demandante. Así mismo, aunque el artículo 279 de la ley 100 de 1993 exceptuó de su aplicación a los afiliados al FOMAG, en lo que respecta al reajuste de sus pensiones debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

§25. Aclaró que no se le debe dar aplicación de una norma que ha perdido vigencia para dirimir el litigio. Igualmente, la sentencia es contraria al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional consagrado en el acto legislativo 01 de 2005.

1.5 Actuación segunda instancia y alegatos

§26. Mediante auto del 26 de febrero del 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público.⁴

§27. La parte demandada y el Ministerio Público permanecieron silentes.

§28. La parte demandante reiteró los argumentos de la demanda.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

³ (fs. 85 a 96, c. 1)

⁴ (fl. 2, cdno 2)

§29. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁵.

§30. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁶

2.2. Problemas jurídicos

§31. Como el apelante único solamente recurre la decisión que concedió el incremento anual de la pensión conforme al aumento del IPC del año anterior, solo se abordará este tema.

§32. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

2.3. Lo demostrado

§33. Mediante la **Resolución 3430 del 10 de agosto de 2007** se reconoció la pensión por el FOMAG a favor de **INES BOTERO SALAZAR**, en cuantía de \$1.276.425, a partir del **22 de Febrero de 2007**, **Sobre los descuentos en salud, señaló que se aplicaría el 12% conforme a la Ley 91 de 1989 y Ley 812 de 2003.**⁷

§34. **Solicitud con radicación 2017PQR16396 del 23 de octubre de 2017**, elevada ante el FOMAG para: (i) el reajuste la pensión, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC; y, (ii) se reintegren los valores concernientes a los descuentos de salud de las mesadas ordinarias y adicionales, por el valor superior al 5%.⁸

⁵ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁷ (Fs.43-44, c. 1)

⁸ (Fs. 36-40 c1)

§35. **Resolución 8312-6 del 30 de octubre del 2017**, expedida por la secretaría de educación del departamento de Caldas, que negó la solicitud.⁹

2.4. LA PARTE DEMANDANTE NO TIENE DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL REAJUSTE PERIÓDICO DE LA MESADAS PENSIONALES CONFORME LO ESTABLECE LA LEY 71 DE 1988

2.4.1. Régimen general de seguridad social

§36. El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

§37. A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§38. El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹⁰, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

§39. Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003 prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.*

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

2.5. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

⁹ (Fs. 45-46, c1)

¹⁰ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

§40. El artículo 1 de la Ley 4 de 1976¹¹, determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, **se reajustarían de oficio**, cada año, teniendo en cuenta la elevación del **salario mínimo mensual legal más alto**, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

§41. Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988¹² precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

§42. La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

§43. Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4 de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

§44. Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.”- sft-

§45. Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994¹³, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario

¹¹ Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

¹² Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*,
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

¹³ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

mínimo cumplen el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

*“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. **En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.***

*“...
“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.*

*“....
Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.*

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

<i>“Año</i>	<i>Inflación</i>	<i>Salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

*Así las cosas, no le asiste razón al demandante, **pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del***

tiempo, de manera que *habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.*

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada”.

§46. En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, alude a la determinación de incrementar las pensiones **en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima**, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de las pensiones que se **encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos**; y que el aumento en el índice de precios al consumidor **para los demás pensionados**, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

§47. Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado¹⁴, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988**, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&text=doc&file=2102915>

quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”

§48. En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, esta norma quedó derogada por aquella, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

§49. Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional, en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para

su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. **De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”**

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”[\[94\]](#).

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión **“tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”**, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[\[95\]](#).

Por lo tanto, **se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.**”.

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio **margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.**”

§50. De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

***Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.** Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.(...)”*

§51. Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹⁵, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 **a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición**; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo [279](#) de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo:

*"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los **beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados**".*

§52. De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado¹⁶. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

§53. Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario

§54. En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citadas, se tiene que la Constitución Política facultó al legislador bajo su autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

¹⁵ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

2.4.2. CONCLUSIÓN LA PARTE DEMANDANTE NO TIENE DERECHO AL AJUSTE ANUAL DE LA PENSIÓN CONFORME AL INCREMENTO DEL SALARIO MÍNIMO

§55. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

§56. Por lo anterior, se revocará en este aspecto la sentencia de primera instancia.

3. LAS COSTAS

§57. La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado¹¹ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).”

§58. Sobre el particular se encuentra que la parte demandada ejerció la defensa de la entidad y presentó el recurso de apelación.

§59. Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, se impondrán costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante en el proceso, atendiendo a las actuaciones adelantadas por la parte accionada en ésta instancia, las que serán liquidadas en la oportunidad de ley. Por agencias en derecho, se fija la suma de \$522.974, con fundamento en el artículo 5º numeral 1 del PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

§60. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada el 20 de junio del 2019 por la Señoría del Juzgado primero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por INES BOTERO SALAZAR en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de “Inexistencia de la causa por inexistencia jurídica” propuesta por la entidad demandada.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de ambas instancias, a la parte demandante. Se fijan agencias en derecho de primera instancia en \$522.974 y en segunda instancia un salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

SEXTO: NOTIFÍQUESE, conforme lo dispone el artículo 203 del C.P.A.C.A

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 001

FECHA: 12/01/2021



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO

El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:
2d67789458e716f5b0cdcadb3bdee7a92f1722b13507245a782c0ac94a2136a6
Documento generado en 18/12/2020 09:16:54 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía



Sentencia de segunda instancia

Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Humberto Valencia Álzate
Demandado:	Nación - Ministerio De Educación - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio
Radicación:	17001-33-39-007-2018-00006-02
Acto Judicial:	Sentencia 182

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** El demandante pensionado docente solicita que se reliquide la pensión con inclusión de todos los factores percibidos el último año anterior al estatus. El juzgado negó las pretensiones, porque la bonificación por servicios la empezó a devengar el docente luego del estatus. La sala revoca la decisión de primera instancia, porque la bonificación mensual fue percibida en el año del estatus.

§02. A Despacho se encuentra el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida el 20 de junio de 2019 por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **HUMBERTO VALENCIA ALZATE**, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la reliquidación de la pensión docente con todos los factores percibidos el último año anterior al estatus ¹

§02. Se pretende la nulidad parcial de la **Resolución 25 del 21 de enero de 2015**, suscrita por la secretaría de educación de la alcaldía de Manizales. En restablecimiento se reliquide la pensión a partir del 20 de octubre de 2014 incluyendo todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del estatus de pensionado y/o al retiro definitivo del cargo.

¹ (fs. 2 a 17, c. 1).

§03. Describió que la parte demandante prestó sus servicios como docente oficial por más de veinte años y cumplió con los requisitos legales, por lo que se le concedió la pensión. Sin embargo, la liquidación del ingreso base solo se incluyó la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, y demás factores salariales percibidos durante el último año.

§04. Consideró como violadas la Ley 91 de 1989 artículo 15, Ley 33 de 1985 artículo 1, Ley 62 de 1985, y Decreto Nacional 1045 de 1978.

§05. Como concepto de violación precisó que por haber sido vinculado antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta esta fecha, o sea, la Ley 33 de 1985.

1.2. Contestación del FOMAG²

§06. Se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte actora.

§07. Negó los hechos aludidos en la demanda, argumentando que se atenderá a lo que resulte debidamente demostrado en el curso del proceso, dado que arguyó que no es la entidad demandada la encargada de receptor las solicitudes de prestaciones sociales.

§08. **Propuso los siguientes medios exceptivos:** falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario; vinculación del litisconsorte; ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación Ministerio de Educación Nacional; Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada, falta de competencia el Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado; inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica; prescripción; buena fe, genérica, oposición a medios de prueba emanados de terceros.

1.3. La sentencia que negó las pretensiones³

§09. El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, una vez agotadas las etapas previstas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., dictó sentencia en diferentes procesos con similitud fáctica y jurídica, y negó las pretensiones de la demanda:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA, propuesta por LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de los demandantes.

(...)

CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.”

² (fls. 96 a 109 c1).

³ (fs. 137 – 145, c. 1)

§10. Determinó como problema jurídico el siguiente:

¿Procede el reajuste de la pensión de jubilación de los demandantes, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios?

§11. Señaló que el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 10 de octubre de 2018 indicó que los factores salariales a incluirse en la reliquidación pensional docente son únicamente los enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

§12. Considero que en el presente caso le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación por medio de la Resolución N 05 del 21 de enero de 2015, y para efectos de su liquidación se tomaron el sueldo mensual, la prima de navidad y la prima de vacaciones. A pesar de que el comprobante de pago allegado señala que el actor percibió la bonificación, la recibió en noviembre de 2014, luego de adquirir el estatus, por lo que negó las pretensiones.

1.4. Recurso de apelación⁴

§13. Solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones, porque en el momento de radicación de la demanda, se seguía la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2010, que ordenaba tener en cuenta en el ingreso base de liquidación todos los factores percibidos el último año de servicios. De esta manera, no puede ser aplicada la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019, con fundamento en el principio de la confianza legítima.

1.5 Actuación de segunda instancia y alegatos

§14. Mediante auto del 28 de enero de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público.⁵

§15. La parte demandante presentó alegatos de conclusión ratificando los argumentos de la apelación.

§16. La parte demandada alegó que no se debe acceder a las pretensiones de la demanda, ratificando los argumentos de la contestación.

§17. El Ministerio Público permaneció silente⁶.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

⁴ 1.3. (fs. 201 a 204 c. 1)

⁵ (fl. 1 cdno 3).

⁶ (fl. 4-20 cdno 2)

§18. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁷.

§19. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁸

2.2. Problema Jurídico

§20. ¿Tiene derecho la parte demandante a que le sea pagada la pensión ordinaria de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales, que devengo en el año anterior al estatus pensional?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§21. Mediante la **Resolución 025 del 21 de enero de 2015**, se reconoció la pensión vitalicia por el FOMAG a favor del señor **HUMBERTO VALENCIA ALZATE**, en cuantía de \$2.274.988, equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio en fecha que adquirió el estatus, a partir del **21 de octubre de 2014**, donde se tuvo en cuenta el **suelo mensual, prima de vacaciones y prima de navidad**.⁹ La resolución indica que el actor nació el 20 de octubre de 1959.

§22. Comprobantes de pago de salarios, donde señala que a julio de 2014 solo percibió el sueldo, y en el mes de noviembre de 2014 devengó la bonificación mensual.¹⁰

§23. Certificado de salarios percibidos entre 2013 a 2015 por el actor, en el que indica que se percibieron entre el 1 de enero al 31 diciembre de 2014: percibió asignación básica, bonificación mensual, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones docente.¹¹

⁷ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁹ (fs. 21 c. 1).

¹⁰ F. 23-24 c.1

¹¹ F. 130 c.1

2.4. Fundamento Jurídico

2.4.1. Régimen Pensional Docente

§24. La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia de unificación SUJ-014-CE –S2-2019 del 25 de abril de 2019¹², sentó jurisprudencia en cuanto al ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al respecto determinó:

“(…)

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

(…)

iv. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y Vejez de los docentes

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

72. De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01102-00(AC). <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscar-jurisprudencia/>

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

§25. De los pronunciamientos jurisprudenciales transcritos, se concluye que la pensión de jubilación docente para los vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, se debe calcular sobre los factores salariales, en los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el **artículo 1° de la Ley 62 de 1985**.

2.4.2. aplicación del ingreso base de liquidación en cuanto al periodo para la liquidación de docentes

§26. La Honorable Corporación, en el pronunciamiento jurisprudencial de unificación antes citado, refiere a la regla que rige el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación docente en cuanto a factores y periodo, esto teniendo en cuenta el contenido normativo previsto en la Ley 33 de 1985, al cual refirió:

*“65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. **Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año** y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.*

*66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. **Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.**”*

§27. De esta manera, la pensión de los docentes vinculados antes del 2003, que se rigen por la Ley 33 de 1985, se liquida el ingreso base de liquidación con el período del último año de servicios anterior al estatus o al retiro, según el caso.

2.1.1. La sentencia de unificación se aplica retrospectivamente a los procesos que están en curso

§28. La citada sentencia de unificación expresamente señaló sobre sus efectos obligatorios:

Efectos de la presente decisión.

Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".

En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

§29. La sala no encuentra que se vulnere el principio de confianza legítima con la precitada sentencia de unificación, toda vez se hizo en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica. La sentencia hizo un análisis de las decisiones antecedentes, poniendo de presente que sobre un mismo aspecto había contradicciones entre las Altas Cortes. Por ello se dispuso la aplicación retrospectiva de las reglas salvaguardando las situaciones jurídicas consolidadas.

3. Solución al problema jurídico

§30. Analizando el recuento fáctico se tiene que la demandante laboró al servicio educativo como docente departamental por más de 20 años, se vinculó a la docencia desde 22 de mayo de 1978.

§31. Al actor se le reconoció el derecho pensional mediante la Resolución 025 de 21 de enero de 2015, a partir del **21 de octubre de 2014**. En el ingreso base de liquidación se tuvo en cuenta: **suelo mensual, prima de vacaciones y prima de navidad**.¹³

§32. Según el certificado de salarios percibidos entre 2013 a 2015 por el actor, en el que indica que devengó entre el 1 de enero al 31 diciembre de 2014: asignación básica, **bonificación mensual**, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones docente.¹⁴

§33. Conforme a las pruebas obrantes, concluye la Sala que la parte actora para la vigencia de la Ley 812 de 2003, ya había ingresado a prestar sus servicios como docente nacional, lo que permite determinar que para el reconocimiento pensional la norma **aplicable es la Ley 33 de 1985**.

§34. Una vez determinado el régimen que le cubre, y teniendo en cuenta que en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentra exceptuada de Régimen General de Pensiones, no le cubre el Decreto 1158 de 1998, respecto a los factores base de cotización a tener en cuenta en la liquidación pensional, pero sí los factores previstos en la Ley 62 de 1985¹⁵.

§35. Referente a **la bonificación creada por el Decreto 1566 de 2016** estipula que se reconoce a partir del 1º de junio de 2014 al 31 de diciembre de 2015, y es factor salarial para todos los efectos legales. Por lo que ha de tenerse en cuenta en la liquidación, tal como fue reconocida en la reliquidación pensional.

§36. De esta manera, a la fecha de adquirir el estatus el actor, 20 de octubre de 2014, ya estaba percibiendo la bonificación mensual, por lo que ha de revocarse la sentencia de primera instancia, se anulará parcialmente el acto demandado, y se ordenará la reliquidación de la pensión incluyendo la bonificación mensual.

§37. Las sumas que resulten a favor de la parte demandante deberán actualizarse por razones de equidad, tal como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado en su Sección Segunda, en los términos del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

§38. En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte accionante desde la fecha en que se adquirió el estatus, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el número que

¹³ (fs. 21 c. 1).

¹⁴ F. 130 c.1

¹⁵ ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio**. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de esta providencia.

§39. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se debió reliquidar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

§40. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

§41. En cuanto a los demás factores percibidos el último año anterior al estatus, y por los cuales se liquidó la pensión, y que no están enlistados en la Ley 62 de 1985, como no fueron motivo de discusión en el proceso, no se hará pronunciamiento al respecto.

6. Costas en esta Instancia.

§42. En cuanto a las costas de segunda instancia, como se modifica la sentencia por un cambio jurisprudencial, no se condenará en costas.

§43. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§44. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 20 de junio de 2019 por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor **HUMBERTO VALENCIA ALZATE**, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO. DECLÁRANSE infundadas las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que denominó “INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”, “INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”, “PRESCRIPCIÓN”, “BUENA FE” y “GENÉRICA”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. DECLÁRASE probado parcialmente el medio exceptivo formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que denominó “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA”, por lo señalado en este fallo.

CUARTO. DECLÁRASE la nulidad parcial de la **Resolución 25 del 21 de enero de 2015**, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, en tanto no incluyó la bonificación mensual en la liquidación de la pensión de jubilación de la parte accionante, conforme a las consideraciones de esta sentencia.

QUINTO. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la pensión de jubilación del señor **Humberto Valencia Álzate**, en cuantía del 75% de todo lo devengado por aquella en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, incluyendo además de los factores salariales ya reconocidos, la bonificación mensual.

SEXTO. Las sumas que resulten a favor de la parte demandante serán canceladas de acuerdo con lo antes expresado, y hasta que se haga efectiva la reliquidación pensional dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA y debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberán hacer dichos ajustes. Lo anterior, atendiendo las motivaciones de este fallo.

SÉPTIMO. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

OCTAVO. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda por las razones expuestas en precedencia.

NOVENO. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

DÉCIMO. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA y el Decreto 806 de 2020.

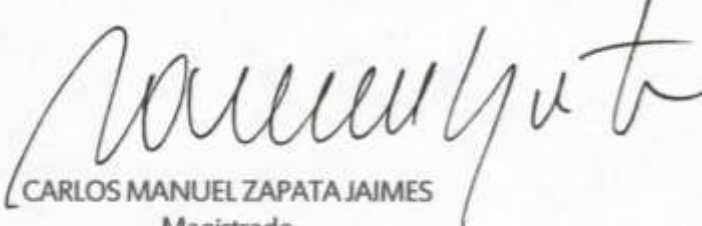
DECIMOPRIMERO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y Cúmplase

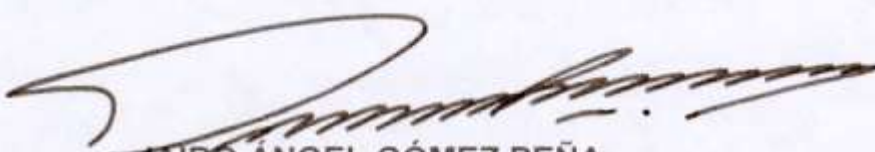
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRÓ ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:
caee55cf357666cdca210e553bd0b80713f7c498000ee047d84d6d99abea3e57
Documento generado en 18/12/2020 09:16:56 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: María Enith Giraldo (rodriguezyfigueroa@gmail.com),
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de
Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG
(notificacionesjudiciales@mineducación.gov.co)
Radicación: 17-001-33-33-004-2018-00148-02
Acto Judicial: Sentencia 184

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte demandante fue docente y es pensionada por el FOMAG. Demanda que su mesada pensional se incremente con base en el aumento anual del salario mínimo legal. El juzgado no accedió a las pretensiones. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§02. La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **MARÍA ENITH GIRALDO OSPINA**, parte demandante, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG**, parte demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el **12 de diciembre de 2019** por la Señoría del Juzgado Séptimo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

§02. Se pretende la nulidad del Acto Ficto o presunto por medio del cual se configuró el silencio administrativo negativo por parte de la **SECRETARÍA DE EDUCACION**

¹ (fs. 2 a 33 c. 1)

DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS de la reclamación administrativa presentada el día 03 de enero de 2018, por la señora **MARIELA LONDOÑO ALZATE** en el que solicitó el reajuste de la pensión docente conforme al salario mínimo legal mensual, conforme a la Ley 71 de 1988.

§03. En restablecimiento del derecho, solicitó que a partir del 1 de enero del año 2008 y en los años siguientes, se reajuste anualmente la pensión con base en el salario mínimo mensual legal vigente del año inmediatamente anterior, cuando éste reajuste sea superior al porcentaje de incremento de índice de precios de consumidor. Y se pague en forma indexada la diferencia entre el reajuste y lo pagado.

§04. La parte demandante fue docente y está pensionada por el FOMAG a través de la Resolución 0935 del 24 de marzo de 2009.

§05. El día **03 de enero de 2018** solicitó al FOMAG el reconocimiento del reajuste y la reliquidación de la pensión de jubilación **conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988**, desde el año 2015.

§06. Consideró como violados, los artículos 48 y 53 de la Constitución Política; 1º de la Ley 71 de 1988; 1º del decreto 1160 de 1989; 14 y 279 de la Ley 100 de 1993.

§07. Señaló que no le es aplicable el incremento estipulado en su artículo 14, esto es, con base en el IPC, sino el incremento indicado en la norma anterior, la Ley 71 de 1988, o sea, con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que pertenece al régimen del magisterio, que está exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993.

1.2. Contestación de la Demanda

1.2.1. El FOMAG no contestó la demanda

§08. El FOMAG permaneció silente.

1.3. La sentencia del juzgado que no accedió a las pretensiones de la demanda²

§09. El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“(…) PRIMERO: DECLAR NO, probadas las excepciones denominadas como INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CUSA POR PASIVA” “INEXISTENCIA DEL DEMANDADO- FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”, propuesta por la Nación- Ministerio de Educación nacional – FNPSM en los procesos 2018-00131, 2018-00134, 2018-00197.

² (fs. 33vto-39. c. 1)

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción **de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA**, propuesta por la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en los procesos 2018-00131, 2018-00134, 2018-00197

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda., por lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Su liquidación y ejecución se hará de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva.

§10. Identificó como problema jurídico el siguiente:

¿Procede el reajuste de la pensión de jubilación de los demandantes conforme el reajuste salarial fijado por el Gobierno cada año para el salario mínimo legal mensual, tal y como dispone el artículo 1 de la ley 741 de 1988?

§11. Determinó que, si bien los docentes afiliados al FOMAG se encuentran exceptuados de la aplicación de las normas del sistema de seguridad social, el reajuste anual de sus pensiones se hace con base en el IPC, según el artículo 14 de la ley 100 de 1993. Y este artículo 14 se aplica a los regímenes exceptuados de la ley 100, porque el artículo 1º de la ley 238 de 1995 señaló que: “*Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados*”.

Considero, que el caso bajo examen, le es aplicable para efectos del incremento de su pensión lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

1.4. La apelación del demandante porque no se ordenó el reconocimiento del reajuste anual de la pensión con base en el salario mínimo legal mensual³

§12. Solicitó se revoque la sentencia, porque la parte accionante es beneficiaria del régimen de transición docente según las leyes 91 de 1989, 6 de 1945, 33 de 1985, 71 de 1988, 812 de 2003 y el Decreto 238 de 1995.

§13. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora, precisó sobre la excepción del Magisterio del régimen general de pensiones y su aplicación en armonía desde el principio de favorabilidad pensional, contemplado para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, bajo la previsión establecida en el Ley 71 de 1988.

§14. Refirió a los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; toda vez, que la disposición busca recuperar el poder adquisitivo de las pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

³ (fs. 50-55, c. 1)

§15. Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso, de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

§16. Afirmó que por disposición normativa los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 91 de 1989 y Ley 71 de 1988; para el reajuste de las pensiones; luego, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, se reajuste la prestación al Índice de Precios al Consumidor; en consecuencia, dado que la parte demandante fue vinculada antes del 27 de junio de 2003, el régimen que se debe aplicar es el previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

§17. Insistió que conforme a lo previsto en los artículos 40 y 41 del Decreto 692 de 1994; y la sentencia C-432 de 2004, si bien, existen dos regímenes pensionales, a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, se debe aplicar la Ley 71 de 1989, reajustando la pensión al salario mínimo legal mensual vigente.

§18. Solicitó inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos demandados conforme lo prevé el artículo 4 de la Constitución Política y 148 de CPACA, por vulnerar los artículos 48, 53 de la Carta Política y 1 de la Ley 71 de 1988; y con base en el artículo 91 del CPACA, aludió a la eficacia del acto administrativo; en consecuencia, dar aprobación a las pretensiones de la demanda.

§19. Reprochó la condena en costas, impuesta en primera instancia.

1.5. Actuación segunda instancia y alegatos

§20. Mediante auto del 27 de julio de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al Ministerio Público⁴.

§21. La parte demandante reiteró los argumentos de la demanda.

§22. El FOMAG puntualizó el incremento de las pensiones docentes actualmente se rigen por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, ya que el artículo 279 previene su aplicación de este a los regímenes excluidos del sistema de seguridad social.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§23. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁵.

⁴ (fl. 1, cdno 2)

⁵ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

§24. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁶

2.2. Problemas Jurídicos

§25. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§26. La **Resolución 0935 del 24 marzo de 2019** reconoció la pensión de jubilación a favor de **MARÍA ENITH GIRALDO OSPINA**, en cuantía de \$1.528.337, a partir del **19 de abril de 2008**⁷,

§27. El **03 de enero de 2018** la parte demandante solicitó al FOMAG el reajuste la pensión de jubilación como base el incremento del salario mínimo legal mensual vigente -smlmv- del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC⁸.

2.4. Régimen general de seguridad social

§28. El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁷ (fs.7-8, c. 1).

⁸ (Fs. 9-18 c1).

§29. A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§30. El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993⁹, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

§31. Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003 prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.*

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

2.5. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

§32. El artículo 1 de la Ley 4 de 1976¹⁰, determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, **se reajustarían de oficio**, cada año, teniendo en cuenta la elevación del **salario mínimo mensual legal más alto**, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

§33. Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988¹¹ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

⁹ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

¹⁰ Ley 4 de 1989, “*Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.*”
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

¹¹ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*,
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

§34. La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

§35. Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4 de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

§36. Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.”-sft-

§37. Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994¹², donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumplen el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.”

“ ...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o

¹² Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

“

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

“Año	Inflación	Salario mínimo
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, **pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.**

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada”.

§38. En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, alude a la determinación de incrementar las pensiones **en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima**, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de las pensiones que se **encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos**; y que el aumento en el índice de precios al consumidor **para los demás pensionados**, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

§39. Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado¹³, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988**, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»

*En esas condiciones, **no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.***

*Conclusión: **Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.***

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”

¹³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

§40. En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, **cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral**, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, esta norma quedó derogada por aquella, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

§41. Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional, **en armonía con el principio de favorabilidad**, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

*“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda **no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”**[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.*

(...)

*Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “**tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia**”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. **De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”***

(...)

***Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”.** Pero, simultáneamente, el legislador*

distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementaran en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna” [94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “**tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia**”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo” [95].

Por lo tanto, **se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.**”.

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio **margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.**”

§42. De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.(...)”

§43. Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹⁴, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 **a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición**; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo [279](#) de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

*"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los **beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados**".*

§44. De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado¹⁵. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

§45. Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario

§46. En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citadas, se tiene que la Constitución Política facultó al legislador bajo su autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

§47. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

§48. Por lo anterior, no se accederá al incremento anual de la mesada pensional conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, conforme al aumento del salario mínimo legal mensual vigente para el año anterior.

¹⁴ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

2. **Costas en esta instancia.**

§49. Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que no se generaron gastos.

§50. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§51. Por lo discurrido, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2019 por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MARÍA ENITH GIRALDO OSPINA** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

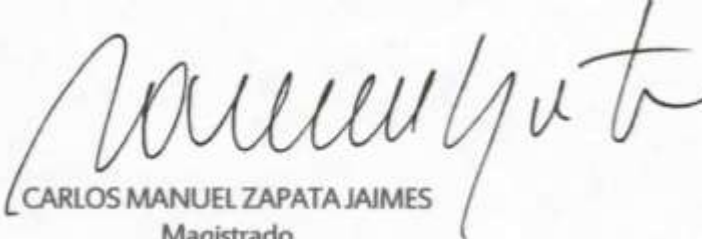
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Notifíquese y Cúmplase

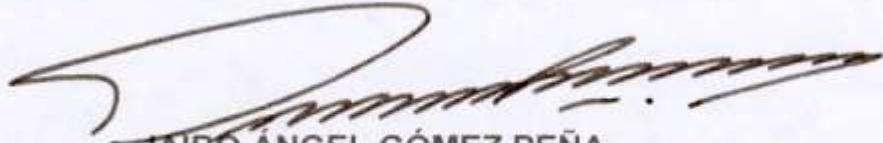
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:
9a775bb7bc4f7e0e531803c2c58fffeb8f772ebee3c27d64649d0631744599
Documento generado en 18/12/2020 09:16:58 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala sexta de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA EDILMA RIAÑO OSPINA
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS
RADICACIÓN: 17-001-33-39-006-2018-00413-02
Acto judicial: Sentencia 185

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte demandante que es pensionada por el FOMAG solicita se reajuste anualmente la pensión conforme al incremento del salario mínimo, y se devuelvan los aportes en salud. La sentencia de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la sentencia.

§02. A Despacho se encuentra el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida el **20 de agosto de 2019** por la Señoría del **Juzgado Sexto Administrativo** del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MARÍA EDILMA RIAÑO OSPINA** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS**, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda (fs. 1 a 32, c. 1)

§03. Se pretende la nulidad de la **Resolución 7865-6 del 13 de octubre de 2017**, expedida por la secretaría de educación del departamento de Caldas, la cual denegó la devolución de los aportes de salud pagados en exceso según el artículo 5° de la Ley 91 de 1989, como del incremento de la mesada pensional con el salario mínimo legal mensual vigente, conforme lo establece el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

§04.1. **De acuerdo a la Ley 91 de 1989:** la aplicación y devolución de los **descuentos de aportes al sistema de salud**, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento a futuro.

§04.2. **Conforme a la Ley 71 de 1988:** Al reajuste anual de la mesadas pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.

§04.3. Al pago de las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.

§05. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas **adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%**, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

§06. En los hechos describió que la parte demandante es docente pensionada, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y se **vinculó con anterioridad al 27 de junio de 2003**, por lo que fue reconocido su derecho pensional.

§07. Afirmó que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por intermedio de la entidad fiduciaria, ha venido descontando **para cotizaciones al sistema de salud**, el 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

§08. Que en el acto de reconocimiento pensional se consagró **que la mesada sería reajustada anualmente conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, o sea con el salario mínimo legal mensual vigente**; sin embargo, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, **con el índice de precios al consumidor- IPC del año inmediatamente anterior**; esto es, en el porcentaje certificado por el DANE.

§09. §09. La parte accionante elevó solicitud bajo el radicado **SAC 2017PQR15511 del 4 de octubre de 2017**, ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la secretaría de educación del departamento de Caldas, con la finalidad de obtener la devolución de los valores descontados, **en exceso por concepto de descuento de salud de la mesada pensional; y el ajuste anual de la mesada conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988**.

§10. Expuso que a través de la resolución 7865-6 del 13 de octubre de 2017 la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, denegó los reajustes pensionales.

§11. Consideró como violados, el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; 137 de la Ley 1437; 1º de la Ley 71 de

1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1° de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9° de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

§12. Analizó que en el régimen jurídico del personal docente, los profesores vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentran exceptuados de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

§13. **Respecto a los aportes en salud** cuestiona que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

§14. **Sobre el incremento anual de la pensión**, no le es aplicable el incremento estipulado en su artículo 14, esto es, con base en el IPC, sino el incremento indicado en la norma anterior, la Ley 71 de 1988, o sea, con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2. Contestación de la demanda del departamento de Caldas (60 – 65, c1).

§15. La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda.

§16. El departamento se opuso a la totalidad de las pretensiones.

§17. En cuanto a los hechos admitió la vinculación de la parte demandante al servicio educativo con anterioridad al 27 de junio de 2003. Así mismo, que mediante resolución 1007 del 22 de noviembre de 2004 le fue reconocida pensión de jubilación.

§18. **Propuso los siguientes medios exceptivos:** falta de legitimación en la causa por pasiva; inaplicabilidad de las normas que regulan los descuentos en salud del régimen docente e inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción.

1.3. Sentencia que negó las pretensiones (fs. 86 - 97 vto. c. 1)

§19. El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“(…) PRIMERO: DECLÁRESE PROBADA la excepción de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” formulada por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones principales y subsidiaria de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formulada por la señora MARÍA EDILMA RIAÑO OSPINA en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

§20. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

- *¿LOS DOCENTES BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN ORDINARIA DE JUBILACIÓN ESTÁN OBLIGADOS A REALIZAR APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD?*

En caso positivo:

¿Es el 12% el porcentaje de dicha cotización?

¿Los aportes también proceden sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre?

- *¿TIENE DERECHO LA PARTE DEMANDANTE QUE SE LE RECONOZCA Y APLIQUE, EL INCREMENTO DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE COMO FÓRMULA DE REAJUSTE ANUAL DE SU MESADA PENSIONAL, CONFORME CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 1º DE LA LEY 71 DE 1989, QUEDANDO EXCEPTUADO DEL INCREMENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 100 DE 1993, EN VIRTUD DE LO PRECEPTUADO EN EL ARTÍCULO 279 DE LA MENCIONADA LEY?*

§21. Determinó que la **ley 91 de 1989** creó el FNPSM. El artículo 8 dispone que el FNPSM, está constituido por los siguientes recursos: *“el 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados”*.

§22. Sin embargo, la tasa que debe aportar el pensionado será la dispuesta por el régimen general del artículo 204 de la ley 100 de 1993, o sea, un 12% del salario base de cotización.

§23. De igual medida, el incremento anual de la mesada se guía por los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993.

1.4. La parte demandante apeló para que (fs. 101 - 113, c. 1)

§24. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora, precisó los fundamentos de la apelación:

§25. **En cuanto al incremento anual de la mesada pensional conforme al salario mínimo**, expuso tres razonamientos: **INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL, EL DESCONOCIMIENTO DE LOS RÉGIMENES EXCEPTUADOS DE LA LEY 100 DE 1993 y RÉGIMENES EXCEPTUADOS EN EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005.**

§26. Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como

referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

§27. Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

§28. Hizo hincapié en que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, por lo que no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993, sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, según el salario mínimo.

§29. Insistió que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

§30. **Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre**, puso de presente que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

1.5 Actuación segunda instancia y alegatos

§31. Mediante auto del 07 de octubre del 2019, se admitió el recurso de apelación interpuesto (fl. 2, cdno 2); y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público.

§32. La parte demandante, demandada y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

§33. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA¹.

2.2. Cuestión previa

§34. Para la formulación del problema jurídico la Sala tiene en cuenta que la demanda expresamente señala que “... () *solicitamos la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales...*”

§35. En cuanto al argumento de la apelación que el objeto del proceso era: “...**determinar la fórmula de incremento pensional dentro del régimen aplicable a los docentes en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993...**”, contrasta con el objetivo de

¹ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

la demanda que era claro en precisar que se trata de la aplicación del porcentaje del incremento de las pensiones conforme al artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

§36. Así, uno de los objetos del proceso y de la apelación es determinar si a la parte demandante le es aplicable el factor de incremento de la mesada estipulado en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988, o sea, el salario mínimo legal, y no el IPC como se hace actualmente.

2.3. Problemas jurídicos

§37. ¿Tiene derecho la parte demandante al reajuste anual de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

§38. ¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

2.4. Lo probado en el proceso

§39. Que mediante la **Resolución 1007 del 22 de noviembre de 2004**, se reconoció la pensión de jubilación por el FOMAG a favor de **MARIA EDILMA RIAÑO OSPINA**, en cuantía de \$831.748, a partir del **14 de AGOSTO DE 2004** (fs.41-42, c.1). En la resolución se indicó que **descontaría de cada mesada pensional en concordancia con las leyes 91 de 1989 el 5% y 812 de 2003 el 12%**.

§40. El demandante solicitó **el 04 de octubre de 2017** el reajuste anual de la pensión, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC. Además, que se reintegre los valores concernientes a los descuentos de salud de las mesadas ordinarias y adicionales, por el valor superior al 5% (Fs. 33- 38, c1).

§41. Por la **Resolución 7865-6 del 13 de octubre de 2017** se negó la solicitud. (Fs.43-44, c1)

2.5. Primer problema jurídico: tiene derecho la parte demandante al incremento anual de la pensión con base en el salario mínimo legal

2.1.1. Régimen general de seguridad social

§42. El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades

públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

§43. A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§44. El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993², tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

§45. Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.*

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

2.4.2.1. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

§46. El artículo 1 de la Ley 4 de 1976³, determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, **se reajustarían de oficio**, cada año, teniendo en cuenta la elevación del **salario mínimo mensual legal más alto**, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

§47. Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988⁴ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

² http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

³ Ley 4 de 1989, “*Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.*”
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

⁴ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*,
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

§48. La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

§49. Del recuento normativo citado, se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, inicialmente desde la Ley 4 de 1976 y la Ley 71 de 1988 con un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

§50. Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.”-sft-

§51. Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁵, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumplen el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el mismo:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

“ ...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como

⁵ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

“

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

“Año	Inflación	Salario mínimo
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, **pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.**

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada”.

§52. En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional, alude a la determinación de incrementar las pensiones **en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima**, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de las pensiones que se **encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos**; y que el aumento en el índice de precios al consumidor **para los demás pensionados**, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

§53. Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁶, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988**, y que esto es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]»

*En esas condiciones, **no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.***

*Conclusión: **Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.***

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

§54. En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae, que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, **cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral**, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, esta norma quedó derogada por aquella, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

§55. Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1989 al ajuste de la mesada pensional, **en armonía con el principio de favorabilidad**, es pertinente traer a colación el pronunciamiento expuesto por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

*Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “**tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia**”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. **De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”***

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones

superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementaran en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna” [94].

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión **“tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”**, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo” [95].

Por lo tanto, **se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.**”

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio **margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.**”

§56. De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

“**ARTÍCULO 279. Excepciones.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.(...)”

§57. Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995⁷, que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 **a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición**; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo [279](#) de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

*"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los **beneficios y derechos determinados en los artículos [14](#) y [142](#) de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados**".*

§58. De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que el factor de incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa, y como lo señaló el Consejo de Estado⁸. Además, el reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual. Es del caso agregar que la norma que pretende la parte demandante que se aplique al incremento de su mesada, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

§59. Lógicamente, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario

§60. En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citadas, se tiene que la Constitución Política facultó al Legislador bajo su autonomía de fijar el reajuste periódico de las pensiones, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades del orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

§61. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, dado que conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que **no** le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se deben realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, norma derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

⁷ Ley 238 de 1995; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

§62. Por lo anterior, no se accederá al incremento anual de la mesada pensional conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, conforme al aumento del salario mínimo legal mensual vigente para el año anterior.

2.6. Segundo problema jurídico: se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre

§63. El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

§64. Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma, así mismo dispuso, la cotización para salud **a cargo de los pensionados**, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

§65. A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligatoriedad y sin excepciones de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994 en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

2.5.1 Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud.

§66. La Ley 4 de 1966⁹, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

§67. Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968¹⁰, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión***".

⁹ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

¹⁰ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

§68. Posteriormente la Ley 91 de 1989¹¹, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: “...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados.”

§69. El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

§70. Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹², estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes **100** de 1993 y **797** de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

§71. Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.**

§72. Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: “El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

¹¹ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

¹² http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

§73. En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

*“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo **del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”. (Resalta la Sala)*

§74. Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

*“**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del **12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).*

§75. Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

§76. De las normas señaladas se evidencia, que el objetivo del Legislador se encaminó a efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§77. En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§78. En consecuencia, se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

§79. Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

*“Entonces, **incluso los regímenes de excepción** tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en la sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de*

la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución.** (….) Rft”

§80. Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto al porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018¹³, precisó:

“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del **Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio**: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) **garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.**

(…)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber **que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993).** Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)**

(…)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
-----------------------------	----

¹³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

Ley 812 de 2003, 14, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.
----------------------------------	--

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)
La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y **teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial**, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que **los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993**, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, **efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud** al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos... ”.
De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,

...

26. De lo expuesto se puede concluir que **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad** y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, **sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes** a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ...”-sft-

§81. De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

2.5.2. Descuento de salud sobre las mesadas adicionales

§82. El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5º del artículo 8º; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

§83. De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017¹⁵, denegó la solicitud sobre la devolución de

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ- Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01998-00(AC).

aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

*“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de **los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.***

*En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, **estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.***

*En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó **en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.***

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

§84. En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

§85. Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora, por ingresar con anterioridad al 27 de junio de 2003; y en aplicación a la Ley 91 de 1989 se debe descontar por concepto de cotización a salud el 5% sobre las mesadas pensionales, incluidas las mesadas adicionales.

§86. En este sentido, se tiene que los descuentos aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre, por concepto de salud, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

§87. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

3. Costas en esta instancia.

§88. Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2108186>

del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que no se generaron gastos, ni se demostró en ésta instancia alguna gestión de la parte accionada.

§89. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§90. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 20 de agosto del 2019 por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MARÍA EDILMA RIAÑO OSPINA** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS** por los argumentos motivo de la demanda.

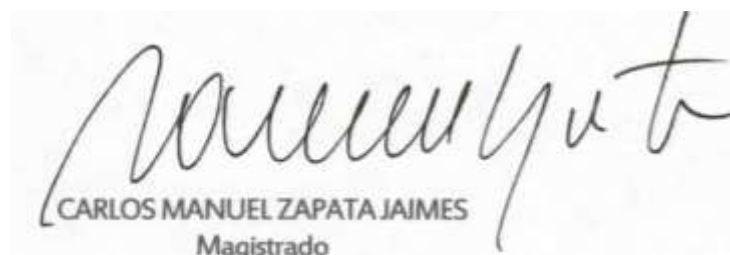
SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Notifíquese y Cúmplase

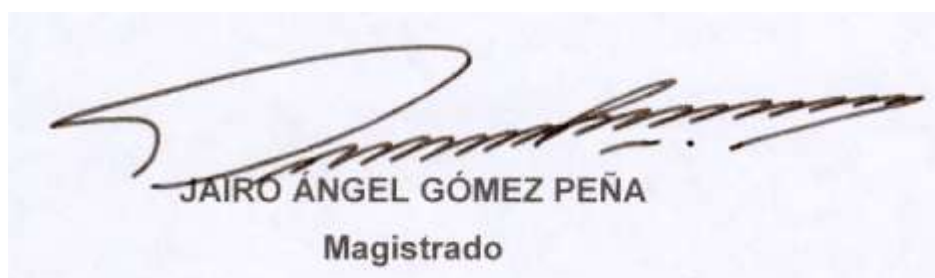
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:
a0785c630473fbf8c9f70b73bde6b9850f15d6e5aad51f2da114a49d19757e9d
Documento generado en 18/12/2020 09:17:01 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía



Sentencia de segunda instancia

Acción:	Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Demandante:	Rubiela Yepes Londoño
DEMANDADO:	Nación - Ministerio De Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG
RADICACIÓN:	17001-33-33-004-2019-0090-02
Acto judicial:	Sentencia 181

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La demandante pensionada docente solicita que se reliquide la pensión con inclusión de todos los factores percibidos el último año anterior al retiro del servicio. El juzgado negó las pretensiones, porque en la liquidación se reconocieron los factores estipulados en la Ley 62 de 1985, además de la bonificación mensual. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§02. A Despacho se encuentra el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **RUBIELA YEPES LONDOÑO**, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la reliquidación de la pensión docente con todos los factores percibidos el último año anterior al estatus ¹

§02. Se pretende la nulidad parcial de la **Resolución 405 del 08 de junio de 2018**, suscrita por la Secretaría de Educación a nombre del FOMAG En restablecimiento se

¹ (fs. 1 a 17, c. 1).

relique la pensión a partir del 31 de diciembre de 2017 incluyendo todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al retiro definitivo del cargo.

§03. Describió que la parte demandante prestó sus servicios como docente oficial por más de veinte años y cumplió con los requisitos legales, por lo que se le concedió la pensión. Sin embargo, la liquidación del ingreso base solo se incluyó la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, y demás factores salariales percibidos durante el último año.

§04. Consideró como violadas la Ley 91 de 1989 artículo 15, Ley 33 de 1985 artículo 1, Ley 62 de 1985, y Decreto Nacional 1045 de 1978.

§05. Como concepto de violación precisó que por haber sido vinculado antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta esta fecha, o sea, la Ley 33 de 1985.

1.2. Contestación del FOMAG²

§06. Se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte actora.

§07. Negó los hechos aludidos en la demanda, argumentando que se atenderá a lo que resulte debidamente demostrado en el curso del proceso, dado que arguyó que no es la entidad demandada la encargada de receptar las solicitudes de prestaciones sociales.

§08. **Propuso los siguientes medios exceptivos:** Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido, prescripción de mesadas.

1.3. Sentencia Recurrida ³

§09. El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, una vez agotadas las etapas previstas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., dictó sentencia, en diferentes procesos con similitud fáctica y jurídica, negó las pretensiones de la demanda, que pasan a relacionarse:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, propuesta por LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró la señora RUBIELA YEPES LONDOÑO en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: sin condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva.

² (fls. 32 a 36 c1).

³ (fs. 55 – 64, voto. c. 1)

§10. Determinó como problema jurídico el siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reliquide la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados el último año al momento del retiro del servicio?

§11. Señaló que el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 10 de octubre de 2018 indicó que los factores salariales a incluirse en la reliquidación pensional docente son únicamente los enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

§12. En el caso concreto, encontró que la pensión se liquidó teniendo en cuenta los factores devengados el último año de servicios previstos en la Ley 62 de 1985, además de la bonificación mensual. No accedió a reconocer la prima de servicios, porque el Decreto 1545 de 2013 no lo señaló como un factor salarial para la pensión.

1.4. Recurso de Apelación ⁴

§13. Solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones, porque en el momento de radicación de la demanda, se seguía la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2010, que ordenaba tener en cuenta en el ingreso base de liquidación todos los factores percibidos el último año de servicios. De esta manera, no puede ser aplicada la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019, con fundamento en el principio de la confianza legítima.

1.5 Actuación segunda instancia y alegatos

§14. Mediante auto del 27 de julio del 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público.⁵

§15. Las parte demandante y demandada presentaron alegatos de conclusión ratificando los argumentos de expuestos en la apelación y la contestación de la demanda, respectivamente.^{6 7}

§16. El Ministerio Público permaneció silente.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§17. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁸.

⁴ (fs. 74 a 82 c. 1)

⁵ (fl. 1 cdno 2)

⁶ (fl. 22-26 cdno 2)

⁷ (fl. 6-13 cdno 2)

⁸ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

§18. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁹

2.2. Problema Jurídico

§19. ¿Tiene derecho la parte demandante a que le sea pagada la pensión ordinaria de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales, que devengó en el año anterior al retiro del servicio?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§20. Mediante la **Resolución 405 del 08 de junio de 2018**, se reconoció y se ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de la señora **MAGNOLIA MUÑOZ MARTINEZ**, en cuantía de \$3.929.307, equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio al retiro, a partir del **31 de diciembre de 2017**, donde se tuvo en cuenta el **suelo mensual, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación mensual**.¹⁰

§21. Certificado de salarios percibidos en el año 2017 en la cual consta que devengaba bonificación mensual de docentes por el valor de \$ 109.258.00¹¹

2.4. Fundamento Jurídico

2.4.1. La pensión de los docentes vinculados antes de la entrada en rigor de la Ley 812 de 2003 se rige por la ley 33 de 1985 y los factores a tenerse en cuenta son los previsto en la ley 62 de 1985 devengados el último año.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

¹⁰ (fs. 21 vlto c. 1).

¹¹ fls 25

§22. La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia de unificación SUJ-014-CE –S2-2019 del 25 de abril de 2019¹², sentó jurisprudencia en cuanto al ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al respecto determinó:

62. *La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:*

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

(...)

iv. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y Vejez de los docentes

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01102-00(AC). <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscar-jurisprudencia/>

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

§23. De los pronunciamientos jurisprudenciales transcritos, se concluye que la pensión de jubilación docente para los vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, se debe calcular sobre los factores salariales, en los cuales se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el **artículo 1º de la Ley 62 de 1985**.

2.4.2. Aplicación del ingreso base de liquidación en cuanto al periodo para la liquidación de docentes

§24. La Honorable Corporación, en el pronunciamiento jurisprudencial de unificación antes citado, refiere a la regla que rige el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación docente en cuanto a factores y periodo, esto teniendo en cuenta el contenido normativo previsto en la Ley 33 de 1985, al cual refirió:

*“65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. **Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año** y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.*

*66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. **Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.**”*

§25. De esta manera, la pensión de los docentes vinculados antes del 2003, que se rigen por la Ley 33 de 1985, se liquida el ingreso base de liquidación con el período del último año de servicios.

2.4.3. La sentencia de unificación se aplica retrospectivamente a los procesos que están en curso

§26. La citada sentencia de unificación expresamente señaló sobre sus efectos obligatorios:

Efectos de la presente decisión.

Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".

En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

§27. La sala no encuentra que se vulnere el principio de confianza legítima con la precitada sentencia de unificación, toda vez se hizo en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica. La sentencia hizo un análisis de las decisiones antecedentes, poniendo de presente que sobre un mismo aspecto había contradicciones entre las Altas Cortes. Por ello se dispuso la aplicación retrospectiva de las reglas salvaguardando las situaciones jurídicas consolidadas.

3. Solución al problema jurídico

§28. Analizando el recuento fáctico se tiene que la demandante laboró al servicio educativo como docente departamental por más de 20 años, se reconoció el derecho pensional mediante la Resolución 405 del 08 de junio de 2018¹³.

§29. Según la constancia de salarios devengados por el actor expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la parte actora devenga en el último año antes del estatus pensional: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones docente, prima de servicios y **bonificación mensual**.¹⁴

§30. Conforme a las pruebas obrantes, concluye la Sala que la parte actora para la vigencia de la Ley 812 de 2003, ya había ingresado a prestar sus servicios como

¹³ (fl. 21 c1)

¹⁴ (f. 25 c1)

docente nacional, lo que permite determinar que para el reconocimiento pensional la norma **aplicable es la Ley 33 de 1985**.

§31. Una vez determinado el régimen que le cubre, y teniendo en cuenta que en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentra exceptuada de Régimen General de Pensiones, no le cubre el Decreto 1158 de 1998, respecto a los factores base de cotización a tener en cuenta en la liquidación pensional, pero sí los factores previstos en la Ley 62 de 1985¹⁵.

§32. Respecto a la prima de servicios devengada el último a la fecha de retiro por la parte demandante (f. 21 c.1), está regida por el Decreto 1545 de 2013. En el artículo 5 precisa que es factor salarial para la liquidación de vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad, por lo que no es procedente su inclusión dentro del ingreso base para la pensión.

§33. Referente a **la bonificación creada por el Decreto 1566 de 2016** estipula que se reconoce a partir del 1º de junio de 2014 al 31 de diciembre de 2015, y es factor salarial para todos los efectos legales. Por lo que ha de tenerse en cuenta en la liquidación, tal como fue reconocida en la reliquidación pensional.

§34. Teniendo en cuenta que la parte actora percibió la bonificación mensual en el año anterior al retiro, y en la liquidación de la pensión se tuvo en cuenta dicha bonificación.

§35. Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

§36. No se hará pronunciamiento en torno a los demás factores incluidos en la liquidación pensional, porque no son motivo de demanda.

4. Costas en esta instancia

§37. En cuanto a las costas de segunda instancia, como se modifica la sentencia por un cambio jurisprudencial, no se condenará en costas.

§38. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§39. Por lo discurrido, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹⁵ ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio**. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora **RUBIELA YEPES LONDOÑO**, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS en esta instancia.

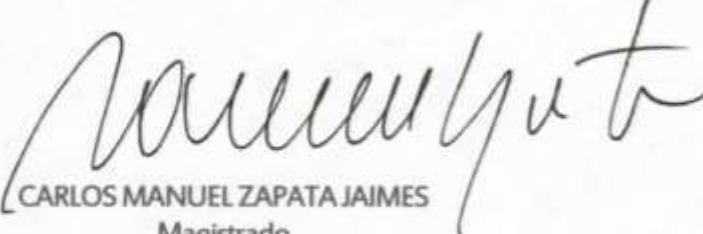
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Notifíquese y Cúmplase

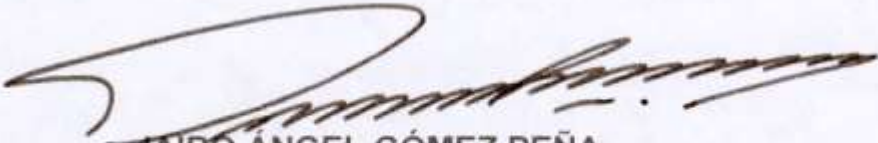
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

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

Código de verificación:
904094fa1fe46dad3186135a55c5d78fd919c441f08bafb87a569f07c8268307
Documento generado en 18/12/2020 09:17:04 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**