

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2.022)

Auto Interlocutorio No. 467

RADICACIÓN:	76001-33-33-019-2019-00143-01
DEMANDANTE	ANDRÉS RAMIRO CASTILLO abogadooscartorres@gmail.com
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
DEMANDADO	NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co notjudicial@fiduprevisora.com.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co
MAGISTRADO PONENTE:	Víctor Adolfo Hernández Díaz
TEMA	Niega incidente de nulidad

I. PUBLICIDAD.

El expediente digital se encuentra en nuestra sede electrónica SAMAI, donde podrá consultar las actuaciones en el botón “CONSULTA DE PROCESOS” en el siguiente link <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/procesos.aspx>.

En SAMAI también encontrará la VENTANILLA VIRTUAL, link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8087/> donde los sujetos procesales podrán radicar memoriales y escritos para lo cual deben ingresar a la VENTANILLA VIRTUAL, dirigirse al módulo “Solicitudes y otros servicios en línea”, dar clic en “Memoriales y/o Escritos”, aceptar términos y condiciones, diligenciar el formulario respectivo anexando copia del documento de identidad que acredite su calidad dentro del proceso y cargar los archivos con destino al proceso en los formatos permitidos pdf,.docx,.doc,.xlsx. Tamaño máximo por cada archivo: 20 MB. Estos memoriales y escritos se gestionarán directamente al proceso, lo que garantiza celeridad, economía, eficiencia, transparencia y publicidad, por tanto, es el canal oficial del Tribunal para recibir memoriales a partir del 16 de mayo de 2022.

En el mismo link los usuarios podrán solicitar ACCESO A LOS EXPEDIENTES para consultar documentos protegidos por reserva, para ello deben dirigirse al módulo “Solicitudes y otros servicios en línea”, dar clic en “Acceso a expedientes” aceptar términos y condiciones, diligenciar el formulario respectivo y anexar el documento de identidad escaneado por ambos lados con el fin de acreditar su calidad dentro del proceso.

En el siguiente link podrá consultar un video tutorial que lo guiará en SAMAI: [acceso a la ventanilla virtual.webm](#).

Solo de manera subsidiaria continuarán recibiendo escritos y memoriales en el correo electrónico: rpmemorialestadmvc Cauca@cendoj.ramajudicial.gov.co identificando la radicación completa del expediente, el magistrado ponente, el medio de control, las partes y el asunto so pena de no gestionar el memorial. Las partes darán cumplimiento al artículo 78.14 del CPG.

Las partes informarán el canal digital elegido para surtir las actuaciones y notificaciones del presente proceso. En su defecto se tomarán como tales los correos electrónicos que obran en el proceso y en el SIRNA.

De celebrarse alguna audiencia se hará a través de la plataforma LIFESIZE.

II. OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Se resuelve el incidente de nulidad formulado por la parte demandante contra la sentencia No 086 del 21 de octubre de 2021 que revocó la sentencia del 12 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Diecinueve Administrativo Oral del Circuito de Cali y en su lugar negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

El apoderado judicial del señor **ANDRÉS RAMIRO CASTILLO** solicitó la nulidad del acto ficto negativo respecto de la petición realizada el 23 de mayo de 2018 sobre el incremento de la pensión en la misma proporción en que se incrementa el salario mínimo, igualmente la devolución de los dineros superiores al 5% de los descuentos de salud de las mesadas pensionales ordinaria y de las adicionales de junio y diciembre.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó (i) se ordene a la entidad demandada reintegrar los descuentos pensionales por concepto de salud que excedan del 5% de las mesadas ordinarias y adicionales de junio y diciembre de conformidad con el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y (ii) que su mesada pensional se reajuste anualmente en el porcentaje en que cada año es incrementado el salario mínimo legal mensual, conforme el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, desde el momento de adquisición de su status jurídico de pensionada.

El 12 de marzo de 2020 el Juzgado Diecinueve Administrativo Oral del Circuito de Cali declaró la nulidad del acto ficto demandado respecto de la petición de devolución de aportes para salud descontados de las mesadas adicionales de junio y diciembre. Como consecuencia de lo anterior, ordenó a la entidad demandada FOMAG reintegrar al accionante los valores descontados como cotización para la salud de las mesadas pensionales de junio y diciembre y declaró la prescripción de las diferencias de reajuste causadas con anterioridad al 16 de mayo de 2016.

Inconforme parcialmente con la decisión, la parte accionante presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por la primera instancia.

Mediante Auto No. 494 del 13 de julio de 2021 se corrió traslado para alegar de conclusión (Archivo 06 expediente electrónico).

El 15 de julio de 2021, la apoderada judicial de la parte actora, mediante escrito enviado al correo rpmemorialestadmvcuca@cendoj.ramajudicial.gov.co, presentó desistimiento del recurso de apelación manifestando “Lo anterior por cuanto los recientes pronunciamientos jurisprudenciales han permitido que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle adoptara una postura sobre el objeto del litigio, y de continuar con esta instancia judicial mi representado será sancionado con el pago de costas procesales y agencias en derecho”.

Mediante auto No 666 del 29 de septiembre de 2021 el Despacho resolvió no aceptar el desistimiento presentado por la parte accionante (archivo 11 expediente electrónico).

Mediante sentencia No 086 del 21 de octubre de 2021 la Sala mixta de decisión compuesta por los Despachos 03, 11 y 12 de la Corporación, revocó la sentencia del 12 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Diecinueve Administrativo Oral del Circuito de Cali y en su lugar negó las pretensiones de la demanda.

- Fundamentos de la nulidad.

La parte demandante presentó los siguientes argumentos para fundamentar su solicitud:

Indicó que el desistimiento de un recurso de apelación es un acto libre y voluntario de los sujetos procesales, y en el caso objeto de discusión quien desiste del recurso de apelación es el mismo sujeto procesal que lo interpuso; por lo tanto no debe existir impedimento alguno para que el Juzgador lo acepte sin detenerse a meditar los motivos que promovieron tal petición ni las consecuencias que la misma generará; siendo su única obligación aceptar el respectivo desistimiento y devolver el expediente al Juzgado de origen a fin que se surtan los respectivos tramites de ejecutoria y archivo.

Que conforme lo disponen los artículos 81 y 306 del CPACA, en concordancia con el artículo 316 del CGP; las partes podrán desistir de los recursos interpuestos salvo que se haya proferido sentencia de segunda instancia que los resolviera.

Sostiene que la presentación del desistimiento del recurso de apelación, se hace en la medida en que ello convenga los intereses de la parte que desiste y que dicha potestad no está sometida a criterio del juez o magistrado que recibe la solicitud de desistimiento, ni mucho menos debe darse traslado de tal petición a la contraparte, por cuanto la disposición de dicho derecho está en cabeza de la parte que lo solicita.

Que era obligación del Magistrado ponente aceptar el desistimiento presentado y dar una terminación anormal del proceso, ya que el operador de justicia está sometido al imperio de la Ley y los procedimientos que señalen las respectivas normas, y en este caso, la norma lo que indica es que se debe aceptar el desistimiento del recurso de apelación presentado y dejar en firme las providencias que le anteceden a la presentación del mismo.

Que el Juzgador se extralimitó en sus funciones al no aceptar el desistimiento del recurso de apelación, justificando su decisión en una serie de consideraciones que no

le correspondían emitir ya que éstas tenían que ser alegadas por la contraparte y no por el Juez, ya que los fundamentos para aceptar un desistimiento no son competencia oficiosa del Juez contencioso.

Invoca como causal de nulidad que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, emitió sentencia de segunda instancia cuando carecía de competencia para hacerlo, debido a la presentación del desistimiento del recurso de apelación presentado por la parte accionante.

IV. CONSIDERACIONES

En consideración al argumento expuesto por el incidentalista, el problema jurídico consiste en determinar, si se es nula la actuación posterior a la presentación de la solicitud de desistimiento del recurso de apelación por la parte accionante incluida la sentencia No 086 del 21 de octubre de 2021.

El numeral 1 del artículo 133 del código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del C.P.A.C.A dispone:

“CAUSALES DE NULIDAD. *El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.

(...)”

Frente a la competencia de los Tribunales Administrativos en segunda instancia el artículo 153 del CPACA dispone: *“Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.”*

Ahora bien, frente a la invocada causal de nulidad fundada en la pérdida de competencia de esta Corporación para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, se advierte que el recurso de apelación fue concedido por el *a quo* en el efecto suspensivo, circunstancia que genera la suspensión de la competencia de este y la traslada a esta Corporación.

Lo anterior con fundamento en lo dispuesto por el artículo 323 del C.G.P. que dispone: ***“EFECTOS EN QUE SE CONCEDE LA APELACIÓN.*** *Podrá concederse la apelación:*

1. En el efecto suspensivo. En este caso, si se trata de sentencia, la competencia del juez de primera instancia se suspenderá desde la ejecutoria del auto que la concede hasta que se notifique el de obediencia a lo resuelto por el superior. Sin embargo, el inferior conservará competencia para conocer de todo lo relacionado con medidas cautelares.

(...)”

Así entonces, la alegada nulidad no existió, porque el Tribunal tenía competencia para conocer del asunto en virtud de lo dispuesto por el artículo 153 del CPACA, competencia otorgada por el recurso interpuesto por la parte accionante y la solicitud de desistimiento tras haberse concedido el recurso de apelación.

Ahora bien, la figura del desistimiento de los recursos no está prevista expresamente en la Ley 1437 de 2011, pero sí en el Código General del Proceso, estatuto procesal al que debe remitirse en virtud de lo dispuesto en el artículo 306 del CPACA.

En ese sentido, el artículo 316 del Código General del Proceso establece:

“Las partes podrán desistir de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y los demás actos procesales que hayan promovido. No podrán desistir de las pruebas practicadas. El desistimiento de un recurso deja en firme la providencia materia del mismo, respecto de quien lo hace. Cuando se haga por fuera de audiencia, el escrito se presentará ante el secretario del juez de conocimiento si el expediente o las copias para dicho recurso no se han remitido al superior, o ante el secretario de este en el caso contrario. El auto que acepte un desistimiento condenará en costas a quien desistió, lo mismo que a perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares practicadas. No obstante, el juez podrá abstenerse de condenar en costas y perjuicios en los siguientes casos: (...)

4. 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”

De lo expuesto, se concluye que la norma transcrita permite que la parte demandante desista del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, sin que tal manifestación sea de forzosa aceptación por el juez, pues el juzgador administrativo es juez de legalidad y sólo en caso de aceptarse, deja en firme la providencia recurrida.

Ahora bien, para la fecha en que se presentó el desistimiento ya el Consejo de Estado había proferido la sentencia SUJ-024-CE-S2-2021 del 03 de junio de 2020, providencia en la que decidió unificar el tema de litigio sobre el cual versaba la controversia del asunto *sub judice* resolviendo:

“Primero: Unificar jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar que son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación constituye precedente vinculante en los términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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.” (Subrayado y negrilla de la Sala)

Tal como se advirtió en la providencia que negó el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, el máximo órgano de la jurisdicción declaró, mediante precedente obligatorio, que proceden los descuentos en salud de todas las mesadas pensionales de los docentes, y advirtió que dicha decisión tiene efectos retrospectivos, esto es, que debe aplicarse tanto a los asuntos que se encuentran en trámite en la vía administrativa como judicial.

En el caso del señor ANDRES RAMIRO CASTILLO el *a quo* ordenó la devolución de los aportes en lo pertinente a las mesadas adicionales de junio y diciembre, por lo que el desistimiento del recurso de apelación habría dejado en firme esa decisión, que resulta contraria a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, desconociendo así los deberes del juez de precaver una decisión lesiva al patrimonio público y al derecho a la igualdad respecto de los demás docentes que se encontraban en idénticas condiciones al accionante y a quienes se les negaron las pretensiones de sus demandas.

Para la Sala resulta importante resaltar la posición que frente a la garantía de la doble instancia ha asumido la Corte Constitucional

“En cuanto a su contenido, la garantía de la doble instancia exige que una misma controversia jurídica sea sometida a dos instancias o fases procesales distintas e independientes, y dirigidas por jueces diferentes, independientemente del alcance coincidente de las decisiones por vía de las cuales resuelven la controversia. Ello, con la finalidad objetiva de garantizar la corrección del fallo judicial y dar cuenta “de la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad”

Bajo esta óptica, la garantía de la doble instancia supone un elemento cardinal del derecho al debido proceso que, a su vez, tiene relevancia en el acceso a la administración de justicia y que se materializa, principalmente, mediante el recurso de apelación o de impugnación, toda vez que permite la controversia de una decisión judicial por parte de quien tiene interés en ella o le resulta desfavorable, para que sea revisada por parte del superior jerárquico.

Precisamente, por vía de la apelación se garantiza la posibilidad de controvertir las decisiones judiciales que resulten adversas. Tales decisiones, particularmente en el caso de las sentencias, están revestidas de una presunción de corrección, al punto de que, si no son recurridas, quedan en firme y constituyen la definición concluyente del asunto. Dada la complejidad del derecho e incluso la falibilidad de las personas, se garantiza la oportunidad de recurrir en apelación.

Particularmente, si la decisión inicial es correcta, la apelación no debe convertirse en el instrumento a través del cual se pretenda probar suerte ante el juez superior, sino que solo debería acudir a ella en aquellos supuestos en los que existan elementos

sólidos que den cuenta de que el juzgador de primera instancia incurrió en una equivocación. (...)” (Subrayado y negrilla de la Sala)

Como puede evidenciarse, la Sala actuó conforme con los criterios imperantes de acceso a la administración de justicia, principio de la doble instancia que opera para ambas partes, control y protección de la legalidad, lealtad procesal, protección del patrimonio público y seguridad jurídica por lo que dio aplicación retrospectiva a la sentencia de unificación proferida por el superior funcional tal como este lo ordenó, procurando con su decisión contribuir a la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos.

En este contexto, no existe motivo alguno para declarar la nulidad de la sentencia proferida por esta Sala de decisión, pues tal como se dejó visto la decisión se profirió precisamente en ejercicio de las competencias del juez de segunda instancia en virtud de la concesión y posterior admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante.

En razón a lo anterior, el Tribunal Administrativo del Valle, Sala de Decisión,

RESUELVE:

PRIMERO: INFORMAR a las partes que a partir del 16 de mayo de 2022 el canal oficial para recibir memoriales y escritos será la **VENTANILLA VIRTUAL de SAMAI**, como se explica en el capítulo de publicidad de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de nulidad presentada por la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia discutida y aprobada en Sala Virtual de la fecha, según consta en acta que se entrega a la Secretaría de la Corporación por medios virtuales, atendiendo las circunstancias de salubridad pública que se presentan en el país a raíz del COVID-19 y suscrito electrónicamente en la plataforma <http://samairj.consejodeestado.gov.co> en donde se puede corroborar su autenticidad.



ZORANNY CASTILLO OTALORA
Magistrada



ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada



VÍCTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ
Magistrado

¹ Corte Constitucional - Sentencia SU418/19