

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

<b>RADICADO</b>	<b>17-001-23-33-000-2021-00120-00</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>ACCIONANTE</b>	<b>SPARTA S.A.S</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP</b>

Procede el despacho a resolver el recurso de reposición, y en subsidio a estudiar si es viable conceder el de apelación, interpuestos por la parte demandada contra el auto del 21 de febrero de 2022, mediante el cual se tuvo por no contestada la demanda y se decidió dictar sentencia anticipada.

**ANTECEDENTES**

A través de auto del 14 de diciembre de 2021, y en vista que el poder allegado por la UGPP no cumplía las formalidades de ley, se le requirió para que en un término de cinco (5) días aportara copia del mismo conforme a las exigencias del artículo 74 del CGP y/o conforme las exigencias establecidas en el Decreto 806 de 2020.

Esta providencia fue notificada por estado el día 15 de diciembre de 2021, por lo que el plazo para aportar el poder corregido corrió entre el 16 de diciembre de 2021 y el 14 de enero de 2022, sin que la parte cumpliera con la carga procesal que se le impuso, ya que solo hasta el 25 de enero del año en curso se pronunció al respecto, es decir, por fuera de tiempo.

Por lo anterior, a través de auto del 21 de febrero de 2022 se tuvo por no contestada la demanda, y al evidenciar cumplidos los supuestos del artículo 182A del CPACA se procedió a dictar auto para de manera posterior emitir sentencia anticipada.

Dentro del término de ejecutoria la UGPP presentó recurso de reposición, y en subsidio apelación, contra la anterior decisión.

Manifestó que no es procedente rechazar la contestación de la demanda ya que la misma se presentó en término y fue acompañada de poder especial con los anexos respectivos, tal como se ha venido haciendo en múltiples procesos judiciales a nivel nacional.

Añadió, que la contestación de la demanda es pieza fundamental dentro del proceso y constituye una actuación de vital importancia, y en tal sentido la posición del despacho atenta contra el derecho de defensa de la UGPP; máxime cuando la razón de no atender los argumentos puede verse reflejado en un perjuicio patrimonial y jurídico para la entidad, toda vez que la falta de contestación hará presumir ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión, salvo que la ley atribuya otro efecto.

Que el Decreto 806 de 2020, en su artículo 5, estableció que para que un poder pueda ser aceptado se requiere: a) un texto que manifieste inequívocamente la voluntad de otorgar poder, con al menos los datos de identificación de la actuación para la que se confiere y las facultades; b) antefirma del poderdante, la que naturalmente debe contener sus datos de identificación; y c) un mensaje de datos transmitiéndolo, y es este el que le otorga presunción de autenticidad al poder así conferido y reemplaza, por tanto, las diligencias de presentación personal o reconocimiento.

Que en el presente caso se presentó el escrito de contestación de la demanda y se anexó el poder especial otorgado por la doctora Claudia Alejandra Caicedo Borrás en debida forma, a través de un mensaje de datos al buzón de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas, sin que se advirtiera ninguna irregularidad para su validez. Y añadió que, aunque es cierto que se remitió el documento solo hasta el 25 de enero de 2022, también lo es que ese escrito ya había sido arrimado al proceso desde el momento en que se contestó el libelo petitorio.

Con apoyo en el artículo 160 de la Ley 1437 de 2011, artículos 73 y 74 del CGP y artículo 5 del Decreto 806 de 2020, indicó que el requisito de

presentación personal del poder fue eliminado cuando este es conferido a través de mensaje de datos.

Pidió revocar la decisión tomada en el auto del 21 de febrero de 2022, y, en su lugar, tener por contestada y proceder a reconocer personería a la abogada. Y de manera subsidiaria instó a que, en caso de mantener la decisión, se conceda el recurso de apelación.

De los recursos interpuestos se corrió traslado a la parte demandante quien se pronunció sobre estos, y afirmó que comparte la decisión del despacho ya que mediante auto se requirió a la entidad demandada para que aportara en debida forma el poder, frente a lo cual se hizo caso omiso, al argumentar que al momento de radicar la contestación de la demanda se adjuntó este documento debidamente otorgado.

Que no obstante lo anterior, de la revisión del poder que se adjuntó se puede concluir que el mismo no cumple los requisitos establecidos en el artículo 5 del Decreto 806 del 2020, por cuanto el artículo es claro en determinar que se podrá conferir mediante mensaje de datos, caso en el cual debe constar la fecha y hora de remisión del mensaje, el correo electrónico del cual se está enviando, y que el correo electrónico hacia donde se envía coincida con el que el abogado tiene inscrito en el Registro Nacional de Abogados, exigencias que no se cumplieron frente al poder conferido a la doctora Catalina María Rosas Rodríguez; el cual además tampoco cumplió el requisito de la presentación personal.

### **CONSIDERACIONES**

En relación con el poder, y como se advirtió en el auto del 14 de diciembre de 2021, mediante el cual se requirió a la UGPP para que subsanara el allegado al momento de contestar la demanda, el Decreto 806 de 2020 se expidió para facilitar el cumplimiento de diligencias procesales en medio de la pandemia por la COVID-19; una forma supletoria para cumplir con el mandato de poder con presentación personal que exige el CGP, eso sí, cumpliendo las exigencias propias establecidas en este decreto.

Cuando se revisó la contestación de la demanda, se advirtió que el poder allegado por la demandada no cumplió ni las formalidades señaladas en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020, ni lo dispuesto en el artículo 74 del CGP.

El artículo 74 del CGP dispone:

*Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.*

*El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez de conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante el juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas.*

Y el artículo 5 del Decreto 806 de 2020 autorizó lo siguiente:

*Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento. En el poder se deberá indicar expresamente la dirección de correo electrónicos del apoderado, que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados.*

Reposa el documento mediante el cual la Subdirectora General 0040-24 de la planta de personal de la entidad demandada otorgó poder a la doctora Catalina María Rosas Rodríguez, en el cual se evidencia la antefirma de estas dos personas y sus correos electrónicos al lado de estas. Lo anterior, bien pudiera evidenciar la voluntad de conceder el poder de conformidad con el Decreto 806 de 2020, pero no se allegó prueba que diera cuenta del canal de dónde fue remitido el mensaje de datos contentivo del poder, y que el mismo fuese enviado al correo electrónico de la apoderada que corresponda al que aparece en el Registro Nacional de Abogados.

Como bien lo afirmó la demandada, los poderes otorgados con fundamento en esta norma no requieren presentación personal, pues se presumen auténticos;

pero sí se estableció en el decreto que se requería algún mecanismo que permitiera al juez identificar al otorgante y garantizar la autenticidad e integridad del mensaje de datos mediante el cual se confería. Así las cosas, se considera que en caso de otorgarlo mediante la forma establecida en el artículo reproducido del Decreto 806 de 2020 se debe aportar prueba que dé cuenta de los medios digitales empleados para enviarlo y que el mismo fue dirigido al correo electrónico que el apoderado tiene inscrito en el Registro Nacional de Abogado.

Cuando se revisó el poder allegado con la contestación de la demanda se evidenció que no se había aportado prueba de lo antes indicado; es decir, no se adjuntó documento que diera cuenta, por ejemplo, que el poder había sido enviado del buzón judicial de la UGPP, o del institucional de la Subdirectora General de la UGPP, al correo electrónico de la apoderada informado en el Registro Nacional de Abogados. Esto impidió reconocer personería a la doctora Rosas Rodríguez con soporte en la norma a la que se ha hecho mención, pues no se cumplían las formalidades, y como bien lo advierte la demanda en el recurso presentado, se requiere la prueba del mensaje de datos que transmite el poder ya que este otorga presunción de autenticidad.

Por lo expuesto, y al evidenciar que el poder tenía falencias analizado desde las dos normas atrás citadas, se emitió auto el 14 de diciembre de 2021 que otorgó a la parte accionada, en aras de garantizar el derecho de defensa y sin que expresamente lo autorice la ley procesal, un nuevo término para que subsanara esa irregularidad hallada en el poder, advirtiéndole que de no hacerlo se tendría por no contestada la demanda.

Es de resaltar que contra este auto bien pudo la parte demandada interponer recurso de reposición, si era que no estaba de acuerdo con la orden del despacho como ahora lo expone en el memorial contentivo de los recursos; pero a lo que procedió fue dejar transcurrir el tiempo otorgado para aportar el poder corregido, ya que tenía como plazo máximo para hacerlo el día 14 de enero de 2022 y solo lo radicó hasta el 25 de enero de 2022, a pesar de la advertencia que se había realizado. Esto trajo como consecuencia que no se pudiera reconocer personería a la apoderada, y de contera, tener por no contestada la demanda.

Así las cosas, la decisión de no reconocer personería a la apoderada de la parte demandada, con sus consecuencias procesales, se originó en una un actuar omisivo de la accionada, al no cumplir con un requerimiento que realizó el despacho, pese a que se le advirtió que pasaba si no aportaba el poder con las formalidades de ley; sin que sea de recibo el argumento que el poder adjuntado al momento de contestar la demanda cumplía requisitos, ya que se aclaró que no era así.

En consecuencia, no se repondrá la decisión que en torno a la contestación de la demanda se tomó en el auto del 21 de febrero de 2022.

Ahora, en relación con el recurso de apelación interpuesto de manera subsidiaria, al revisar el artículo 243 del CPACA se advierte que este auto no está enlistado como plausible de ser apelado, el artículo expresamente señala:

**ARTÍCULO 243. APELACIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> *Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:*

- 1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.*
- 2. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.*
- 3. El que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. El auto que aprueba una conciliación solo podrá ser apelado por el Ministerio Público.*
- 4. El que resuelva el incidente de liquidación de la condena en abstracto o de los perjuicios.*
- 5. El que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar.*
- 6. El que niegue la intervención de terceros.*
- 7. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.*
- 8. Los demás expresamente previstos como apelables en este código o en norma especial.*

Corolario de la norma transcrita, se deberá rechazar por improcedente el recurso de apelación.

Por lo brevemente expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas

**RESUELVE**

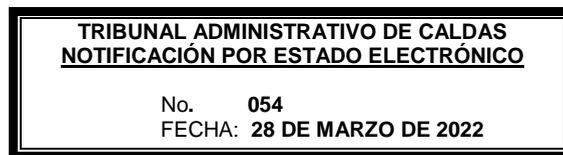
**PRIMERO: NO REPONER** el auto del 21 de febrero de 2022, a través del cual se tuvo por no contestada la demanda por la UGPP, según lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: RECHAZAR POR IMPROCEDENTE** el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 21 de febrero de 2022.

**TERCERO:** Ejecutoriado este auto, désele cumplimiento al ordinal cuarto del auto del 21 de febrero de 2022.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
MAGISTRADO**



**Firmado Por:**

**Carlos Manuel Zapata Jaimes  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial  
División 1 De Sistemas De Ingeniería  
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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:  
**24b27254ac70326722cb94637b0de83b17ee555658a8e21c1424dd89792a8e98**  
Documento generado en 25/03/2022 09:24:11 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES.**

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

<b>RADICADO</b>	<b>17-001-23-33-000-2021-00099-00</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>DORIS LILIANA RIVERA BLANDÓN</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>MUNICIPIO DE RIOSUCIO - CALDAS</b>

Previo a emitir pronunciamiento sobre la aprobación de la fórmula de conciliación presentada de manera conjunta por la demandante y demandada en el *sub lite*, se hace necesario que por la Secretaría de la corporación se requiera al Municipio de Riosucio - Caldas para que en un término no superior a cinco (5) días, contados a partir de la recepción del oficio correspondiente, aporte el acta del comité de conciliación de ese ente territorial que dé cuenta de la autorización para conciliar el presente asunto en los términos de la propuesta que fue radicada por las partes el día 8 de marzo de 2022.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
MAGISTRADO**



**Firmado Por:**

**Carlos Manuel Zapata Jaimes  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial  
División 1 De Sistemas De Ingeniería  
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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: **0df49c5a199bcbd45e2cfdec8ca9412804fe4433982138019f05d2f6ba96616c**  
Documento generado en 25/03/2022 09:19:53 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA UNITARIA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)

<b>RADICACIÓN</b>	<b>17-001-23-33-000-2021-00202-00</b>
<b>CLASE</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>MIGUEL ÁNGEL OSORIO MÁRQUEZ</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>MUNICIPIO DE MANIZALES, CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE MANIZALES</b>

Ingresa a despacho el proceso de la referencia para resolver la solicitud de llamamiento en garantía realizado por el municipio de Manizales frente a Seguros del Estado S.A.

**ANTECEDENTES**

Mediante demanda presentada por parte de Miguel Ángel Osorio Márquez en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el municipio de Manizales y el Cuerpo de bomberos Voluntarios de Manizales, se solicita se declare la nulidad del Oficio nro. UGR1710-2020 GED 34619-2020 del 06 de noviembre de 2020, y de las Resoluciones nro. 001 del 10 de febrero de 2021 y 0122 del 02 de marzo de 2021, por medio de las cuales el municipio de Manizales negó el reconocimiento del contrato realidad que existió entre el actor y dicha entidad.

El municipio de Manizales al contestar la demanda llamó en garantía a Seguros del Estado S.A. sustentando dicha solicitud en el hecho que, la mencionada compañía expidió la póliza de salarios y prestaciones sociales, donde aparece como beneficiario la entidad territorial, y como tomador el Cuerpo de Bomberos Voluntarios.

El llamamiento tiene como fin de que la aseguradora responda por las eventuales resultas del presente proceso, con el fin de mantener ileso al municipio de Manizales, por tener la entidad territorial derecho legal y contractual de exigir de la compañía de seguros la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total del pago que tuviere eventualmente que hacer como resultado de la sentencia que se dictare dentro del presente proceso.

### **CONSIDERACIONES**

El artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup> establece lo siguiente:

Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.
2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.
3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.
4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.

---

<sup>1</sup> También CPACA

Ahora bien, el Consejo de Estado<sup>2</sup> en pronunciamiento del 2 de mayo de 2016, posición ratificada en providencia del 29 de junio del mismo año<sup>3</sup>, frente al llamamiento en garantía esgrimió que:

El llamamiento en garantía, como se ha manifestado en múltiples ocasiones, tiene ocurrencia cuando entre la persona citada y la que hace el llamamiento existe una relación de orden legal o contractual, con el fin de que aquella pueda ser vinculada a las resultas del proceso y, en particular, para que sea obligada a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago que sea impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso.

En cuanto tiene que ver con los requisitos y el trámite aplicables a esta figura de vinculación procesal, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en aplicación de la previsión legal contenida en el artículo 225 de esta misma codificación, dispone:

***“Artículo 225. Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.***

[...]

El citado artículo 225 se refiere a las exigencias que deben cumplirse para la procedencia de esta forma de vinculación de terceros, entre las que se destaca, respecto de lo que a los requisitos de la solicitud correspondiente se refiere, lo siguiente:

- El nombre del llamado y el de su representante;
- El lugar de su domicilio o residencia;
- El relato de los hechos en que se apoya el llamamiento y los fundamentos de derecho que lo soportan;

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección A; Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA; Bogotá D.C., dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016).; RADICACIÓN: 170012333000201300245 01 (51297)

<sup>3</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera-Subsección “B”; Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth; Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016); Expediente: 51243; Radicado: 170012333000201300378 01

- La dirección de la oficina o habitación donde el denunciante y su apoderado recibirán las notificaciones personales.

En relación con la exigencia de que en el escrito de llamamiento se expongan los hechos en que se apoya la citación del tercero y los fundamentos de derecho que sustenten la actuación, se ha precisado que tiene por finalidad establecer los extremos y elementos de la relación sustancial que se solicita sea definida por el juez, así como ofrecer un fundamento fáctico y jurídico mínimo del derecho legal o contractual en que se apoya el llamamiento, en orden a que la invocación de ese instrumento procesal sea serio, razonado y responsable y, al propio tiempo, se garantice el derecho de defensa de la persona que sea citada en tal condición al proceso.

En consonancia con lo anterior, esta Corporación ha sostenido que la demostración del derecho legal o contractual en que se funda la petición de llamamiento tiene como razón de ser el derecho que surge para el llamante de exigir la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reintegro del pago que tuviera que hacer en virtud de la sentencia condenatoria que se profiera en su contra, de manera que en la misma sentencia que falle sobre la litis principal se defina también la relación que pueda existir entre llamante y llamado.

Adicionalmente, quien solicita el llamamiento en garantía debe cumplir con la carga procesal de acompañar prueba siquiera sumaria del derecho para tal actuación, esto es, del derecho legal o contractual que le permita exigir del tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reintegro del pago que tuviere que hacer en virtud de la sentencia condenatoria que se profiera en su contra.

**Con fundamento en lo anterior, se precisa, entonces, que la procedencia del llamamiento en garantía está condicionada a que se encuentren acreditados los requisitos de forma previstos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al igual que debe estar acreditado, al menos sumariamente, el vínculo jurídico legal o contractual que faculta al demandado para llamar en garantía a un tercero, así como la prueba siquiera sumaria del dolo o la culpa grave para los casos de llamamiento en garantía con fines de repetición respecto de servidores o ex servidores públicos, requisitos éstos que, en todo caso, no se satisfacen con el escrito serio, razonado y justificado de la demanda.**

...” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

A.I. 116

Conforme a la normativa y jurisprudencia en cita es claro que, el objeto o razón de ser de la figura del llamamiento en garantía, es darle un instrumento al demandado para que en caso de una sentencia condenatoria la entidad llamada en garantía pague en su lugar o indemnice a la llamante por los perjuicios de la sentencia.

Por otra parte, para que sea admitida esta figura es indispensable cumplir además de los requisitos establecidos en el artículo 225 del CPACA, el de acreditar al menos sumariamente la relación contractual de la cual funda el llamado, y si es legal señalar la fuente normativa que establece esta relación con el llamado en garantía.

El Municipio de Manizales – Caldas al hacer el llamado en garantía esgrimió que la entidad territorial y el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Manizales firmaron los contratos nro.1301110028, nro.1305030449, nro. 1311070999, nro.1408150394, nro.1412010702, nro.1506160428, nro.1601260030, nro. 1701020006, nro.1801020005, nro.1808310684, nro. 1901020001, nro. 1905300444, nro. 2001030012 y nro. 2004300210 los cuales tienen por finalidad “PRESTAR APOYO Y FORTALECER AL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS EN LAS LABORES DE PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE EMERGENCIAS DE ORIGEN NATURAL, ANTRÓPICO Y/O TECNOLÓGICO QUE OCURRAN EN EL MUNICIPIO DE MANIZALES”, de igual forma indicó que en virtud de dichos contratos se firmaron las pólizas nro. 42-44-101055512, nro. 42-44-101058926, nro. 42-44-101063718, nro. 42-44-101072175, nro. 42-44-101075257, nro. 42-44-101081326, nro. 42-44-101087814 , nro. 42-44-101096905, nro. 42-44-101106052, nro.42-44-10111036, nro. 42-44-101113577, nro. 42-44-10116860, nro. 42-44-101122327, nro. 42-44-101124257, expedidas por Seguros del Estado S.A, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos celebrados entre la entidad territorial y el cuerpo de voluntarios entre las cuales se encuentra el pago de los salarios y prestaciones sociales, siendo beneficiario la entidad territorial.

Ahora bien, conforme a lo anterior, observa el despacho, que en las pólizas se establece que el objeto de las mismas es amparar las obligaciones de los contratos nro.1301110028, nro.1305030449, nro. 1311070999, nro.1408150394, nro.1412010702, nro.1506160428, nro.1601260030, nro. 1701020006,

A.I. 116

nro.1801020005, nro.1808310684, nro. 1901020001, nro. 1905300444, nro. 2001030012 y nro. 2004300210 los cuales tienen por finalidad “prestar apoyo y fortalecer al cuerpo oficial de bomberos en las labores de prevención y atención de emergencias de origen natural, antrópico y/o tecnológico que ocurran en el municipio de Manizales”.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que la demanda se sustenta en la petición que se declare la existencia de un contrato realidad entre éste y el Cuerpo de Bomberos por los servicios que prestó como bombero, y que precisamente las pólizas se suscribieron para amparar las obligaciones prestacionales que pudieran derivarse de la prestación del servicio por parte de los Bomberos con ocasión de los contratos suscritos con el municipio de Manizales precisamente para ese fin, se evidencia por parte de este Juzgador que existe un contrato de seguros que sirve de sustento para el llamamiento de garantía, por lo que debe admitirse el mismo.

Determinado por el Despacho el cumplimiento de las exigencias establecidas en la normatividad en cita, admítase el llamamiento en garantía efectuado por el municipio de Manizales a Seguros del Estado S.A.

En consecuencia:

1. Atendiendo a lo establecido en el artículo 198 del C.P.A.C.A. **NOTIFÍQUESE** personalmente al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales de Seguros del Estado S.A. [juridico@segurosdelestado.com](mailto:juridico@segurosdelestado.com), [sebastian.hernandez@segurosdelestado.com](mailto:sebastian.hernandez@segurosdelestado.com) o al correo que se halle en la base de datos de al secretaría informado como el buzón electrónico dispuesto para las notificaciones judiciales, en la forma y términos indicados en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, mensaje que contendrá copia de esta providencia y del escrito de llamamiento en garantía.

2. Surtido lo anterior **CÓRRASE** traslado del llamamiento en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** por el término de 15 días, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 225 del C.P.A.C.A., plazo que **EMPEZARÁ A CORRER TRANSCURRIDOS DOS (2) DÍAS** de enviado el

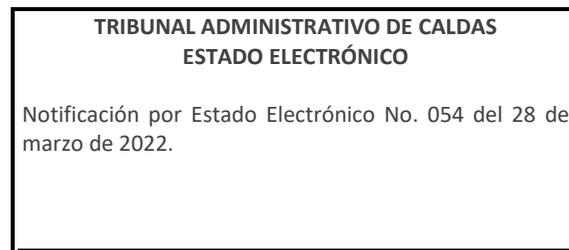
A.I. 116  
mensaje de datos de notificación, conforme lo establece el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

3. Para efectos de que las partes alleguen la contestación de la demanda, nuevos poderes, memoriales y solicitudes se les informa que el correo habilitado para ello es [sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co](mailto:sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co). Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

4. **NOTIFÍQUESE** el presente proveído a las partes por estado electrónico.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
**Magistrado**



**Firmado Por:**

**Carlos Manuel Zapata Jaimes**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Dirección Ejecutiva De Administración Judicial**  
**División 1 De Sistemas De Ingeniería**  
**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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:  
**cdfd56f9225f4194bd92dc62ce6f9d3518a739f3b7db626b9669514c1f1af66d**  
Documento generado en 25/03/2022 08:55:18 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**A.S.: 045**

<b>Asunto:</b>	<b>Fija fecha audiencia inicial</b>
<b>Medio de control:</b>	<b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>
<b>Radicación:</b>	<b>17001-23-33-000-2017-00906-00</b>
<b>Demandante:</b>	<b>Stevenson Andrés Sierra González</b>
<b>Demandado:</b>	<b>Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional</b>

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Dado que las excepciones propuestas ya fueron decididas en aplicación de lo dispuesto por el parágrafo 2º del artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, al tenor de lo previsto por el inciso inicial y el numeral 1 del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), **CONVÓCASE** a las partes a **AUDIENCIA INICIAL** dentro del proceso de la referencia, para el día **martes diecinueve (19) de abril de dos mil veintidós (2022), a partir de las once de la mañana (11:00 a.m.)**.

La citada audiencia se realizará de manera virtual a través de la plataforma Lifesize, en el enlace de acceso: <https://call.lifesizecloud.com/13941761>, que se enviará igualmente a los correos electrónicos informados por las partes y el Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video.

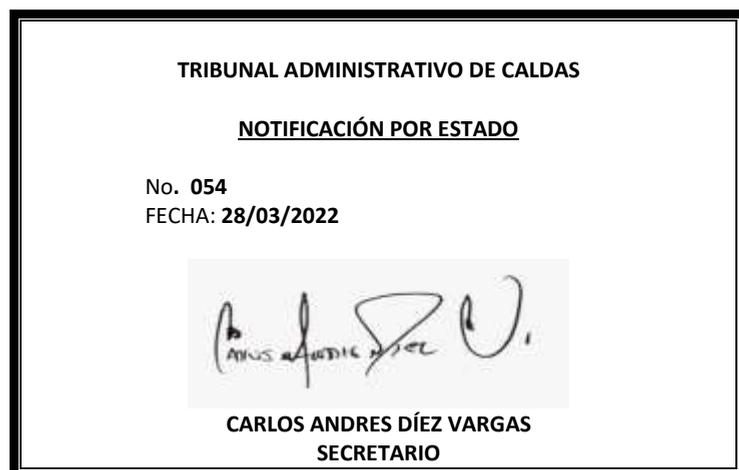
Los poderes, sustituciones de poder u otros documentos que las partes y demás intervinientes pretendan que sean tenidos en cuenta en la audiencia, deberán ser allegados a más tardar el día anterior a la celebración de la diligencia, únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta [sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co](mailto:sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co). Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

**ADVIÉRTESE** sobre la obligatoriedad de la asistencia de los apoderados y de las implicaciones procesales y pecuniarias previstas en el numeral 4 del artículo 180 del CPACA.

**NOTIFÍQUESE** el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

**Notifíquese y cúmplase**

**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
**Magistrado**



**Firmado Por:**

**Augusto Ramon Chavez Marin**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Oral 5**  
**Tribunal Administrativo De 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:

**4d3f783ed2d09fae54a44727e2fdb43b95d230eb1218dca5549e1dd1141b672e**

Documento generado en 25/03/2022 09:20:41 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente**

**URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

17001-23-33-000-2018-00194-00  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE CALDAS  
SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL  
Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)

A.I. 093

Con auto de 3 de diciembre de 2021, se decretó como prueba de oficio, que se exhortara a la entidad demandada para que expidiera certificación en la que se identifiquen de manera precisa cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos por la señora DIANA CAROLINA SANTA LÓPEZ (C.C. N° 30'404.133) con la POLICÍA METROPOLITANA DE MANIZALES - ÁREA DE SANIDAD CALDAS entre el 1° de mayo de 2008 y el 17 de abril de 2017, especificando para cada uno de ellos las fechas de inicio y terminación.

Teniendo en cuenta que el exhorto no fue atendido en su totalidad, toda vez que únicamente fue aportada información correspondiente a los años 2010 a 2017, **REQUIÉRESE** a la entidad demandada, para que en el lapso de 5 días, se sirva completar la información, correspondiente al periodo comprendido entre el 2008 y el 2010, so pena de las sanciones de ley.

La certificación deberá ser enviada a través del correo "[sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co](mailto:sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co)", y una vez allegada, atendiendo el mandato previsto en el canon 170 inciso 2° del C.G.P., se correrá traslado a las partes y el Ministerio Público en la forma establecida en el artículo 201A de la Ley 1437 de 2011.

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
Sala 2ª. Oral de Decisión  
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

<b>Radicación</b>	<b>17001-33-39-003-2018-00231-02</b>
<b>Clase</b>	<b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>
<b>Accionante</b>	<b>Eyder Granja Valencia</b>
<b>Accionado</b>	<b>Nación – Ministerio de Defensa - Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL</b>
<b>Providencia</b>	<b>Sentencia No. 52</b>

La Sala 2ª Oral de Decisión desata el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 21 de agosto de 2019, mediante la cual se **accedió parcialmente** a las pretensiones de la parte demandante en relación con el reajuste de su asignación de retiro.

I. **Antecedentes**

1. **Pretensiones.**

La parte demandante solicita lo siguiente:

*“Declarar la nulidad del Acto Administrativo N° 2017-72622 de 14 de Noviembre de 2017, mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó el reajuste, reliquidación e inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro.*

*Que como consecuencia de lo anterior, a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se condene a la NACION- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a:*

*Reajustar por falta de aplicación de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% y,*

*Reajustar por falta de inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, todo ello desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro hasta cuándo se efectuó el pago.*

*Que se disponga el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos*

*Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados.*

*Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados*

*Que se condene en costa (sic) la entidad demandada al pago de agencias en derecho y costas procesales a que haya lugar."*

## **2. Hechos**

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

El demandante se vinculó al Ejército Nacional como soldado voluntario. El 1° de noviembre de 2003, por disposición del Ejército Nacional, pasó a ser soldado profesional, cumpliendo más de 20 años de servicio. Mediante Resolución Nro. 7521 de 2017, le fue reconocida asignación de retiro al demandante. Con fecha 20 de octubre de 2017, radicado N° 72618, el demandante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando el reajuste por indebida aplicación de lo establecido en el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1. de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1o del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurrió en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar afectando doblemente la prima de antigüedad; en suma, no se hizo el reajuste con aplicación de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado sólo en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%; así mismo, faltó incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, liquidada no como se hizo en un 30% sino en un 62.5 %.

Finalmente, mediante oficio número 2017-72622 de 14 de Noviembre de 2017, la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares - CREMIL, contesta, negando las solicitudes de reajuste e inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro.

## **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

Invocó como normas violadas los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; los artículos 138 y 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo, el artículo 10 de la Ley 4ta de 1992. Decreto 1793 de 2000. Decreto 1794 de 2000, y Decreto 4433 de 2004.

Precisó que el párrafo del artículo 5° del Decreto 1793 de 2000 estableció la posibilidad que los soldados voluntarios vinculados mediante la Ley 131 de 1985 se incorporaran como soldados profesionales y con el fin de garantizarles los derechos adquiridos, contempló un régimen de transición que les tendría en cuenta la antigüedad. Así mismo, manifestó que la entidad demandada está desconociendo las normas citadas, pues liquidó la asignación de retiro del soldado profesional dando un tratamiento distinto a los demás integrantes de la Fuerza Pública a quienes se les incluye el subsidio familiar.

#### **4. Contestación de la demanda.**

La entidad accionada contestó a través de apoderado judicial, manifestando que se opone a las pretensiones de la demanda. Sobre los hechos indicó que son ciertos los relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y agotamiento de la actuación administrativa; frente a los demás la entidad se opone.

Propuso como excepciones de fondo las siguientes:

*"en cuanto al reajuste del 20% en la asignación de retiro"* CREMIL le reconoció la asignación de retiro con fundamento en lo establecido en la Hoja de Servicios, en la que ya está incluido el reajuste salarial y prestacional del 20% de su salario básico.

*"Prescripción de mesadas según reajuste"* si al actor le asistiera algún derecho con relación a las pretensiones, no podría reconocérsele cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece la prescripción de las mesadas en tres años, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles

*"No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares"* pues las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las fuerzas militares, por lo que no se encuentran viciadas de falsa motivación. (fls. 51 – 54, C. 1)

#### **5. La sentencia apelada.**

El 21 de agosto de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, accediendo parcialmente a las pretensiones de la parte demandante al considerar, en primer lugar, que procede la liquidación de la asignación de retiro del actor con un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%,

teniendo en cuenta lo previsto en los incisos 1° y 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, habida consideración que se trata en este caso de un soldado que habiéndose incorporado como voluntarios, luego pasó a ser soldado profesional.

De otro lado, consideró que con la expedición del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual y fue tan sólo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales. Igualmente, la Alta Corporación advirtió que los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014, debido a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así:

(i) en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000, (ii) en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.<sup>1</sup>

Afirmó que el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo también sostuvo que, para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación.

Con fundamento en el citado pronunciamiento de unificación, el cual estima de obligatorio acatamiento el juez de instancia, se acogió la postura planteada por el Consejo de Estado en el sentido que para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014, tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000.

Estableció el a quo que, en el caso concreto, el señor Eyder Granja Valencia se retiró del servicio el día 31 de octubre del año 2017 y le fue reconocida su asignación de retiro el 19 de septiembre del 2017; por lo tanto, se ubica en la regla plasmada por el Consejo de Estado según la cual, para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro a partir del mes de julio de 2014, el subsidio familiar se incluirá como partida computable en un porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sentencia de unificación de jurisprudencia del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) Radicación 85001333300220130023701 (1701-2016) CP William Hernández Gómez

Concluyó entonces que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares aplicó la regla establecida en los Decretos 1161 y 1162 de 2014, para percibir el subsidio familiar en la asignación de retiro en un porcentaje del 30% en debida forma, por lo que procedió a negar dicha pretensión. (fls. 78 – 88, C. 1)

## **6. Recurso de apelación**

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, solicitando su revocatoria con fundamento en los siguientes argumentos:

*“En efecto el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los oficiales y suboficiales, este no incluyó a los soldados profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.*

*Siguiendo los precedentes jurisprudenciales expuestos por la Corte y el Consejo de Estado, resulta evidente que, si bien el legislador solo tuvo en cuenta la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, y excluyó de tal regla a los soldados profesionales, en aplicación al principio de igualdad, resulta procedente a la luz de la jurisprudencia reconocer dicho emolumento a mi representado, aunque ello signifique la inaplicación del precepto según el cual únicamente se puede tener en cuenta la partida para liquidar la asignación de retiro para el personal oficial y suboficial.*

*Ahora bien con respecto a la sentencia de unificación del H. consejo de estado - sección segunda. Consejero ponente Dr. William Hernández, en Sentencia SUJ 015-CE-S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019, manifestó lo siguiente: [...]*

*En concordancia con lo anteriormente expuesto, debe este despacho tener en cuenta que el emolumento solicitado por el demandante, es un derecho que adquirió en actividad, porcentaje que fue modificado al momento de su asignación de retiro, y que los documentos allegados con la demanda dan muestra que el señor EYDER GRANJA VALENCIA en actividad se encontraba percibiendo el subsidio familiar por un porcentaje del 4% del sueldo básico mensual más la prima de antigüedad para un total del 62.5%, derecho que se encontraba reconocido, razón suficiente para estuviera incluido en su asignación de retiro.” (fls. 90 a 96, C. 1)*

## **7. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

Las partes guardaron silencio.

### **Concepto del Ministerio Público.**

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

## **II. Consideraciones de la Sala**

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra

la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso de la referencia.

### **1. Problema jurídico.**

Teniendo en cuenta el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae únicamente a resolver lo siguiente:

- ¿Tiene derecho el actor a que se le reliquide la asignación de retiro incluyendo en la base de liquidación el subsidio familiar y, en caso afirmativo, en qué porcentaje?

### **2. Régimen aplicable a la asignación de retiro de los soldados profesionales.**

El Decreto 4433 de 2004 “*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública*” en el artículo 16 dispuso:

**“Artículo 16.** *Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”.*

En cuanto a la liquidación de la mentada prestación vitalicia, el mismo esquema disposicional, establece:

**“Artículo 13.** *La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

**13.1 Oficiales y Suboficiales:**

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

**13.2 Soldados Profesionales:**

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del

*Decreto-ley 1794 de 2000.*

*13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*

*PARÁGRAFO: - En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.” /Líneas de la Sala/*

Ahora, el subsidio familiar está consagrado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000<sup>2</sup>, en los siguientes términos:

*“**Artículo 11.** A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.*

*Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”*

De conformidad con las normas reseñadas, la asignación de retiro de los soldados profesionales se compone de dos elementos: el salario básico y la prima de antigüedad que deberá liquidarse de conformidad con el artículo 18 de ese mismo Decreto. Por ende, en atención a dicho marco normativo, a un soldado profesional no le asistiría derecho a que la liquidación pensional incluyera la partida de subsidio familiar que sí se tiene encuentra para las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Ahora bien, tal y como lo hizo ver el *a quo* en su momento, fue solamente hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que el subsidio familiar se consagró como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha data no existía disposición legal que así lo previera. Es así como, el artículo 1° de la última de estas normas prevé que:

***Artículo 1.** A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.*

---

<sup>2</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

Al respecto conviene precisar que, el precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado antes de la expedición de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 y acogido en su momento por este Tribunal, da cuenta de decisiones que acogían la postura según la cual, no era justificable excluir el subsidio familiar como factor para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, por tratarse de personal con menor rango respecto de oficiales y suboficiales, quienes sí gozan de ese beneficio.

No obstante lo anterior, esa postura fue recogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la Sentencia de unificación de jurisprudencia del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), con radicación 85001333300220130023701 (1701-2016), y ponencia del Consejero William Hernández Gómez, la cual fue citada *in extenso* en el fallo de primera instancia y que en suma, dice lo siguiente:

*“203. En conclusión: Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal...”*

(...)

*6. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%<sup>3</sup> para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000<sup>4</sup> y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.*

*Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal...”*

Y en la parte resolutive, claramente se dispuso lo siguiente:

**Segundo:** *Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 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 retroactivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

En efecto, dicha sentencia es de obligatorio acatamiento, teniendo en cuenta que según los dictados de los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de

<sup>3</sup> Cita de cita: Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>4</sup> Cita de cita: El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

Justicia y el Consejo de Estado, son tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, de tal manera que sus pronunciamientos se erigen en precedente judicial de obligatorio cumplimiento para todos los casos que se encuentren en discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial, tal y como acontece en este caso.

Con base en el anterior sustento legal y jurisprudencial se pasará a resolver el caso concreto.

### **3. Caso concreto.**

En el plenario se encuentra acreditado que al señor Granja Valencia le fue reconocido, mientras estuvo en servicio activo, el subsidio familiar con el 4%, tal y como se desprende de la Hoja de Servicios No. 3-94441649 del 10 de agosto de 2017, visible a folio 20 del cuaderno 1.

De igual manera está acreditado que al aquí demandante le fue reconocida una asignación de retiro mediante la Resolución No. 7521 del 19 de septiembre de 2017, luego de su retiro del servicio por tener derecho a la pensión, con baja efectiva el 30 de octubre de 2017. En el referido acto administrativo se incluyó entre otras partidas, el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014.

Como puede verse, en el sub iudice se encuentran dados los supuestos de hecho para concluir que el actor tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro con inclusión del 30% del subsidio familiar, tal y como fue reconocido en la Resolución No. 7521 de 2017, comoquiera que causó el derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 y devengó dicho factor estando en servicio activo.

Así las cosas, al hallar respuesta negativa al problema jurídico planteado, esto es, que el demandante no tiene derecho a la reliquidación de la asignación de retiro con un porcentaje superior del subsidio familiar, se impone confirmar la sentencia proferida por el *a quo*.

### **Costas.**

**No se condena en costas** a la parte demandante teniendo en cuenta la postura acogida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, esto es, con posterioridad a la presentación de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala 2ª. Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### III. Falla

**Primero: Se confirma** la sentencia del 21 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Eyder Granja Valencia contra la Nación – Ministerio de Defensa - Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.

**Segundo: Sin condena en costas.**

**Tercero. Notifíquese** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

**Cuarto.** Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

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

**Notifíquese y cúmplase**

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
Sala 2ª. Oral de Decisión  
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

<b>Radicación</b>	<b>17001-33-39-006-2018-00396-02</b>
<b>Clase</b>	<b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>
<b>Accionante</b>	<b>Elías Jiménez Montoya</b>
<b>Accionado</b>	<b>Nación – Ministerio de Defensa - Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional</b>
<b>Providencia</b>	<b>Sentencia No. 48</b>

La Sala 2ª Oral de Decisión desata el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de agosto de 2019, mediante la cual se **negaron** las pretensiones de la parte demandante en relación con el reajuste de su asignación de retiro.

**I. Antecedentes**

**1. Pretensiones.**

La parte demandante deprecia lo siguiente:

*“1. Se declare la NULIDAD TOTAL del acto administrativo Nro. E-00003-201727010 CASUR del día 29 de noviembre de 2017, por medio de la cual se niega el derecho al reajuste ordenado por la Ley 6 de 1992, a mi mandante.*

*A Título de Restablecimiento Del Derecho*

*2. Se restablezca del derecho del señor ELIAS JIMENEZ MONTOYA con el reconocimiento del reajuste establecido por la ley 6 de 1992 artículo 116 y por el Decreto 2108 de 1992 artículo 1, sobre mesadas de la asignación de retiro reconocida mediante la Resolución Nro. 6193 de 1984 por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA -CASUR.*

*3. Se condene a la parte demandada al pago a favor de la demandante de las diferencias que resulten en cada una de las mesadas pensionales correspondientes a los reajustes establecidos en la ley 6º de 1992 artículo 116 y el Decreto 2108 artículo 1, desde su causación hasta la fecha teniendo en cuenta previamente la prescripción trienal y los reajustes que haya dejado de pagar.*

*4. Se condene a la parte demandada y a favor de la demandante al pago de la indexación o la corrección monetaria sobre cada una de los emolumentos ordenados en la sentencia de esta demanda.*

*5. Se condene en costas procesales y agencias judiciales a la parte demandada a favor de la demandante."*

## **2. Hechos**

Mediante la Resolución Nro. 0590 del 7 de febrero de 1984 se reconoció Asignación de Retiro al señor Elías Jiménez Montoya por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de La Policía Nacional -CASUR, efectiva a partir del 17 de febrero de dicha anualidad.

El 22 de noviembre de 2017, el accionante radicó ante CASUR solicitud de reconocimiento y pago del reajuste a las mesadas pensionales con fundamento en la Ley 6º de 1992, artículo 116 y el Decreto 2108 de 29 de diciembre de 1992.

La solicitud presentada fue resuelta de manera negativa mediante acto administrativo E-00003-201727010-CASUR del día 29 de noviembre de 2017.

## **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 6, 11, 13, 25, 48, 53

Ley 6 de 1992 artículo 116

Decreto 2108 de 1992 artículo 1

Artículo 190 y siguientes del CPACA

Aduce que a pesar de la declaratoria de inexecutable de las normas que le dan sustento al reajuste pretendido en la demanda, el Consejo de Estado ha aclarado que quienes adquirieron el derecho a la pensión mientras la misma estuvo vigente, tiene derecho a que la respectiva entidad efectúe el ajuste de manera oficiosa, con el fin de compensar las diferencias de los aumentos del salario y de las pensiones de jubilación que devengaban en ese entonces los servidores públicos que desempeñaban empleos equivalentes a los que habían desempeñado los pensionados.

## **4. Contestación de la demanda.**

4.1. La CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL -CASUR presentó contestación manifestando que se opone a cada una de las pretensiones formuladas por el actor, toda vez que no ha vulnerado ni trasgredido derecho fundamental alguno, puesto que la asignación básica mensual reconocida al señor JIMÉNEZ MONTOYA tuvo como fundamento lo dispuesto en el Decreto 609 de 1977 de conformidad con el artículo 62.

Manifiesta que la Ley 6ª de 1992 es dirigida para las pensiones de jubilación del sector público del régimen general de pensiones que tenían reconocidas sus pensiones con anterioridad al año 1989 y que se reajustaban a través de lo preceptuado por la Ley 4 de 1976 y Ley 77 de 1988.

Aduce que el actor hace parte del régimen especial prestacional contemplado en la ley 100 de 1993 artículo 279, que frente a dicha especialidad se reconoce como prestación económica la asignación de retiro la cual es equiparable a una pensión de vejez.

Finalmente propone como medios exceptivos la "Inepta Demanda" en razón a la falta de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, la cual fue declarada como no probada en audiencia inicial; "Incorrecta Interpretación de las Normas que Contemplan los Regímenes Pensionales Generales del Sector Público y la Asignación de Retiro" con base en la regulación normativa con la cual se reconoció la asignación básica mensual, correspondiendo ésta al régimen especial; "Imposibilidad de Aplicación del Artículo 116 de la Ley 6º de 1992 y su Decreto Reglamentario (Violación al Principio de Inescindibilidad)" fundado en que la pensión de vejez y la asignación de retiro no poseen la misma naturaleza jurídica, siendo esta última de naturaleza especial con una normatividad propia que regula su reconocimiento y reajuste; "Inexistencia del Derecho" toda vez que no existe trasgresión ni vulneración alguna a los derechos del accionante; "Cobro de lo no Debido" ya que la entidad demandada no adeuda derecho alguno al accionante; "Prescripción" como dispone el artículo 64 del Decreto 604 de 1977. (fls. 57-84)

4.2. La NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL, se opuso a cada una de las pretensiones argumentando que la demanda descansa sobre una norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-351 de 1995.

Acto seguido, presenta como excepción previa la "Inepta Demanda por Falta de Requisitos Formales" sustentado en el argumento precedente y la cual fue resuelta como no probada en audiencia inicial. (fls. 111 a 119)

## **5. La sentencia apelada.**

El 29 de agosto de 2019, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante al considerar que, para acceder a los reajustes previstos en el artículo 116 de la Ley 6ª. de 1992, se debe dar cumplimiento a 3 circunstancias especiales como lo son: (i) Haber sido reconocida la pensión con anterioridad al 1º de enero de 1989 (ii) Ser pensionado del sector público nacional (iii) Presentar diferencias con los aumentos de salarios.

Estableció que el demandante cumple con el primer requisito dispuesto por la norma, toda vez que su asignación mensual de retiro se reconoció el 13 de enero de 1984; sin embargo, no hace parte de los pensionados del sector público, pues al ser parte del personal de la Policía Nacional, pertenece a un régimen especial y se le debe dar aplicación íntegra a lo dispuesto por el Decreto 609 de 1877, norma bajo la cual se causó su asignación de retiro y la cual dispone en su artículo 62 que dicha asignación no será compatible con las normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración pública.

Indicó que el actor no cumple con la segunda circunstancia para acceder a los reajustes dispuestos por el pluricitado artículo 116 y que en virtud del principio de inescindibilidad de la norma, una persona que está amparada por un régimen especial no puede pretender que le sea aplicada una norma de carácter general que resulte más favorable.

En todo caso, comparó los ajustes recibidos por el actor entre el año 1984 y el año 1999 con los incrementos realizados por el Gobierno Nacional al salario mínimo en esos mismos lapsos, para concluir que fueron superiores los aumentos efectuados a la asignación de retiro del demandante. (fls. 133-140, C. 1)

## **6. Recurso de apelación**

Inconforme con la decisión adoptada por el *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, solicitando su revocatoria con fundamento en los siguientes argumentos:

Aduce que el actor adquirió el derecho a la asignación de retiro el 7 de febrero de 1984, cumpliendo así el requisito de haberse pensionado antes del año 1989. Así mismo, afirmó que la jurisprudencia del Consejo de Estado señaló que ese reajuste cobija a todos los pensionados del sector público, sin discriminación alguna. Al respecto, recalca que el actor fue empleado público y que a la expedición de las normas que establecieron el reajuste solicitado, todos los empleados públicos estaban esparcidos en numerosos regímenes especiales; de ahí que el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, al referirse a las pensiones del sector público, no hubiese hecho discriminación alguna. (fls. 146 – 150, C. 1)

## **7. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

### **7.1. Parte demandante.**

Reiteró la tesis sostenida en el curso de la primera instancia. (25-27, C. 3)

## 7.2. Parte demandada.

La Nación – Ministerio de Defensa- Policía Nacional y Casur insistieron en los argumentos de defensa expuestos en primera instancia. (fls. 7-15, C. 3)

## 7.3. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

## II. Consideraciones de la Sala

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales.

### 1. Problema jurídico.

¿Tiene el actor el derecho a que se apliquen a su asignación de retiro, los reajustes pensionales establecidos por el artículo 116 de la Ley 6° de 1992 indistintamente de que dicha prestación haya sido otorgada con base al régimen especial de la Policía Nacional?

Para resolver dicho interrogante se hará referencia a: i) el régimen especial aplicable a la asignación de retiro del actor; ii) el reajuste pensional dispuesto por el artículo 116 de la Ley 6 de 1992; y iii) análisis del caso.

### 2. Régimen especial aplicable a la asignación de retiro del actor.

El Decreto 609 de 1977 “*Por el cual se reorganiza la Carrera de Agentes de la Policía Nacional*” estableció la asignación de retiro en favor de su personal adscrito, en los siguientes términos:

**“Artículo 55.** *A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Agentes de la Policía Nacional que se le retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:*

...

*b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar para el personal de Agentes casados o viudos con hijos legítimos, del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casados o viudos con hijos legítimos, un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que*

el total sobre pase del cuarenta y siete por ciento (47%) del sueldo básico, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a la doceava parte de la prima de navidad.

...

**Artículo 58.** *Asignación de retiro. Los Agentes que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años por disposición de la Dirección General de la Policía Nacional, por incapacidad psicofísica, por mala conducta comprobada, por haber cumplido la edad de sesenta (60) años, por conducta deficiente o por solicitud propia después de veinte (20) años, tendrá derecho a partir de la fecha en que termine los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de sueldos se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 55 de este estatuto por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los (15), sin que el total sobre pase el ochenta y cinco por ciento (85%).*

...

**Artículo 62.** *Oscilación de asignaciones de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para un Agente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de este Decreto. Los Agentes o sus beneficiarios, no podrán acojerse a las normas que regulen ajustes prestaciones en otros sectores de la Administración Pública a menos que así lo disponga expresamente la ley.* (Subrayado y negrillas de la Sala)

### 3. Reajuste pensional dispuesto por el artículo 116 la Ley 6 de 1992.

La Ley 6 de 1992 “Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones” estableció en su artículo 116 un reajuste en las pensiones del sector público nacional al señalar:

**“ARTÍCULO 116.** *Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1o de enero de 1989.*

*Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente y no producirán efecto retroactivo.* (Subrayado y negrillas fuera de texto original)

Cabe recordar que el referido artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 1995, en la que además se precisó, en cuanto a sus efectos que:

*“13- La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la*

*Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutive de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (CP art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6º de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello.*

#### **4. Análisis del caso.**

Como puede verse de la lectura de las normas mencionadas, es claro que el Decreto 609 de 1977 - régimen aplicable a la asignación de retiro del actor - señala en forma expresa que los beneficiarios de dicho régimen exceptuado tendrán derecho al ajuste de sus asignaciones de retiro de conformidad con el *principio de oscilación* establecido en el artículo 62 de dicha normativa sin que puedan *“acogerse a las normas que regulen ajustes prestaciones en otros sectores de la Administración Pública a menos que así lo disponga expresamente la ley”*.

Por su parte, el reajuste pensional ordenado en el artículo 116 la Ley 6 de 1992 estaba destinado a los pensionados del sector público nacional, sin que se determinara su aplicación a los regímenes especiales existentes para la época.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos esgrimidos por el accionante al señalar que, la no discriminación o excepción expresa de dichos regímenes especiales hace que la misma sea aplicable al caso de las asignaciones de retiro.

Ahora bien, por otra parte, el actor alega que los ajustes señalados en el artículo 116 de la Ley 6° de 1945 son superiores a los que fueron realizados por la entidad accionada a la asignación de retiro del actor hasta el año 1989, por lo cual, al ser aquellos más favorables le deben ser aplicados.

Sobre este particular cabe advertir en primera medida que, el principio de favorabilidad en materia laboral ha sido pacíficamente desarrollado para aquellos eventos en los cuales varias normas o interpretaciones normativas resultan igualmente aplicables para la resolución de un asunto concreto, debiéndose optar por aquella que otorgue mayores beneficios al empleado o pensionado; situación que no se observa en el presente caso, pues como pudo verse, de la mera lectura de las normas contrapuestas -la aplicada al actor y la que pretende que se le aplique- es claro que, la que fundamenta sus pretensiones, esto es, el artículo 116 de la Ley 6° de 1992 no resulta aplicable a su caso particular.

Ahora bien, atendiendo que en todo caso el centro de su recurso de apelación orbita sobre esta figura, es pertinente traer a colación uno de los pronunciamientos efectuados por el Consejo de Estado sobre el principio de inescindibilidad de la norma en materia laboral, pues el mismo ha sido determinado como una clara restricción en la aplicación de favorabilidades en esta materia. En efecto, dicha corporación ha señalado<sup>1</sup>:

*“El principio de favorabilidad es una de las expresiones del principio protector. [...] [S]e utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento. Igualmente, puede aplicarse este principio cuando una norma admite más de una interpretación, caso en el cual siempre habrá de escogerse aquella que es más favorable al trabajador. [...] (Se subraya)*

En tal sentido resulta evidente que, la parte actora pretende que a su reconocimiento de asignación de retiro otorgado bajo un régimen exceptuado como el de la Policía Nacional, con el cumplimiento de requisitos y derechos diferenciados más favorables, como el tiempo de servicios, el monto de la prestación entre otros, le sea superpuesto un postulado de reajuste de pensiones diferente al que fue regulado para dicho régimen especial, todo bajo la consideración de que frente a este aspecto la norma general le resulta más beneficiosa, siendo

---

<sup>1</sup> Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: William Hernández Gómez, 30 de mayo de 2019, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16) CE-SUJ-01619.

precisamente este tipo de aplicaciones parciales entre las normas de los regímenes exceptuados y el régimen general la que ha sido ampliamente proscrita por la Jurisprudencia del citado órgano de cierre, pues se itera, no es dable deprecar la aplicación de los aspectos favorables de uno y otro régimen en forma simultánea, logrando la creación de un tercer régimen aplicable.

Corolario, la Sala no encuentra razones de disenso con la sentencia recurrida, en tanto, concluyó que para el caso del señor Elías Jiménez Montoya no resulta aplicable el reajuste pensional señalado para los pensionados del sector público nacional por el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, pues para su caso, el régimen especial de la carrera de agentes de la Policía Nacional -Decreto 906 de 1977- determinó el reajuste de las asignaciones de retiro bajo otros criterios normativos, los cuales son propios de dicho régimen exceptuado.

Así las cosas, al hallar respuesta negativa al problema jurídico planteado se impone confirmar la sentencia proferida por el *a quo*.

#### **5. Costas.**

**No se condena en costas** toda vez que la demanda no careció de fundamento razonable en derecho.

En mérito de lo expuesto, **la Sala 2ª. Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

### **III. Falla**

**Primero: Se confirma** la sentencia del 29 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Elías Jiménez Montoya contra la Nación – Ministerio de Defensa - Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR.

**Segundo: Sin condena en costas.**

**Tercero. Notifíquese** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

**Cuarto.** Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

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

**Notifíquese y cúmplase**

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE CALDAS  
SALA 2ª. ORAL DE DECISIÓN

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

<b>Radicado.</b>	<b>17-001-33-33-004-2018-00567-02</b>
<b>Clase:</b>	<b>Nulidad y restablecimiento del derecho</b>
<b>Demandante:</b>	<b>Olga Lucía Cardona García</b>
<b>Demandado:</b>	<b>Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio</b>
<b>Providencia:</b>	<b>Sentencia No. 49</b>

**Asunto**

Decide la Sala 2ª. el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el 12 de marzo de 2020, 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:

*“Que se declare la NULIDAD TOTAL de RESOLUCIÓN 7110-6 DEL 15 AGOSTO DEL 2018 emitida por la secretaría de educación departamental de caldas en representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*

...

*Declarar la NULIDAD PARCIAL de la parte resolutive de la resolución 8576-6 DEL 16 DE SEPTIEMBRE DEL 2015, que reconoce pensión ordinaria de jubilación al señor (a) OLGA LUCÍA CARDONA GARCÍA emitida por secretaría de educación departamental de caldas en representación del FOMAG, donde se haga la aclaración en el numeral que ordena descuentos obligatorios por aportes de salud equivalentes al 12% y/o 12.5% no opera sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 13 y 14)*

CONDENATORIAS

CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –

*SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE CALDAS –  
(demandados) responsables de los perjuicios causados al señor (a) OLGA LUCÍA  
CARDONA GARCÍA (demandante) con ocasión de los descuentos por aportes  
de salud realizados sobre las mesadas adicionales sobre la pensión de derecho  
y la devolución de cualquier otro porcentaje de cotización a salud que se haya  
cobrado fuera de lo legal”.*

## **2. Hechos.**

La demandante es docente pensionada por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. El acto administrativo mediante el cual se reconoció tal derecho, en su parte resolutive ordenó efectuar los descuentos de salud correspondientes al 5% o el 12% o el 12.5% a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se afirmó en la demanda que el porcentaje de descuento por concepto de salud de la prestación, correspondía al 12% conforme a la Ley 812 de 2003, y luego durante la vigencia de la Ley 1122 de 2007 al 12.5%; finalmente la Ley 1250 de 2008, estableció nuevamente el 12% desde el 27 de noviembre de 2008.

Precisó que desde la fecha de reconocimiento pensional, hasta la fecha actual, se le descuenta el porcentaje del 5%, 12% o 12.5%, dependiendo de la normativa aplicable, por concepto de aportes a salud sobre las mesadas pensionales mensuales y sobre las mesadas adicionales; además que algunos docentes gozan de las mesadas 13 y 14 correspondiente a los meses de junio y diciembre; y algunos gozan únicamente de la mesada 13 por lo resuelto el en Acto Legislativo 01 de 2005.

Adujo que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduprevisora, viene pagando y descontando sobre las mesadas adicionales en los meses de junio y de noviembre, a los docentes por concepto de salud.

Señaló que elevó petición ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, solicitando el cese y devolución de aportes sobre las mesadas adicionales y que se descuenta únicamente el 12% sobre toda la mesada y no el 12.5%.

Expuso que dicha petición fue resuelta a través de la Resolución 7110-6 del 15 agosto del 2018, negando la devolución y cese de aportes de salud sobre las mesadas adicionales.

## **3. Normas violadas**

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Leyes: 91 de 1989, 100 de 1983, 812 de 2003, 797 de 2003, 1250 de 2007 y Decretos: 3752 de 2003 y 1073 de 2002.

Como concepto de violación con apoyo en las normas vulneradas y pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y del Tribunal del Quindío, precisó que es indebido el cobro de las mesadas adicionales a los docentes pensionados y por tanto, se les debe aplicar las normas que se consideran vulneradas.

#### **4. Contestación de la demanda.**

La parte demandada no contestó la demanda.

#### **5. Sentencia de Primera Instancia**

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 12 de marzo de 2020, resolvió lo siguiente:

***“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda...”*** y condenó en costas a la parte demandante.

Concluyó que si bien el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989 estableció que a los pensionados para efectos de los servicios de salud les correspondía un aporte del 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, dicho monto varió con la entrada en vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, así como la autorización del descuento sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre. Indica que en el inciso cuarto de esta última disposición normativa, se consagró que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al FNPSM, corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Y en efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, en cuanto al monto y distribución de las cotizaciones, previó que la cotización al Régimen Contributivo de Salud, sería del 12% del ingreso o salario base de cotización. Frente a las mesadas adicionales de junio y diciembre, la referida Ley 100 de 1993 no contempló la realización de descuentos, los cuales fueron expresamente prohibidos por las leyes 42 de 1982 y 43 de 1984 y el Decreto 1073 de 2002. Sin embargo, entiende el *a quo* que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización en salud, los pensionados afiliados al FNPSM se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, pues en los demás aspectos se gobiernan por un régimen prestacional especial, tal y como lo dispone el artículo 279 ibídem y el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, que estableció que el régimen pensional

de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

## **6. Recurso de Apelación**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante precisó que los fundamentos jurídicos allí citados, entran en conflicto con la Ley 91 de 1989, especialmente en lo relacionado con los descuentos de salud que se efectúan al personal docente sobre sus mesadas pensionales adicionales, pues en virtud de la citada ley no puede aplicarse el régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993, si la misma norma contempla la excepción en el artículo 15, aplicable a la parte actora, por ser docente vinculada hasta el 31 de diciembre de 1989, por lo que mantendría un régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial conforme a las normas vigentes.

Con base en la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 número 001/16, en la cual se hace la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 en relación con la prima de servicios de los docentes, la parte actora colige que ésta debe aplicarse de manera analógica para resolver el caso sobre descuentos de aportes de salud sobre las mesadas adicionales, toda vez que no se pueden desconocer los derechos adquiridos de los docentes que por disposición legal de las entidades territoriales les habían reconocido prestaciones adicionales.

Una vez analizado el contenido de los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, explicó que el único decreto que hace referencia al asunto en cuestión es el 3135 del 1968, respecto al descuento en salud (5%) que se haría mensualmente, es decir nunca contempló un aporte sobre mesadas adicionales, así mismo, este descuento tampoco fue previsto en el Decreto 1848 de 1969, en cumplimiento del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Relacionó las normas anteriores y posteriores a la Ley 91 de 1989, para señalar que en ellas no se contempló el descuento de los aportes de salud sobre las mesadas adicionales y precisó que no se puede declarar fundados los medios exceptivos propuestos por la accionada, toda vez que en atención al principio de inescindibilidad de la norma, la mencionada ley debe entenderse derogada tácitamente desde el 27 de junio de 2003, fecha de vigencia de la Ley 812 de 2003, que refiere a los porcentajes de cotización en salud del 12% para el personal docente, que no opera sobre la mesadas adicionales.

Concluyó respecto de la decisión proferida por el *a quo*, que no hizo un análisis pormenorizado del régimen exceptuado contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, teniendo presente las posturas de la Corte Constitucional, en cuanto al régimen de los docentes.

En consecuencia, solicitó revocar la decisión de primera instancia.

## **7. Alegatos de conclusión segunda instancia.**

**7.1.** La parte demandante no intervinieron en esta etapa procesal.

**7.2.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó alegatos de conclusión señalando que la cotización para salud en el régimen de los docentes afiliados al Fondo, es el mismo porcentaje del régimen general. Solicitó negar las pretensiones de la parte demandante.

**7.3.** Departamento de Caldas. Aduce que al presente asunto le son aplicables la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003. En todo caso, solicita su desvinculación teniendo en cuenta que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas cumple funciones procedimentales en cuanto al trámite y el reconocimiento de las prestaciones económicas; considerando además que a quien le compete el pago de las prestaciones sociales de los docentes es a la entidad fiduciaria correspondiente.

## **II. Consideraciones de la Sala**

### **1. Problema jurídico.**

Con el fin de resolver el fondo de la controversia y 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:

*¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reembolsen los valores descontados por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, de las mesadas adicionales de junio y diciembre?*

### **2. Lo probado en el proceso.**

Del material probatorio que reposa en el expediente, se destaca lo siguiente:

Mediante la Resolución 8576-6 del 16 de septiembre de 2015, el Fondo de Prestaciones

Sociales del Magisterio reconoció la pensión de jubilación a la señora Olga Lucía Cardona García a partir del 30 de marzo de 2015, ordenando descontar de cada mesada pensional el 12% o 12.5% según la norma que regía.

A través de la solicitud con radicación 2018PQR10750 del 09 de julio de 2018, elevada ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la parte demandante solicitó la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada trece y catorce) correspondiente al 12% del valor de la pensión y lo que excediere a dicho porcentaje por aplicación indebida de la norma.

Por medio de la Resolución 7110-6 del 15 de agosto de 2018, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el cese y devolución de los aportes a salud sobre las mesadas adicionales pagadas a la parte demandante.

Igualmente, obra en el expediente, la certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. en donde se observan los extractos de pagos desde el 30 de marzo de 2015 hasta el 30 de junio de 2018, en la que consta las mesadas percibidas y los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas ordinarias y adicionales.

Una vez observadas las pruebas aportadas en el presente asunto, procede esta Sala a resolver el problema jurídico formulado.

### **3. Régimen de seguridad social en salud.**

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. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados y el artículo 49 ibídem, alude a la atención en salud y el saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado, que se debe garantizar a todas las personas conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

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.

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.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligación sin excepción, de aportar a 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.

#### **4. Aplicación del régimen en salud - afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.**

La Ley 4 de 1966<sup>1</sup>, determinó para los afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968<sup>2</sup>, en cuyo artículo 37, se dispone:

*"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".*

Posteriormente la Ley 91 de 1989<sup>3</sup>, 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."

El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente, dependiendo 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:*

---

<sup>1</sup> <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/Mantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

<sup>2</sup> "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"

<sup>3</sup> [https://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-85852\\_archivo\\_pdf.pdf](https://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf)

(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. /Negrilla de la Sala/**

*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.”*

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>4</sup>, estableció que 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 del régimen prestacional 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.

Adicionalmente, en los incisos tercero y cuarto de dicha normativa se precisó que, los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, serán 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.

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.”*

En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

---

<sup>4</sup> [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0812\\_2003.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1)

*“(...) 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)*

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%).” /Negrilla de la Sala/*

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008, artículo 1°, se adicionó el artículo 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.

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.

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 vigencia 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 establecieron las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consonancia con lo anterior, 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 en el Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligación de cotizar al Sistema General de Salud por parte de los pensionados, tanto en los 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 las 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”*

Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018<sup>5</sup>, 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 lo cual contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene a cargo las prestaciones*

---

<sup>5</sup> 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)

sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) **garantizar 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, 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%
Ley 812 de 2003, 6, 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.**

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

(...)

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 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-*

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, aunque son beneficiarios de un régimen especial, no están exonerados de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud en el porcentaje establecido en la Ley 812 de 2003.

#### **5. Descuento de salud sobre las mesadas adicionales.**

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que hace parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°; 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 la virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto a la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017, denegó la solicitud sobre la devolución de 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.”*

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.

## **6. Solución al problema jurídico.**

Los argumentos esbozados por la parte demandante se contraen a indicar que a ésta le aplica la preceptiva contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que señala que quienes figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, conforme a las normas vigentes, y por ende se debe dar aplicación a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978; sin embargo, dichas preceptivas no previeron los descuentos de las mesadas adicionales, ni tampoco un descuento por concepto de salud sobre la mesada ordinaria, del 5%.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora es beneficiaria de los mencionados decretos en virtud del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, toda vez que en materia pensional, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 se rigen por la Ley 33 de 1985.

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.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

## **7. Costas y agencias en derecho**

Conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A., no se condenará en costas al apelante toda vez que la demanda no careció de fundamento jurídico razonable.

### **Consideración final.**

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, la **Sala 2a. Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,**

### **III. Falla**

**Primero: Se confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el 12 de marzo de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora Olga Lucía Cardona García contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**Segundo: Sin costas.**

**Tercero: Reconocer personería** a los abogados LUIS ALFREDO SNABRIA RÍOS con T.P. 250.292 CSJ y LEIDY JOHANA BARRIENTOS PEÑUELA con T.P. 325.804 C.S.J para actuar como apoderado principal y suplente, en su orden, de la Nación Ministerio de Educación, según poder general y memorial de sustitución obrantes en los documentos 06 a 011 del expediente digital de segunda instancia.

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

**Notifíquese**

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

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

<b>Radicado.</b>	<b>17-001-33-33-006-2018-00604-02</b>
<b>Clase:</b>	<b>Nulidad y restablecimiento del derecho</b>
<b>Demandante:</b>	<b>Martha Dolly Ramírez Buitrago</b>
<b>Demandado:</b>	<b>Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio</b>
<b>Providencia:</b>	<b>Sentencia No. 50</b>

**Asunto**

Decide la Sala el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 31 de agosto de 2020, 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:

- Se declare la nulidad de la Resolución No. 8860-6 del 16 de noviembre de 2017.
- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.
- Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

- Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.
- Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.
- Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.
- A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

## **2. Hechos.**

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- El 23 de octubre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.
- A través de la Resolución No. 8860-6 del 16 de noviembre de 2017, se negó la petición realizada por el demandante.

## **3. Normas violadas**

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2001, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 137.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

#### **4. Contestación de la demanda.**

##### **4.2. Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

No contestó la demanda.

#### **5. Sentencia de Primera Instancia**

*El a quo* negó las pretensiones de la parte demandante.

Para ello analizó el régimen normativo aplicable a los descuentos para salud de las mesadas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio concluyendo que, la remisión a las normas de la Ley 100 de 1993 se contrae al valor de la

tasa de cotización que los docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud. Que de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización al régimen contributivo de salud es del 12% del ingreso o salario base de cotización.

Adujo que, sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización en salud, los pensionados afiliados al FNPSM se gobiernan por lo consagrado en la Ley 100 de 1993, más su régimen prestacional continúa siendo exceptuado y especial conforme a las normas anteriores a la Ley 812 de 2003. Por lo tanto, en aplicación del régimen especial, el descuento también opera frente a las mesadas adicionales de junio y diciembre, en tanto este aspecto no se entiende derogado por el régimen general, el cual, repite, sólo se aplica en torno al porcentaje que se descuenta para los referidos aportes.

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que éste está dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango constitucional. Con apoyo en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994 expuso que, con el reajuste de la pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no se vulneran los postulados del Estado Social de Derecho ni el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

## **6. Recurso de Apelación**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante apeló la sentencia al considerar que, el objeto de la demanda era obtener el incremento de la mesada pensional conforme al salario mínimo dentro del régimen exceptuado y determinar la fórmula de incremento más favorable conforme a la posibilidad otorgada por el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. A su juicio, la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados, se condicionó a que ello implicara un beneficio para el pensionado, situación que no ocurre con las pensiones reconocidas conforme a la Ley 33 de 1985, a las cuales les resulta más beneficioso la aplicación del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 en tanto contempla un incremento de acuerdo con el aumento anual del salario mínimo legal mensual vigente; y no de acuerdo al IPC como se prevé en la Ley 100 de 1993.

Respecto de los aportes en salud, citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales, en el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM, el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluidas las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de

junio de 2003 que se encuentran pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales. Considera que aplicar el 12% de descuento para el sistema de salud sobre las mesadas adicionales, desconoce el principio de indivisibilidad en la aplicación de los regímenes pensionales; es decir, que el tomar elementos de uno y otro régimen – de la Ley 812 de 2003 y de la Ley 91 de 1989 – para resolver un mismo aspecto – descuentos en salud respecto de la pensión de afiliados al FNPSM – implica la creación de un tercer régimen.

## **7. Alegatos de conclusión segunda instancia.**

**7.1.** La parte demandante guardó silencio.

**7.2.** Nación – Ministerio de Educación – FNPSM. Indicó que lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 es aplicable a todos los regímenes de pensionados sin importar que se encuentren excluidos del SGSSS por el artículo 279 ibidem. Así mismo, señaló que la Ley 812 de 2003 únicamente alteró respecto del personal docente, lo correspondiente al porcentaje destinado a aportes de salud, más no modificó su régimen pensional – Ley 91 de 1989 – que en relación a los aportes dispone que se descontarán de las mesadas adicionales.

## **II. Consideraciones de la Sala**

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte demandante al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

## 1. Ajuste periódico de las pensiones.

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

**“ARTICULO 53.** *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

*El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” /Destaca el Tribunal/.*

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976<sup>1</sup> disponía:

*“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:*

*Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: 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”.*

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

**“ARTICULO 1o.** *Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con*

---

<sup>1</sup> “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

**PARAGRAFO.** *Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.*

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

*“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”.*

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

**“Artículo 14.** *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 incrementa dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.*

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994<sup>2</sup>, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

*“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.*

*(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más*

---

<sup>2</sup> MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

*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” /Destacado del Tribunal/.*

Por su parte, el Consejo de Estado<sup>3</sup> se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en 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 fórmula (sic) 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 (...)*

*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” /Subrayas fuera del texto/.*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017<sup>4</sup> esbozando:

*“ (...) 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*

*(...) 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 de las 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” /Resaltados del Tribunal/.*

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma<sup>5</sup>, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

*“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*

<sup>4</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>5</sup> *“(…) 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. (...)”* /Subrayado de la Sala/.

*pensionados de los sectores aquí contemplados". /Resaltado de la Sala/*

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base

en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora Martha Dolly Ramírez Buitrago supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. Anexo 3. Archivo 06 de la Carpeta Digital/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

## **2. Descuentos con destino al sistema de salud.**

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional<sup>6</sup> expresó:

*“(…) 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 las sentencias 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,*

---

<sup>6</sup> Sentencia T-835 de 2014.

*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. (...) /Resalta el Tribunal/”.*

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

*"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".*

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente.

En el artículo 81 esta norma prescribe:

**“ARTÍCULO 81.** *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

*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.*

*Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán*

*prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.*

**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”*  
*/Subraya el Tribunal/.*

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

*“(…) 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/.*

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘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’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el

monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado<sup>7</sup>, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

*“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, 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 Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 8, artículo 81</i>	<i>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.</i>

*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 (...)* /Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre

<sup>7</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

otros recursos, por ‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado<sup>9</sup> al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

*“(…) 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.” /Subraya el Tribunal/.*

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en

---

<sup>9</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

### **3. Costas.**

No se condenará en costas al apelante toda vez que la demanda no careció de fundamento jurídico razonable.

### **4. Consideración final.**

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

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 confirma** la sentencia proferida proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 31 de agosto de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Martha Dolly Ramírez Buitrago contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**Segundo: Sin costas.**

**Tercero: Se reconoce personería** para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, a la abogada Pamela Acuña Pérez, con Tarjeta Profesional No. 205.820, de conformidad y en los términos del poder visible en el archivo 035 del expediente digital.

**Cuarto: 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.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
Sala 2ª. Oral de Decisión  
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

<b>Radicación</b>	<b>17001-33-33-001-2019-00035-02</b>
<b>Clase</b>	<b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>
<b>Accionante</b>	<b>Wilson Daza Parra</b>
<b>Accionado</b>	<b>Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional</b>
<b>Providencia</b>	<b>Sentencia No. 51</b>

La Sala 2ª Oral de Decisión desata el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 19 de noviembre de 2019, mediante la cual se **negaron** las pretensiones de la parte demandante en relación con la reliquidación de su asignación de retiro.

**I. Antecedentes**

**1. Pretensiones.**

La parte demandante depreca lo siguiente:

*1. Se INAPLIQUEN POR INCONSTITUCIONALES E INCONVENCIONALES LAS SIGUIENTES NORMAS:*

- a. El párrafo del artículo 15 del Decreto 1091 de 1995.*
- b. El párrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995.*
- c. El párrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004.*
- d. El párrafo del artículo 3 del Decreto 1858 del 2012.*

*2. Se declare la nulidad de la Resolución u oficio No. E-00003-201814566-CASUR Id: 344454 del 25 de julio del año 2018, mediante la cual se negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro de mi poderdante*

*3. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL a reconocer y a pagar a mi poderdante la reliquidación de su asignación de retiro donde se incluya como partida computable para liquidar la prestación social EL SUBSIDIO*

*FAMILIAR en un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde a su esposa la señora GLORIA CECILIA CASTAÑEDA LASSO, a su vez, un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde a su primer hijo ANDRES FELIPE DAZA CASTAÑEDA, y por ultimo un 4% del salario básico, porcentaje que corresponde a su segundo hijo JUAN DAVID DAZA CASTAÑEDA, junto con sus intereses e indexación desde el 05 de noviembre del año 2013, fecha en la cual se retiró de la institución policial.*

*4. Que la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL deberá pagar a mi poderdante los dineros correspondientes a prestaciones, subsidios, aumentos anuales, o cualquier otro derecho causado más la indexación que en derecho corresponda incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.*

*[...]"*

## **2. Hechos**

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

*"El señor WILSON DAZA PARRA, luego de superar el respectivo curso de formación, Ingresó a las filas de la Policía Nacional en el año de 1992 en la categoría de "Agente". Posteriormente, en el año 1996 fue homologado al nivel ejecutivo y en consecuencia inició su vida laboral bajo el régimen denominado "Nivel Ejecutivo".*

*2. Como efectivamente el señor WILSON DAZA PARRA ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, inició la aplicación del decreto 1091 del año 1995, norma que en su momento edificó (sic) la estructura prestacional de los miembros de la referida categoría. Esta disposición emitida por el gobierno nacional, en su artículo 15 y 49 dispuso que el subsidio familiar percibido por los uniformados, no constituye factor para liquidar prestaciones sociales.*

*3. Por lo anterior, mediante derecho de petición, mi poderdante solicitó a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL se le reconociera, como partida computable dentro de la asignación de retiro, el subsidio familiar, considerando que dichas normas carecen de soporte constitucional.*

*4. Mediante acto administrativo No. E-00003-201814566-CASUR Id: 344454 del 25 de julio del año 2018, la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL negó la Inclusión del subsidio familiar como partida computable, fundamentando su decisión en el numeral 23.2 del artículo 23 del decreto 4433 de 2004 y su párrafo, toda vez que, anunciando que dichos instrumentos normativos no mencionan el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro.*

*5. Actualmente el señor WILSON DAZA PARRA devenga asignación de retiro por parte de la CAJA DE SUELDOS DE LA POLICÍA NACIONAL en un porcentaje del 79% de lo que corresponde a un Intendente de la Policía Nacional, y dentro de la liquidación de su prestación económica no se incluye el subsidio familiar como factor de liquidación, esto de acuerdo a la resolución emitida por la entidad accionada No. 220 del 28 de enero del año 2014."*

### **3. Normas violadas y concepto de la violación**

Se indica que el subsidio familiar es reconocido a una determinada población del sector laboral, bajo unas condiciones especiales. Adicionalmente si bien es cierto, la pluricitada prima se debe pagar junto con los demás emolumentos que componen el salario del trabajador, ello no quiere decir que el beneficiario directo del subsidio sea el empleado.

Para clarificar lo anterior, trae a colación la sentencia T-623 de 2016 de la Corte Constitucional que aclara que el subsidio familiar, además de constituir un apoyo económico para los trabajadores de medianos y menores ingresos, también es una prebenda legal donde el titular es el núcleo familiar es decir que, el reflejo económico se vislumbra en el salario del trabajador pero su último destinatario será la familia de dicho empleado, por lo cual, sin lugar al equívoco, es necesario afirmar que el soporte en dinero que se brinda por concepto de subsidio familiar tiene un receptor por excelencia: la familia.

Que posterior a la expedición de los Decretos 1212 y 1213 del 08 de junio de 1990, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional consideraron necesario reformar la estructura interna de la Policía Nacional, por lo cual se manifestó la posibilidad de implementar una nueva categoría institucional. De acuerdo a ello, se expidió la Ley 62 de 1993, mediante la cual otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para que modificara las normas de la Policía Nacional con base en estas normas en la actualidad todos los miembros del nivel ejecutivo, sin distinción de cargo, grado o función, perciben la suma de (\$31.319) por persona a cargo.

Desde una lectura de la Constitución, se vislumbra la clara intención de proteger al menor de edad en todos sus ámbitos, por las múltiples características que los cobijan. No se puede perder de vista que, si bien es cierto, la familia es el núcleo esencial del Estado, a su vez, el menor de edad es el eje focal de la familia, por ende, sin niños y adolescentes, la figura más importante de la Nación se desdibuja por completo, quedando a merced de un futuro sin nuevas generaciones.

Finalmente indica que, la demandada transgredió el principio de progresividad y prohibición de retroceso en materia salarial y prestacional contenido en el artículo 48 de la Constitución.

### **4. Contestación de la demanda.**

Casur se opuso a las pretensiones del demandante; aceptó como ciertos los hechos de la demanda pero precisó que, el subsidio familiar reconocido al demandante, se efectuó conforme a las leyes vigentes que regulan el régimen de carrera que éste ostenta.

Señaló que el actor se vinculó a la Policía Nacional como estudiante, luego como patrullero, más adelante como subintendente y posteriormente intendente, grado con el cual le fue reconocida la asignación de retiro con aplicación del Decreto 1091 de 1995, norma que establece las partidas computables tratándose de personal de nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Estima improcedente tomar las partidas de que trata el Decreto 1212 de 1990 o las que se liquidan en favor de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, pues así se estipula en el parágrafo 1 del artículo 49 de la ley 1091 de 1995.

Propuso la excepción de “inexistencia del derecho”, incorrecta interpretación del principio de oscilación”, “indebida escogencia de la acción”, “falta de fundamento jurídico de las pretensiones”, y “falta de integración del litisconsorte necesario”. (fls. 73-88, C. 1)

#### **5. La sentencia apelada.**

El 19 de noviembre de 2019 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante al considerar que señaló que al actor no le asiste derecho a la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar, puesto que a éste se aplica el Decreto 1091 de 1995 que fija el régimen prestacional y de asignaciones del nivel ejecutivo, el cual no incluye dicho subsidio como partida computable para efectos de esa liquidación. Estimó igualmente aplicable el Decreto 4433 de 2004, artículo 23, en relación con las partidas computables en la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de dicha institución; norma que no incluye el subsidio familiar como factor a tener en cuenta para la determinación de la prestación vitalicia. Señala que la entidad demandada reconoció la asignación de retiro conforme a derecho y por lo tanto no hay lugar a ordenar su reliquidación con la inclusión de la partida deprecada en la demanda, decisión que no afecta el derecho a la igualdad del actor ni resulta regresiva para él comoquiera que el régimen del nivel ejecutivo es incluso más favorable que el régimen aplicable a oficiales y suboficiales. (fls. 116-123, C. 1)

#### **6. Recurso de apelación**

El demandante recurrió la decisión indicando lo siguiente:

- Tal y como se edificó el libelo inicial, así como en la fijación del litigio, se considera vulnerado el derecho a la igualdad de la familia del demandante. Que teniendo en cuenta lo anterior, en los eventos donde se considere presuntamente trasgredido el artículo 13 constitucional, surge la necesidad judicial de aplicar lo que la Corte Constitucional ha

denominado “*Juicio Integrado de Igualdad*”.

Que la sentencia de primera instancia no hace referencia a dicha figura, situación extraña ya que, en los alegatos de conclusión se realizó tal aseveración. Lo cual trae consigo una falta de interpretación judicial, ya que, se repite, es necesario aplicar en el caso bajo examen el juicio constitucional.

Que los sujetos a comparar son, por una parte, los hijos, hijas, esposa, esposo, compañeras permanentes y compañeros permanentes de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, por otro lado, los hijos, hijas, esposa, esposo, compañeras permanentes y compañeros permanentes de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional. Nótese que nos encontramos frente a dos grupos de idéntica naturaleza, toda vez que, los dos poseen su eje constitucional en el artículo 42 de la Constitución Política, así mismo, los hijos e hijas poseen idénticas prebendas de acuerdo con el Código de la Infancia y la adolescencia, así como por el artículo 44 de la Constitución.

El bien, beneficio o ventaja respecto del cual se da el tratamiento desigual: el beneficio o ventaja que reciben las familias de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional con respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo, corresponde a un mayor porcentaje de reconocimiento a título de subsidio familiar, ya que los primeros perciben hasta un 47% del sueldo básico del uniformado, y a las familias de los miembros del Nivel Ejecutivo no se reconoce ningún porcentaje por la esposa, esposo, compañera o compañero permanente, y por los hijos, se reconoce un valor inferior por cada uno de ellos. Por lo anterior, estamos frente a un plano jurídico, más exactamente normativo, donde se reconoce una ventaja adicional entre grupos iguales.

- Que el primer argumento utilizado por el *a quo* fue la imposibilidad de mixturar dos regímenes, extrayendo lo más favorable de cada uno, para así crear un tercer régimen, situación que trasgrede el principio de inescindibilidad de la norma laboral. Al respecto el recurrente afirma que difiere de dicho argumento por cuanto: desde una óptica constitucional, de conformidad con la teoría universal de los derechos fundamentales suscrita por el maestro Robert Alexy, la diferencia diametral entre un principio y una regla recae en su estructura normativa, en su eje esencial y en su estructura general o particular.

Que para estos efectos, la inescindibilidad no se encuentra plasmada en los 380 artículos de la Constitución, pero si está consagrada en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo. Que la fuente de la inescindibilidad es de carácter legal, y teniendo en cuenta que estamos frente a una consecuencia jurídica directa y específica, bajo la estructura normativa trasliterada, no cabe la menor duda que se trata de una regla.

Que partiendo de lo anterior, se debe tener en cuenta la existencia de un serio conflicto entre una regla legal como lo es la inescindibilidad y los derechos constitucionales como lo son la igualdad, familia e interés del menor, aclarando que estos derechos poseen una doble dimensión, principio y derecho fundamental, ya que de su estructura normativa se extrae la generalidad y ámbito amplificador.

Que teniendo en cuenta la sentencia emitida por el *a quo*, se manifiesta que si bien es cierto la fuente de la inescindibilidad es legal, por vía jurisprudencial se elevó esta figura jurídica a la categoría de principio; manifiesta estar en desacuerdo ya que, la función de la Corte Constitucional, entre otras, es la de interpretar los principios, valores y derechos fundamentales, más no la de erigir preceptos legales a un rango constitucional, más cuando la diferencia entre regla y principio es clara y no depende de interpretación de la norma sino de la estructura de la misma.

Que en el evento que se considere la inescindibilidad como principio, no cabe duda que entonces estaríamos frente a lo que Robert Alexy denomina un caso difícil, toda vez que, existe un choque entre principios constitucionales, para lo cual es necesario aplicar reglas de ponderación, en otras palabras, con claridad el eje problemático sería lo siguiente: *¿Qué pesa más, el principio de inescindibilidad o los principios y derechos fundamentales a la igualdad, menor y familia?*

- Que no es de recibo la aseveración lanzada por el *a quo* cuando anuncia que el régimen salarial del demandante es mejor que el de los demás miembros de la Policía Nacional, por simple deducción piramidal de la institución es dable manifestar que los oficiales perciben un mejor salario que los miembros del nivel ejecutivo. Sin embargo, tal y como se adujo en la demanda, es entendible que los oficiales perciban un mejor salario en razón a su carga, funciones y lineamiento institucional, sin embargo, con respecto del subsidio familiar, teniendo en cuenta su finalidad y titularidad, de conformidad con las sentencias T-942 de 2014 y T-623 de 2016, no es constitucionalmente valido manifestar que los oficiales deban percibir un mejor subsidio familiar, más cuando las familias (titulares de la prebenda) son los directamente afectados, en caso contrario, se estaría afirmando que el núcleo familiar del oficial merece una mejor y mayor protección por parte del Estado que las familias de los miembros del Nivel Ejecutivo.

Que el subsidio familiar es un reconocimiento que no tiene que ver con la categoría, funciones, ingreso, jerarquía o elementos de los uniformados, su función exclusiva es la protección de la familia, por lo cual son indiferentes todos estos elementos enunciados por el despacho, resaltando el hecho que el núcleo familiar del trabajador es el titular de la prebenda.

- Que el *a quo* manifiesta que el ingreso al nivel ejecutivo por parte del demandante fue voluntario y teniendo en cuenta ello, quedó sometido a todo el régimen salarial y prestacional que gobierna dicha categoría, por lo cual no puede venir a reclamar derechos que él conocía desde su inicio laboral. Al respecto el recurrente considera que, desde una óptica legal sería válido, sin embargo, es constitucionalmente reprochable tal aseveración, por el simple hecho que los derechos fundamentales son irrenunciables, inherentes al ser humano e intransferibles, por lo que, así el demandante conociera el sistema laboral que lo iba a gobernar, no es admisible afirmar que él debía renunciar a sus derechos fundamentales para pertenecer a la categoría del nivel ejecutivo, es relevante e imperioso entender el conflicto constitucional del presente asunto.
- Que el *a quo* consideró negar las pretensiones en protección de la sostenibilidad fiscal del sistema laboral y en consideración a que el Consejo de Estado, mediante sentencia de Unificación del 29 de abril del año 2019, al verificar el sistema prestacional de los soldados profesionales manifestó que, en protección del principio de sostenibilidad fiscal, solo serán partidas computables para la asignación de retiro las que estén expresamente contempladas en el decreto reglamentario. Al respecto el recurrente considera que dicho argumento lesiona fuertemente el sistema social de derecho toda vez que, si bien es cierto protege los intereses estatales en razón a la sostenibilidad fiscal del sistema, permite que el “supuesto principio” desplace la protección de derechos de carácter fundamental como lo son la igualdad, la familia y la protección del menor y adolescente. La sostenibilidad fiscal no es un principio, se trata de un eje orientador que permite cumplir los fines del estado, más no es un valor, principio o derecho constitucional, por lo cual no es posible su materialización por sí mismo, requiere de complementos que permitan adecuarse a las necesidades de la administración.
- Que existen sentencias del Consejo de Estado donde se analizó un tema similar al caso que nos ocupa, sin embargo, la esencia de esa línea jurisprudencial no es aplicable al caso bajo examen por cuanto: En esos casos se verificó la existencia de un presunto desmejoramiento del personal que, siendo suboficial o agente de la Policía Nacional, se homologó al nivel ejecutivo, es decir, se observó si hubo trasgresión del principio de progresividad de conformidad con la homologación. - Bajo ninguna esfera de la demanda se manifestó que existió un desmejoramiento salarial, por el contrario, los argumentos centrales del libelo poseen su fuente en la trasgresión del principio y derecho constitucional a la igualdad de la familia de mi poderdante.
- Que el fallador en primera instancia manifiesta que el subsidio familiar del nivel ejecutivo no es factor computable en la asignación de retiro del demandante; por lo que es necesario realizar un profundo análisis de la jurisprudencia que rodea la materia. Al respecto trajo a colación varios pronunciamientos de la Corte Constitucional (C-337 de 2011, C-629 de

2011, T-942 de 2014, T- 623 de 2016) y del Consejo de Estado, (Exp: 0686-10 del 08 de junio de 2017; Exp: 3337-14 del 19 de abril de 2018; Exp: 1936-16 del 10 de mayo de 2018), sobre el tema objeto de examen, para concluir que, los oficiales, tanto de las fuerzas militares, como de la policía nacional, perciben una remuneración mayor a los miembros del nivel ejecutivo, y así mismo, se les reconoce un porcentaje mucho más alto por concepto de subsidio familiar, y también se les incluye en la liquidación de sus asignaciones y pensiones, es decir, también existe una incongruencia en la aplicación del subsidio familiar en este aspecto, situación que termina de consolidar el hecho de la desigualdad que se presenta en el reconocimiento de esta especial prima. Por tanto se evidencia que no hay lugar a que se declare la excepción de inexistencia del derecho, expuesta por el a quo.

- En cuanto a la condena en costas señaló que, dentro del proceso la entidad accionada no probó su causación, por ende, no era aplicable la imposición de las mismas.

## **7. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

### **7.1. Parte demandante.**

No intervino en esta etapa procesal.

### **7.2. Parte demandada.**

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. (fls. 8 – 13, C. 1)

### **7.3. Concepto del Ministerio Público.**

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

## **II. Consideraciones de la Sala**

Al analizar la sentencia de instancia y los argumentos pertinentes de apelación se tiene que, los problemas jurídicos se centran en dilucidar:

*¿Le asiste derecho al demandante a que se reliquide su asignación de retiro incluyendo el subsidio familiar en un porcentaje del 30% del salario básico por su esposa, 5% por su primer hijo y 4% por el segundo hijo?*

*¿Procedía la condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

## 1. Fundamento jurídico

### 1.1. Régimen de asignaciones y prestaciones del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 132 del 13 de enero de 1995, por el cual se desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, así:

*“Artículo 13. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:*

*(...)*

*Parágrafo 1°. Los agentes en servicio activo que no sean bachilleres, tendrán plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, para acreditar este requisito, o en su defecto, deberán adelantar y aprobar un curso de nivelación académica de acuerdo con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.*

*Parágrafo 2°. Los agentes que al momento de ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, hayan cumplido ocho (8) o más años de servicio activo como tales, ingresarán al grado de Subintendente, sin perjuicio de los requisitos exigidos en los numerales 1°, 2°, y 3° de este artículo.*

*Artículo 15. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.*

*Artículo 82. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional.”*

Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 de 1995, *por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*, contemplando como partidas computables para efectos del cálculo de la asignación de retiro: el sueldo básico; la prima de retorno a la experiencia; el subsidio de alimentación; la duodécima parte de la prima de navidad; la duodécima parte de la prima de servicio; la duodécima parte de la prima de vacaciones y la bonificación por compensación<sup>1</sup>. Así mismo estableció expresamente que ninguna de las primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 podrán ser computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales, a excepción de las específicamente señaladas en la norma.

Por otro lado, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1791 de 2000 *“Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”* dispuso en los artículos 9 y 10, que los suboficiales y agentes de la Policía Nacional podían ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo y

<sup>1</sup> La Sala no pasa por alto que esta Corporación, a través de la sentencia de 14 de febrero de 2007. Rad. 1240-2004, declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, en lo que se refería al tiempo exigido a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional para efectos del reconocimiento de una asignación de retiro. Así se expresó en la referida providencia: “El Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo.”.

que, en todo caso, el referido personal estaría sometido al régimen salarial y prestacional establecido para el citado nivel.

A su vez, en el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el Gobierno Nacional fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Allí señaló que el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que haya ingresado al escalafón del referido nivel a partir de la vigencia del referido decreto, tendría derecho al reconocimiento de una asignación de retiro<sup>2</sup> después de 20 años de servicio, cuando la desvinculación se produzca por *“llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno”* o con 25 años de servicio siempre que el retiro se verifique por solicitud propia o en forma absoluta<sup>3</sup>.

En relación con el cálculo del monto de la asignación de retiro, el artículo 23.2 del Decreto 4433 de 2004 estableció que debían tenerse en cuenta, como partidas computables: ***“i) el sueldo básico; ii) la prima de retorno a la experiencia; iii) el subsidio de alimentación; iv) la duodécima parte de la prima de servicio; v) la duodécima parte de la prima de vacaciones y vi) la duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro”***. Y en el párrafo dispuso: *“En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales”*.

Ahora bien, es cierto que los artículos 7 de la Ley 180 de 1995, 82 del Decreto 132 de 1995 y, a su turno, la Ley 923 de 2004 establecieron, cada una en su ámbito, una protección a favor del personal de suboficiales y agentes de la Policía Nacional que decidieron voluntariamente ingresar, a través de homologación, al Nivel Ejecutivo de dicha institución; que las referidas normas prohibieron la discriminación y/o desmejora de las condiciones que venían disfrutando los referidos suboficiales y agentes antes de hacer parte del Nivel Ejecutivo, esto con el fin de evitar la afectación o variación de sus condiciones laborales; y que, incluso, a través de la sentencia de 12 de abril de 2012, proferida por el Consejo de

<sup>2</sup> “ARTICULO 25. Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así:

25.1 El setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio.

25.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%). 25.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.”.

<sup>3</sup> Debe precisarse, que esta Corporación a través de la sentencia de 12 de abril de 2012. Rad. 1074-2077, declaró la nulidad del párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, al considerar que dicha norma ***“(…) Excedió lo dispuesto por la Ley marco e invadió competencias legislativas, pues modificó lo referente al tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo que a la fecha de entrada en vigencia de la norma se encontraba en servicio activo*** al no establecer un régimen de transición que respetara sus expectativas legítimas.

En efecto, estableció como tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro por solicitud propia en 25 años, tiempo que excede al contemplado en el régimen anterior para suboficiales en 5 años.”.

Estado, se declaró la nulidad del párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 en cuanto incrementaba los requisitos, referido concretamente al tiempo de servicio, para que el personal del Nivel Ejecutivo que venía vinculado a la Policía Nacional, con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida norma, obtuviera el reconocimiento de una asignación de retiro.<sup>4</sup>

## **1.2. Derecho a la igualdad entre miembros del nivel ejecutivo y oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional**

El Consejo de Estado, en sentencia del 30 de octubre de 2020<sup>5</sup>, abordó el estudio de las partidas computables para asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional frente a aquellas previstas para esos mismos frente al personal de oficiales y suboficiales de dicha institución, en aras de establecer si las diferencias existentes entre uno y otro, implican un desmejoramiento o regresión en los derechos laborales de aquellos.

Al respecto, la Alta Corporación consideró lo siguiente:

*[...] el hecho de que el régimen prestacional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no reproduzca con exactitud el previsto, en otrora, para el personal de suboficiales de esa institución no supone per se una discriminación o desmejora en materia prestacional para los miembros del referido Nivel. Por el contrario, esta Sección ha precisado que un análisis y/o visión en conjunto de ambos regímenes permite advertir que las prestaciones previstas para un miembro del Nivel Ejecutivo, en el Decreto 1091 de 1995, superan en monto a las contempladas para el personal de suboficiales de la Policía Nacional.*

*[...]*

*Con relación al subsidio familiar, el Decreto 1091 de 1995 en los artículos 15 y siguientes continúa reconocido dicha prestación a favor del servidor por las personas que pueda tener a cargo como, los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros, hermanos huérfanos y padres mayores de 60 años, pero excluyó al cónyuge, tal como se puede inferir del anterior cuadro comparativo; sin embargo no puede incluirse como partida computable para liquidar la asignación de retiro, como se pretende en la demanda, en consideración a que no fue establecida como tal en los artículos 49 del Decreto 1091 de 1995 y 23.2 del Decreto 4433 de 2004.*

*En este orden de ideas, se determina que, en conjunto, las partidas computables previstas para el régimen prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, determinado en el Decreto 1091 de 1995, constituyen un monto superior a lo percibido por el personal de suboficiales de la Policía Nacional en el Decreto 1212 de 1990.*

*[...]*

*Conforme con lo anterior, el demandante no puede pretender que se reliquide su asignación de retiro beneficiándose de un régimen mixto integrado por la asignación salarial del Nivel Ejecutivo y los factores salariales y prestacionales del Decreto 1212 de 1990, al cual tenía derecho como suboficial, en la medida en que se estaría contrariando el principio de inescindibilidad de la ley.*

*Finalmente, esta Subsección no desconoce que esta Corporación en decisiones aisladas ha reconocido al personal ejecutivo homologado la aplicación del régimen*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04582-01(1667-14)

<sup>5</sup> *Ibidem*.

*de salarial y prestacional contenido en el Decreto 1212 de 1990, como en la sentencia del 17 de abril de 2013<sup>6</sup>. Al respecto, la Sala dirá que esta providencia tiene efectos inter partes, por lo que solo se tiene como un criterio orientador, pero no vinculante, al no poseer el carácter de sentencia de unificación, de tal suerte que no es susceptible de aplicarse al sub lite, máxime cuando con posterioridad y en forma mayoritaria se ha reiterado la tesis contraria, la cual se acoge para el presente caso<sup>7</sup>.*

Además se ha precisado que, la disparidad existente en dichos regímenes tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de abril de 2021<sup>8</sup> precisó que:

***“...la interpretación jurisprudencial vigente consiste en que dicha disparidad no comporta, per se, una discriminación, puesto que ello tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos, tal como se aclaró en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 proferida por la Sección Segunda de esta corporación, providencia que, si bien se ocupó de analizar dicha temática en relación con los soldados profesionales, guarda estrecha similitud con el asunto bajo examen en cuanto a sus supuestos fácticos y jurídicos y, por tanto, en criterio de las autoridades judiciales, es plenamente aplicable.***

...

*Así las cosas, esta Sala considera que las providencias cuestionadas contienen una carga argumentativa suficiente y razonable que condujo a negar las pretensiones de la demanda instaurada por el señor HIGINIO AVILEZ GUTIÉRREZ encaminada a que se inaplicaran, por excepción de inconstitucionalidad, las normas que excluyeron el subsidio familiar como partida computable para el reconocimiento de su asignación de retiro, pues ambas autoridades hicieron referencia a las diferentes posiciones jurisprudenciales que se han suscitado en torno al tema y las razones por las cuales consideraron aplicable la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, en la que, se repite, se descartó una violación de principios y derechos constitucionales con ocasión de dicha diferenciación, con lo que se encuentra acreditada la carga de transparencia”. (Se resalta)*

## 2. Caso concreto

En el presente asunto, el señor Wilson Daza Parra, en su calidad de incorporado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, solicita la nulidad del Oficio N° E-00003-201814566 -CASUR Id:344454 del 25 de julio del año **2018**, mediante el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional negó la reliquidación de la asignación de retiro del actor con la inclusión del subsidio familiar, con fundamento en el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, que determina las partidas sobre las cuales se liquida la asignación mensual de retiro al

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Gómez Aranguren, proceso con radicado 05001-23-31-000-2011-00079-01 (0735-12).

<sup>7</sup> Sobre el particular pueden consultarse las sentencias del 12 de octubre de 2017, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 25000-23-42-000-2014-04128-01 (2165-16); del 15 de marzo de 2018, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 63001-23-33-000-2013-00121-01 (0387-15) y del 2 de febrero de 2017, Sección Segunda, Subsección B, M.P. César Palomino Cortés, proceso con radicado 25000-23-42-000-2013-02266-01 (3929-14).

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de tutela de 22 de abril de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2020-05145-01(AC)

personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Lo anterior, en concordancia con el párrafo único del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995.

Así mismo, se recalcó que la partida solicitada es aplicable en la liquidación de la pensión de los agentes, suboficiales y oficiales de la Institución, en atención a lo previsto en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, no siendo ese el caso del aquí demandante, quien al homologarse al nivel ejecutivo quedó amparado por normas especiales que no contemplan el subsidio familiar como factor computable para liquidar la asignación de retiro.

Resulta igualmente pertinente iterar que, en aplicación del principio de inescindibilidad, el demandante no se puede favorecer de las ventajas de uno y otro régimen, máxime cuando la decisión de acogerse al nivel ejecutivo de la Policía Nacional surgió en forma libre y espontánea, y ello conlleva la aceptación de las normas que fijaban los salarios y prestaciones sociales del régimen salarial que se estableció para el personal del nivel ejecutivo. Además, ante regímenes tan disímiles, como son, el nivel ejecutivo y el de los Oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, ya que para la prosperidad de un juicio de tal naturaleza se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer qué es lo igual que merece un trato igual. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 18 de marzo de 2021<sup>9</sup> precisó que:

*“76. Nótese además que, la conclusión a la que llegó la autoridad judicial demandada resulta proporcional, razonable y adecuada, pues afirmó, que los regímenes especiales son inescindibles por lo que no es dable pretender la aplicación y beneficio de todas las normas que rigen los diferentes niveles al interior de la Policía Nacional, además el estatuto de carrera consagra que el personal del Nivel Ejecutivo, está en una categoría inferior a la de los Suboficiales, por lo que es lógico que tengan un régimen salarial más benéfico que quienes se encuentran en el grado inmediatamente inferior.*

***77. De manera que, ante regímenes tan disímiles (del nivel ejecutivo y demás miembros de la fuerza pública) no era procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, como lo advirtió la Corporación acusada, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer “qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado”.***

*78. Lo anterior permite concluir que los defectos sustantivo y desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional invocados por la señora Ahumada Marciales, no están llamados a prosperar y, en consecuencia, la Sala negará la tutela deprecada”. (Se resalta)*

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta. C.P. Rocío Araújo Oñate, sentencia de tutela de 18 de marzo de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2021-00004-00(AC)

El trato diferenciado entre los integrantes y sus familias del nivel ejecutivo por un lado, y los oficiales, suboficiales y agentes y sus familias de la Policía Nacional por el otro, está justificado en las funciones y responsabilidad que se asumen en el desarrollo de las actividades, sin que se evidencie la vulneración de las garantías superiores a la igualdad y la familia invocadas por el demandante. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 5 de febrero de 2021<sup>10</sup> precisó que:

*“Así las cosas, aunque el subsidio familiar no repercute en la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como sí sucede en las reconocidas a los agentes, suboficiales y oficiales de la fuerza pública, ello no involucra trasgresión de las garantías superiores a la igualdad y la familia, por cuanto ese trato diferenciado está justificado en las funciones y responsabilidad que asumen.*

*Por consiguiente, los señores magistrados al no aplicar la excepción de inconstitucional no inobservaron la Carta Política, porque, se reitera, el trato prestacional disímil entre el personal del nivel ejecutivo y los agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, en lo concerniente a la inclusión del subsidio familiar en sus asignaciones de retiro, resulta razonable, por lo que tampoco se configuró la violación directa de la Constitución Política.*

*A partir de los anteriores prolegómenos y comoquiera que la sentencia cuestionada no adolece de desconocimiento del precedente ni de violación directa de la Constitución, esta Sala negará el amparo deprecado”. (Se resalta)*

**En conclusión**, al demandante no le asiste derecho a que se reliquide su asignación de retiro salario incluyendo el subsidio familiar, por cuanto esa partida no está prevista para tales efectos en las normas especiales que se aplican al personal homologado al nivel ejecutivo.

Además, no existe vulneración del derecho a la igualdad del demandante y de su familia, como miembro de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, en comparación con los suboficiales y oficiales de esa institución en lo relacionado con el reconocimiento y pago del subsidio familiar, por cuanto la disparidad existente en dichos regímenes tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos.

## **2.1. De la condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante.**

A fin de resolver lo pertinente sea lo primero indicar que, aunque en la parte resolutive del fallo, por error, se condena en costas a la parte demandada -cuando la vencida en juicio fue la parte demandante -, lo cierto es que, en las consideraciones sí se deja claro que es la parte actora la que debe asumir el pago por ese concepto en favor de la entidad enjuiciada.

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de tutela de 5 de febrero de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-05145-00(AC)

Sin embargo, también se hace necesario advertir que la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante no reúne los requisitos legales en tanto no fue aplicado el criterio objetivo valorativo.

En efecto, señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto no se está anexando prueba siquiera sumaria sobre el acarreo de las mismas.

En efecto, la Corte Constitucional<sup>11</sup> ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"* están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

El artículo 188 del CPACA dispone que: *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

***"Artículo 365.*** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

---

<sup>11</sup> C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1°, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

*Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

*3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

*4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

*6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

*7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

*8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

*9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

En este punto se considera necesario destacar que el Consejo de Estado, mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se compruebe para su imposición que “*en el expediente aparezca*

que se causaron y en la medida de su comprobación”. En efecto, la aludida corporación<sup>12</sup> ha señalado:

*“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:*

*a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo”—CCA— a uno “objetivo valorativo”—CPACA—.*

*b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

*c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada 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).*

*e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

*f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

*g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

*Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”*

De lo expuesto se concluye que, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas.

Y es este análisis el que se echa de menos en la providencia de primera instancia, ya que simplemente indicó que se habían causado agencias en derecho, pero no manifestó por qué ante una sentencia que niega las pretensiones condenaba en costas al demandante, lo cual era necesario para que este pudiera ejercer su derecho de defensa, pues no sabe por qué razón o circunstancia se determinaron, y por ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, es claro que le correspondía al juez de primera instancia al momento de disponer sobre las costas, señalar las razones por las cuales las iba a imponer, aun cuando las pretensiones fueran negadas en su integridad.

Por lo anterior, se revocará el ordinal tercero de la sentencia en lo que al demandante respecta y se confirmará en lo demás la decisión de primer grado.

## **2. Costas en segunda instancia.**

No hay condena en costas toda vez que el recurso prosperó parcialmente.

En mérito de lo expuesto, la Sala 2ª. Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **III. Falla**

**Primero: Se revoca** el ordinal tercero de la sentencia del 19 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Wilson Daza Parra contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR.

Se confirma en lo demás la sentencia apelada que negó las pretensiones.

**Segundo: Sin costas.**

**Tercero. Notifíquese** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

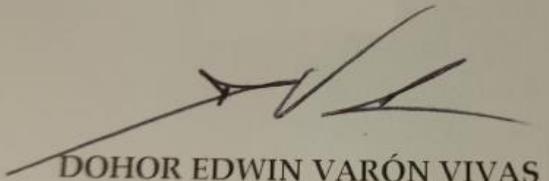
**Cuarto.** Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

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

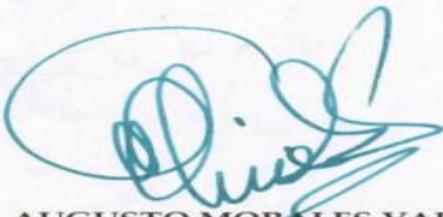
**Notifíquese y cúmplase**



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**SALA 2ª. ORAL DE DECISIÓN**

**Magistrada Sustanciadora: Patricia Varela Cifuentes**

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)

**RADICACIÓN:** 17-001-23-33-000-2019-00482-00  
**CLASE:** Nulidad y restablecimiento del derecho  
**DEMANDANTE:** Angélica María López Cadavid  
**DEMANDADO:** Sena  
**ASUNTO:** Resuelve Impedimento

**I. Asunto**

De conformidad con lo previsto en el artículo 160 A del C.C.A., procede la Sala 2ª. Oral a decidir sobre la declaración de impedimento formulada por el Magistrado CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES, para conocer del proceso en el ejercicio del medio de control de la referencia.

Para resolver, basten las siguientes

**II. Consideraciones de la Sala**

El Magistrado **Carlos Manuel Zapata Jaimes**, manifiesta su impedimento para conocer del presente proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue interpuesto por la señora **Angélica María López Cadavid**, porque considera, se encuentra incurso en la causal consagrada en el numeral 5 del artículo 141 del Código General del Proceso, al obrar como apoderada de la parte demandante en este proceso la Dra. Lina María Hoyos Botero, quien a su vez funge como su apoderada en un proceso judicial por él promovido.

Por su parte, el artículo 141 del Código General del Proceso<sup>1</sup>, establece lo siguiente:

*“ARTÍCULO 141. CAUSALES DE  
RECUSACIÓN. Son causales de recusación  
las siguientes:*

...

---

<sup>1</sup> Antes, numeral 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.  
(...)”.

Así las cosas, la situación planteada por el Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes, se ajusta al contenido del artículo 141 del Código General del Proceso, y por lo mismo, constituye impedimento para conocer del proceso.

Sin que sea menester efectuar consideraciones adicionales, se procederá aceptar el impedimento manifestado por el Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes y, en consecuencia, se le separa del conocimiento del presente asunto.

Por lo expuesto,

## II. Resuelve

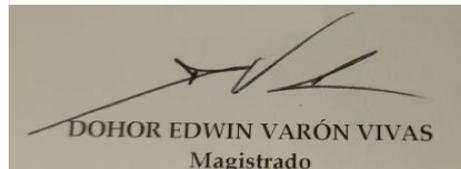
**ADMITIR** el impedimento expresado por el Magistrado **CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**, para conocer del presente asunto.

Por Secretaría, remítase copia de la presente decisión al Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes. Surtido lo anterior, el proceso quedará a cargo de este Despacho para el trámite procesal correspondiente.

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

## Notifíquese

Magistrada Ponente







## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**A.S.: 044**

<b>Asunto:</b>	<b>Resuelve excepciones</b>
	<b>Fija fecha audiencia inicial</b>
<b>Medio de control:</b>	<b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>
<b>Radicación:</b>	<b>17001-23-33-000-2020-00280-00</b>
<b>Demandante:</b>	<b>César Humberto Ladino Ladino</b>
<b>Demandado:</b>	<b>Contraloría General de la República</b>

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

El 20 de octubre de 2020 fue interpuesto el medio de control de la referencia (archivos nº 01 y 02 del expediente digital), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos: **i)** Auto nº 350 del 29 de agosto de 2019, **ii)** Auto nº 466 del 18 de noviembre de 2019 y **iii)** Auto nº 088 del 31 de enero de 2020, con los cuales, en su orden, se profirió fallo con responsabilidad fiscal dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal PRF-2015-00329-1742, y se resolvieron desfavorablemente los recursos de reposición y de apelación interpuestos contra la primera decisión.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó lo siguiente: **i)** se ordene cesar cualquier acción de cobro que curse en su contra relacionada con dicho fallo; **ii)** se disponga que el accionante no está obligado a pagar la suma de \$1.543'105.619 o cualquier otro valor que se liquide por concepto de intereses o indexaciones; **iii)** se condene a la entidad demandada a pagar 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales, patrimoniales y daño a la vida de relación como se determina en el capítulo de la cuantía; y **iv)** se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto a este Magistrado (archivo nº 01 del expediente digital), a cuyo Despacho fue allegado el 30 de octubre de 2020 (archivo nº 03, *ibídem*).

Con auto del 16 de marzo de 2021 (archivo nº 04 del expediente digital), el suscrito Magistrado inadmitió la demanda de la referencia, ordenando a la parte accionante corregirla en los siguientes aspectos: **i)** allegar la constancia de la

publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso, de los actos administrativos demandados; **ii)** señalar lo pretendido, con precisión y claridad, específicamente en lo que respecta a la pretensión de restablecimiento del derecho relativa al pago de perjuicios materiales e inmateriales; y **iii)** acreditar el cumplimiento del requisito contenido en el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 162 del CPACA, relacionado con el envío simultáneo por medio electrónico de la demanda y sus anexos a la parte demandada.

Actuando de manera oportuna (archivos n° 07 y 08 del expediente digital), la parte accionante corrigió la demanda en los términos solicitados.

Una vez subsanada, la demanda fue admitida mediante auto del 6 de mayo de 2021 (archivo n° 14 del expediente digital).

En escrito separado de la demanda se formuló solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos demandados (páginas 69 a 89 del archivo n° 02 del expediente digital).

Luego de correr el traslado respectivo, mediante auto del 5 de agosto de 2021 (archivo n° 47 del expediente digital), el Despacho de conocimiento resolvió desfavorablemente la solicitud de medida cautelar.

Contra dicha providencia la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual se concedió en el efecto devolutivo a través de auto del 25 de agosto de 2021 (archivo n° 55 del expediente digital), que se encuentra en trámite.

Surtido el trámite procesal correspondiente, la parte accionada contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial obrante en el archivo n° 58 del expediente digital.

Con la contestación de la demanda, la Contraloría General de la República propuso una excepción (páginas 32 y 33 del archivo n° 27 del expediente digital); de la cual se corrió el traslado correspondiente (archivos n° 45 y 46, ibídem), y frente a la que la parte actora guardó silencio (archivo n° 58 del expediente digital).

El 9 de septiembre de 2021, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial (archivo n° 58 del expediente digital).

Según se indicó, en el presente asunto la parte accionada formuló la excepción que denominó: ***“INEXISTENCIA DE CAUSAL PARA DEMANDAR LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS”*** (páginas 32 y 33 del archivo n° 27 del expediente digital), con fundamento en que no se configura

ninguna de las casuales de nulidad previstas por el artículo 138 (sic) del CPACA, por lo que no existe razón para el ejercicio del medio de control instaurado ni para pretender restablecimiento de derecho alguno.

Considera el Despacho que el medio exceptivo propuesto por el Contraloría General de la República corresponde en estricto sentido a una excepción de mérito que habrá de ser decidida al resolver el fondo de la controversia, pues no sólo guarda relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparece enlistada en el artículo 100 del Código General del Proceso (CGP) ni es de aquellas a las que se refiere el parágrafo 2º del artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021.

En tal sentido, **DIFIÉRASE la decisión** de la excepción propuesta por la Contraloría General de la República, al momento de proferir sentencia en el presente asunto.

Al no haber entonces excepciones previas o mixtas que deban ser resueltas, al tenor de lo dispuesto por el inciso inicial y el numeral 1 del artículo 180 del CPACA, **CONVÓCASE** a las partes a **AUDIENCIA INICIAL** dentro del proceso de la referencia, para el día **martes diecinueve (19) de abril de dos mil veintidós (2022), a partir de las nueve de la mañana (09:00 a.m.)**.

La citada audiencia se realizará de manera virtual a través de la plataforma Lifesize, en el enlace de acceso: <https://call.lifesizecloud.com/13941502>, que se enviará igualmente a los correos electrónicos informados por las partes y el Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video.

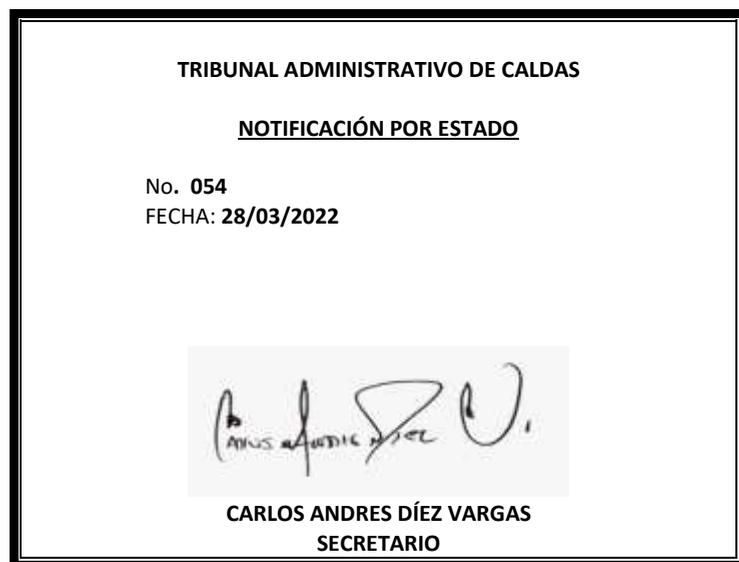
Los poderes, sustituciones de poder u otros documentos que las partes y demás intervinientes pretendan que sean tenidos en cuenta en la audiencia, deberán ser allegados a más tardar el día anterior a la celebración de la diligencia, únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta [sgtadmincltd@notificacionesrj.gov.co](mailto:sgtadmincltd@notificacionesrj.gov.co). Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

**ADVIÉRTESE** sobre la obligatoriedad de la asistencia de los apoderados y de las implicaciones procesales y pecuniarias previstas en el numeral 4 del artículo 180 del CPACA.

**NOTIFÍQUESE** el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

**Notifíquese y cúmplase**

**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
**Magistrado**



**Firmado Por:**

**Augusto Ramon Chavez Marin**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Oral 5**  
**Tribunal Administrativo De 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:

**18d27e3da359d28461ee293bec02ba074ad34d1abed6792c081fc9072628e74d**

Documento generado en 25/03/2022 09:23:38 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente  
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

17001-33-39-007-2021-00060-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de MARZO de dos mil veintidós (2022)

A.I. 095

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede esta Sala Plural a decidir sobre el impedimento manifestado por la señora Jueza 7ª Administrativa de Manizales para conocer de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentada por la señora **ADRIANA OBANDO MONTOYA** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

#### ANTECEDENTES

Con libelo obrante en 12 folios, la parte actora impetra, entre otras pretensiones, se declare la nulidad de la Resolución DESAJMAR 20-109 de 27 de febrero de 2020, así como del acto ficto originado con la interposición del recurso de apelación contra el acto administrativo primigenio, por medio de los cuales fue negado el reconocimiento de la bonificación judicial consagrada en los Decretos 383 y 384 de 2013, como factor salarial. A título de restablecimiento del derecho solicita, se condene a la entidad accionada a reconocer como factor salarial el emolumento denominado “*bonificación judicial*”, y se reliquiden y paguen la totalidad de las prestaciones sociales teniendo en cuenta la mentada bonificación.

La señora Jueza 4ª Administrativa de Manizales, doctora Jackeline García Gómez, manifestó su impedimento para conocer del libelo demandador con fundamento en la causal 1ª del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del C/CA, pues, en su sentir, tiene interés indirecto en las resultas del proceso, toda vez que percibe la bonificación judicial que persigue el demandante, causal que estima cobija también a los demás jueces administrativos.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha expresado que:

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”<sup>1</sup>.

El artículo 130 del Código de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437/11, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivo de recusación:

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso”.

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional, se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013<sup>2</sup>, cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, **una bonificación judicial**, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

(...)

3. Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675

<sup>2</sup> Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.

Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
<b>Juez del Circuito</b>	<b>2.196.230</b>	<b>2.617.486</b>	<b>3.136.860</b>
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346
Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Juez de Instrucción Penal Militar	2.358.938	2.811.402	3.369.253

Auditor de Guerra de Brigada, o de Base	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía			
Asistente Social Grado 1	1.901.012	2.265.642	2.715.201
Secretario	1.688.165	2.011.969	2.411.194
Oficial Mayor o Sustanciador	1.416.093	1.687.712	2.022.596
Asistente Social Grado 2	1.168.486	1.392.611	1.668.940
Escribiente	1.008.526	1.201.969	1.440.469

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite, la señora Jueza administrativa manifestó que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que le asiste el mismo derecho deprecado por la parte actora, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitima el óbice procesal manifestado por el funcionario y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

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<sup>3</sup> del Consejo Superior de la Judicatura, habrá de fijarse fecha de la audiencia pública para el sorteo del conjuez que habrá de asumir el conocimiento del proceso.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL,

<sup>3</sup> “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.”, modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

## RESUELVE

**ACÉPTASE** la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por la señora JUEZA 8ª ADMINISTRATIVA DE MANIZALES, el que igualmente cobija a los demás Jueces Administrativos de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por la señora YURI VIVIANA HERRERA SERNA contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

**FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuetz que deba actuar en el presente trámite, el día viernes primero (1°) de ABRIL de 2022 a las 11:30 de la mañana.

**COMUNÍQUESE** el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

## NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según Acta N° 014 de 2022.



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado

17001-23-33-000-2021-00249-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)

A.I. 091

TÉNGASE por contestada la demanda por AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P., la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS y el MUNICIPIO DE MANIZALES, con los documentos PDF N° 19, 24 y 32.

FÍJASE como fecha para llevar a cabo la AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO de que trata el artículo 27 de la Ley 472/98, el día MIÉRCOLES SEIS (6) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS DIEZ Y TREINTA DE LA MAÑANA (10:30 A.M.), dentro del proceso iniciado en ejercicio de la ACCIÓN POPULAR por el señor HERNÁN GARCÍA AGUDELO contra las citadas entidades.

La audiencia se realizará a través de la plataforma LIFESIZE, y el ingreso a la misma se hará a través del siguiente enlace <https://call.lifesecloud.com/13940171> sin que sea necesaria la remisión de la invitación a los correos electrónicos suministrados por las partes.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que en caso que requieran allegar documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos a más tardar el día anterior a la celebración de la audiencia, únicamente al correo [sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co](mailto:sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co) Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

RECONÓCESE PERSONERÍA a los abogados SEBASTIÁN GIRALDO ROJAS (C.C. N° 1053'776.695 y T.P. N° 228.091), ANA MARÍA IBÁÑEZ MORENO (C.C. N° 1053'811.095 y T.P. 231.415), y JORGE ALIRIO TAMAYO ARIAS (C.C. N° 10'236.208 y T.P. N° 66.287), como apoderados de AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P., CORPOCALDAS y el MUNICIPIO DE MANIZALES, en su orden, en los términos de los poderes que les fueron conferidos (PDF N° 17, 23 y 27).

**NOTIFÍQUESE**

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Augusto Morales Valencia', enclosed within a circular blue outline.

**AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Magistrado

17-001-23-33-000-2022-00030-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)

A.I. 092

De conformidad con lo establecido en el precepto 121 del Decreto 1333 de 1986, aplicable al *sub lite* ante la falta de regulación expresa en la Ley 136 de 1994, **SE ABRE A PRUEBAS** el trámite de **PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA VALIDEZ** del Acuerdo Municipal N° 015 de 9 de diciembre de 2021, “POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL ESTATUTO DE RENTAS Y PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO DEL MUNICIPIO DE VICTORIA” emanado del Concejo Municipal de esa municipalidad.

- **DEPARTAMENTO DE CALDAS**

Hasta donde la ley lo permita **TÉNGANSE** como prueba los documentos aportados por ese ente territorial con la solicitud, que reposan en el expediente digital.

- **MUNICIPIO DE VICTORIA (CALDAS)**

No se pronunció, de conformidad con la constancia secretarial que milita en el PDF N° 12.

Ejecutoriado este proveído, **PASE** el expediente a despacho para lo de ley.

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
**Magistrado**

17-001-23-33-000-2022-00070-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de MARZO de dos mil veintidós (2022)

A.I. 096

Se encuentra a Despacho para resolver sobre su admisión, la demanda de **CUMPLIMIENTO** presentada por el señor **FERNANDO URIBE MEJÍA E.U.** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

#### ANTECEDENTES

##### I. LA DEMANDA.

Pretende la parte demandante se dé cumplimiento a lo establecido en los artículos 817 y 818 del Estatuto Tributario y, en consecuencia, se declare la prescripción de la acción de cobro adelantada en su contra por COLPENSIONES.

Como fundamentos de la pretensión de cumplimiento, expone la parte accionante que es una persona de derecho privado que ha fungido como empleadora durante varios años, acotando que antes de la implementación de la Planilla Integral de Liquidación Asistida (PILA), el proceso de reporte de las novedades de los empleados era propenso a errores.

En enero de 2021, prosigue, la empresa demandante recibió de parte de COLPENSIONES un requerimiento relacionado con los aportes de algunos empleados que presentaban inconsistencias, situación que se repitió en febrero de la misma anualidad. Ante este hecho, FERNANDO URIBE MEJÍA E.U., presentó solicitud ante la entidad accionada, pidiendo que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 817 y 818 del Estatuto Tributario, se declarara prescrita la acción de cobro, petición que fue denegada por la demandada.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

La Ley 393 de 1997, por medio de la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política, consagra en sus artículos 8 y 9 el ámbito de procedencia de este medio judicial, en los siguientes términos (aparte tachado fue declarado inexecutable a través de la Sentencia C-1194 de 2001):

**“ARTICULO 8o. PROCEDIBILIDAD.** La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento *de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos*. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable ~~para el accionante~~, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho.

**ARTICULO 9o. IMPROCEDIBILIDAD.** La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o

Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

**PARAGRAFO.** La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos”.

En tal contexto, la parte actora pretende que cese el procedimiento de cobro coactivo adelantado en su contra por COLPENSIONES, por haber operado supuestamente la prescripción de la acción de ejecución forzosa, de conformidad con lo previsto en los artículos 817 y 818 del Estatuto Tributario Nacional. Frente a este punto, estima la Sala que se halla ante un caso susceptible de discusión por las vías procesales ordinarias, puntualmente la de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, lo que deriva en el incumplimiento del postulado de subsidiariedad establecido en el canon 9° de la Ley 393 de 1997.

Lo anterior, por cuanto el acto administrativo que resuelve la excepción de prescripción que se plantee dentro de un procedimiento de cobro coactivo es pasible de control judicial ordinario a través de la mencionada herramienta procesal.

En efecto, el artículo 100 de la Ley 1437/11 estipula que para los procedimientos de cobro coactivo, se aplican las siguientes reglas:

“1. Los que tengan reglas especiales se regirán por ellas.

2. Los que no tengan reglas especiales se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.

3. A aquellos relativos al cobro de obligaciones de carácter tributario se aplicarán las disposiciones del Estatuto Tributario.

En todo caso, para los aspectos no previstos en el Estatuto Tributario o en las respectivas normas especiales, en cuanto fueren compatibles con esos regímenes, se aplicarán las reglas de procedimiento establecidas en la Parte Primera de este Código y, en su defecto, el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular”/Líneas y negrillas no son del texto/.

En el procedimiento que se sigue ante Colpensiones en la materia demandada, se aplican las normas tributarias en los términos del artículo 5° de la Ley 1066 de 2006, por cuyo mandato, “Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario”, lo que también dispone la Resolución 504 de 2013, “Por la cual se adopta el Manual de Cobro Administrativo de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES” , art. 1.4: “NORMATIVIDAD APLICABLE AL MANUAL DE COBRO ADMINISTRATIVO. Los procesos de cobro que adelante COLPENSIONES consagrados en el presente manual, se encuentran supeditados a las normas y procedimientos regulados por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Código de Procedimiento Civil y/o Código General del Proceso, Estatuto Tributario Nacional y demás normas aplicables, concordantes y complementarias que regulen la materia”.

En este orden, el artículo 835 del Estatuto Tributario manda que,

**“INTERVENCIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Dentro del proceso de cobro administrativo coactivo, sólo serán demandables ante la Jurisdicción Contencioso - Administrativa las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución; la admisión de la demanda no suspende el proceso de cobro, pero el remate no se realizará hasta que exista pronunciamiento definitivo de dicha jurisdicción.

...”

De similar manera, la Ley 1437/11 dispone en su artículo 101:

“Sólo serán demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los términos de la Parte Segunda de este Código,

los actos administrativos que deciden las excepciones a favor del deudor, los que ordenan llevar adelante la ejecución y los que liquiden el crédito.

...

...

2. A solicitud del ejecutado, cuando proferido el acto que decida las excepciones o el que ordene seguir adelante la ejecución, según el caso, esté pendiente el resultado de un proceso contencioso administrativo de nulidad contra el título ejecutivo, salvo lo dispuesto en leyes especiales. Esta suspensión no dará lugar al levantamiento de medidas cautelares, ni impide el decreto y práctica de medidas cautelares.

**PARÁGRAFO.** Los procesos judiciales contra los actos administrativos proferidos en el procedimiento administrativo de cobro coactivo tendrán prelación, sin perjuicio de la que corresponda, según la Constitución Política y otras leyes para otros procesos”.

En respaldo de esta hermenéutica, el Consejo de Estado se pronunció en Sentencia de 25 de junio de 2021, en sede de tutela contra en un fallo que declaró la improcedencia de la acción de cumplimiento que pretendía la declaratoria de prescripción de un procedimiento administrativo de cobro coactivo, concluyendo en aquella ocasión que, “(...) *no satisfizo el requisito de subsidiariedad previsto en el artículo 9 de la Ley 393 de 1997, ya que la accionante tuvo a su disposición la solicitud de prescripción en el proceso de cobro coactivo y el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos reprochados, y no acreditó un perjuicio grave e inminente*” (Rad. 11001-03-15-000-2021-00609-01(AC), M.P. Guillermo Sánchez Luque).

Como ocurrió en ese caso, sumado a la improcedencia del medio judicial utilizado, la parte demandante en el sub lite no demostró, ni siquiera afirmó, la existencia de un perjuicio con las características de inminencia y gravedad que lo tornarían en irremediable, y que abrirían la puerta a la procedencia

excepcional de esta vía procesal, en los términos del multicitado artículo 9° de la Ley 393/97, todo lo cual fuerza el rechazo del libelo introductor.

Es por lo expuesto que,

### RESUELVE

**RECHÁZASE** por improcedencia, la demanda de **CUMPLIMIENTO** presentada por el señor **FERNANDO URIBE MEJÍA E.U.** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

**EJECUTORIADA** esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones que sean pertinentes en el Programa Justicia Siglo XXI.

### NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según Acta No. 014 de 2022.



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado

## REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO No.	17001-23-33-000-2021-00319-00
CLASE	NULIDAD ELECTORAL
ACCIONANTE	CARLOS OSSA BARRERA
ACCIONADO	EDGAR FERNANDO ORTIZ MANRIQUE, CONCEJO DEL MUNICIPIO DE LA DORADA -CALDAS

Pasa la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, instaurado por **CARLOS OSSA BARRERA** en contra de **EDGAR FERNANDO ORTIZ MANRIQUE, CONCEJO DEL MUNICIPIO DE LA DORADA -CALDAS**.

**PRETENSIONES**

Solicita la parte demandante se haga las siguientes declaraciones:

PRIMERA: DECRETAR la nulidad del contenido del Acta 081 del 29 de noviembre de 2021 en lo concerniente al nombramiento de Edgar Fernando Ortiz Martínez como secretario del Concejo Municipal de La Dorada (Caldas).

SEGUNDA: DECRETAR la nulidad de la resolución en la cual se confirma el nombramiento de Edgar Fernando Ortiz Martínez como secretario del Concejo Municipal de La Dorada (Caldas).

TERCERA: ORDENAR al Concejo Municipal suplir el cargo de secretario general de esta corporación conforme lo ordena la ley

CUARTA: COMPULSAR(SIC) COPIAS al Ministerio Público para lo de su competencia con respecto a la mesa directiva del Concejo Municipal de La Dorada (Caldas) y lo que considere pertinente.

QUINTA: COMPULSAR(SIC) COPIAS a la Fiscalía General de la Nación para que investigue el presunto delito de Prevaricato cometido por la mesa directiva del Concejo Municipal de La Dorada (Caldas)

### **HECHOS**

- El día 27 de octubre de 2021 la mesa directiva del Concejo Municipal de la Dorada (Caldas), expidió la Resolución 126 de 2021 “por la cual convocó concurso para la elección de secretario general del Concejo Municipal de La Dorada - Caldas para el periodo 2022”
- El día 9 de noviembre de 2021 se expidió el acta de cierre, con constancia que la única hoja de vida inscrita fue la del señor Edgar Fernando Ortiz Martínez.
- El día 18 de noviembre de 2021 se expidió por parte de la mesa directiva del Concejo Municipal la Resolución 131, modificando la resolución 126, en cuanto hacer entrevista y evaluar al único candidato al cargo.
- El Concejo Municipal de La Dorada -Caldas expide un “concepto” en el cual manifiesta que, no lograron conseguir universidad para que realizara el concurso de méritos para el cargo de secretario del concejo.
- El 29 de noviembre de 2021 se reeligió al señor Edgar Fernando Ortiz Martínez para el periodo 2022 como secretario del concejo municipal.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Indica como vulneradas las normas contenidas en los artículos 29 y 126 de la Constitución Política, la Ley 1904 de 2018 y el artículo 6 de la Ley 2052 de 2020

Como concepto de la violación, de manera resumida esgrime que, en la elección del Secretario General del Concejo municipal de La Dorada – Caldas no se observaron los requisitos establecidos para que una corporación popular elija a un servidor público, entre otros, están filtros de aplicación de prueba de conocimientos, valoración de antecedentes de hoja de vida, prevalencia del mérito, que no aparecen en ningún lado de la Resolución 126 de 2021 expedida por la mesa directiva del Concejo Municipal de La Dorada-Caldas; de hecho, no hay ni una sola garantía que prevalecerá el mérito consignado en el Numeral 5 del Artículo 6 de la Ley 1904 de 2018 por lo que se configura la nulidad de la elección.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**Edgar Fernando Ortiz Martínez:** manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante.

Como razones de defensa esgrimió que, para la fecha de ocurrencia de los hechos materia de análisis, el Concejo Municipal de La Dorada - Caldas, inició la gestión para solicitar a la administración municipal la adición del presupuesto, con el propósito de cumplir con el procedimiento de elección de personero, entre otros funcionarios (Secretario General de la Corporación) sin embargo, la Secretaria de Planeación Departamental, a través de oficio S.P. 1037, indico: *"(...) no es viable adicionar recursos al presupuesto del municipio de La Dorada, capítulo del concejo, pues se incrementaría el desfase (...)"*; sin la disponibilidad presupuestal, ninguna institución de educación superior de alta calidad suscribiría contrato ad honorem para la realización de pruebas, para la elección del secretario general del Concejo Municipal. Por esa razón y otras más, la corporación se acogió al Concepto 275961 de 2021 del Departamento Administrativo de la Función Pública, que establece: *"(...) en criterio de esta Dirección Jurídica y teniendo en cuenta que en razón de la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018 (que se encuentra vigente como consecuencia del fallo de la Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 2021) para la elección de los secretarios de los concejos municipales, serán dichas corporaciones quienes deberán tener en cuenta su categoría y complejidad, de forma que, con observancia de los plazos fijados por dicha ley, y lo establecido por el Consejo de Estado en concepto que se adjunta, adapten el procedimiento establecido por la misma, a las condiciones sociales y económicas de cada municipio, con la finalidad de que su aplicación sea eficaz, ágil y oportuna (...)"*

De otro lado, el ordenamiento jurídico no hace referencia al procedimiento para realizar la elección de secretario general, pero de acuerdo con lo indicado en el artículo 31 de la Ley 136 de 1994, establece: *"Los concejos expedirán un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a las comisiones, a la actuación de los concejales y la validez de las convocatorias y de las sesiones"* en ese orden de ideas, el Concejo Municipal de La Dorada- Caldas, a través del Acuerdo 033 de 2018, reglamentó y estableció el procedimiento para la elección del secretario general.

En este orden de ideas, se agotaron todos los recursos y/o posibilidades, para la elección del cargo de secretario general del concejo municipal de La Dorada-Caldas, es decir, se oficiaron las instituciones de educación superior de alta calidad, se solicitó concepto a la

secretaria de planeación de la Gobernación de Caldas, para la viabilidad de adición presupuestal al concejo municipal vigencia 2021 y de acuerdo al Concepto 275961 de 2021 del Departamento Administrativo de la Función Pública, donde establece: “(...) *para la elección de los secretarios de los concejos municipales, serán dichas corporaciones quienes deberán tener en cuenta su categoría y complejidad, (...) adapten el procedimiento establecido por la misma, a las condiciones sociales y económicas de cada municipio (...)*” por esas razones se debe determinar que el proceso y procedimiento que se adelantó para la elección es totalmente legal y legítimo.

De otro lado, y teniendo presente los artículos 6 y 12 de la ley 1904 de 2018 y el concepto 275961 de 2021 del Departamento Administrativo de la Función Pública, se realizó la aplicación analógica, empleando y practicando el mayor número de requisitos para la elección de secretario general del concejo municipal, en ese orden de ideas, se expidió la Resolución 126 del 27 de octubre de 2021 con la cual se realizó la convocatoria pública, garantizando los principios de publicidad, transparencia, contradicción, participación ciudadana, equidad de género entre otros principios constitucionales y legales. Con la convocatoria pública de referencia se determinó las etapas del proceso de elección, los cuales fueron: convocatoria, inscripción, lista de elegidos, criterios de selección, entrevista y elección, para el procedimiento mencionado, se tuvieron en cuenta la categoría, la complejidad, las condiciones sociales y económicas del municipio, de esa manera se realizó la aplicación analógica, empleando y practicando el mayor número de requisitos para la elección de secretario general del concejo municipal establecidos en el Art. 6 y 12 de la ley 1904 de 2018.

Es por lo anterior que se deben negar las pretensiones incoadas por el actor.

**Concejo municipal de La Dorada – Caldas:** en un primer momento manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones del demandante.

Como razones de defensa esgrimió que, para la fecha de ocurrencia de los hechos, la corporación no contaba con disponibilidad presupuestal para adelantar el concurso de méritos por parte de una Universidad, motivo por el cual acogieron el concepto nro. 275962 de 2021 del Departamento Administrativo de la Función Pública, y con fundamento en los artículos 6 y 12 de la Ley 1904 de 2018 se realizó aplicación analógica, y empleando el mayor número de requisitos para la elección de secretario general del Concejo municipal, se expidió la Resolución nro. 126 del 27 de octubre de 2021 a través de la cual se realizó convocatoria pública garantizando los principios de publicidad,

transparencia, contradicción, participación ciudadana, equidad de género, entre otros principios constitucionales y legales.

En la convocatoria se determinaron las etapas del proceso de elección, las cuales fueron: convocatoria, inscripción, lista de elegidos, criterios de selección, entrevista y elección.

Así las cosas, y al no existir una norma que regule de manera especial el procedimiento para la elección del secretario general del Concejo, debe negarse las pretensiones del actor, más aún cuando el proceso que se adelantó por parte del Concejo cumple con todas las garantías legales.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Parte demandante:** en sus alegatos de conclusión señala después de hacer una relación normativa y de esbozar argumentos interpretativos propios sobre la situación de elección de funcionarios por parte del Concejo de la Dorada-Caldas, que se demostró que el nombramiento del señor Ortiz se realizó de manera abiertamente ilegal y dolosa.

**Parte demandada:**

**Edgar Fernando Ortiz Martínez:** En sus alegatos se remite a lo expuesto en la contestación de la demanda, señalando que la elección del secretario general del Concejo de La Dorada – Caldas se adelantó conforme a la normativa vigente, es por ello que solicita se nieguen las pretensiones de la parte actora.

**Concejo municipal de La Dorada – Caldas:** en sus alegatos señaló que la elección del secretario general del Concejo de La Dorada – Caldas se surtió dentro de los parámetros constitucionales y legales, además de que se adaptó el procedimiento a las condiciones económicas del municipio. Es por ello que solicita se nieguen las pretensiones de la parte actora.

### **MINISTERIO PÚBLICO**

El señor Procurador 28 Judicial II Administrativo, mediante concepto presentado en el expediente de la referencia hace un resumen de los hechos de la demanda, las pretensiones, contestación de la misma, y de las pruebas allegadas al cartulario, para señalar que en el caso bajo estudio, se encuentran configuradas las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, en consonancia con el artículo 275

del mismo estatuto, por haber sido expedido el acto administrativo acusado con infracción de las normas en que debería fundarse y al prosperar los cargos elevados por la parte actora contra la elección que es enjuiciada, se desvirtúa la presunción de legalidad del acto electoral y, en consecuencia, lo procedente es que se declare la nulidad del acto administrativo que es materia de control judicial.

Es por ello que solicita se accede a las pretensiones y se declare la nulidad del secretario general del Concejo municipal de La Dorada – Caldas.

### CONSIDERACIONES

#### **Problemas Jurídicos**

El asunto se contrae a resolver el siguiente interrogante:

¿Se adelantó el proceso de selección del secretario general del Concejo municipal de La Dorada – Caldas conforme a la normativa que regula la elección de servidores públicos de las Corporaciones Públicas?

#### **Pruebas Recaudadas:**

Encuentra la Sala que fueron válidamente allegados al cartulario los siguientes medios probatorios:

- Mediante oficio del 1 de septiembre de 2021, la Secretaría de Planeación Departamental le informa al Concejo municipal de La Dorada – Caldas, que no es posible adicionar el presupuesto de dicha corporación para la vigencia 2021, a efectos de realizar el concurso por intermedio de una Universidad.
- El rector de la Universidad de Caldas mediante oficio del 09 de noviembre de 2021 le informó al presidente del Concejo municipal de La Dorada – Caldas, que no le era posible al ente territorial adelantar el concurso de méritos para la elección del secretario general de dicha corporación.
- En igual sentido la Universidad del Tolima da respuesta a la petición elevada por el Concejo municipal de La Dorada – Caldas en oficio del 16 de noviembre de 2021.

- De igual forma la Universidad de Cartagena el 19 de noviembre de 2021 informó que no le es posible adelantar el concurso de méritos para la elección del secretario general del Concejo municipal de La Dorada – Caldas.
- Resolución nro. 126 del 27 de octubre de 2021 por medio de la cual se convocó a la elección de secretario general del Concejo municipal de La Dorada – Caldas para el periodo 2022; en éste se consigna, las características generales del cargo, la remuneración, la formación académica y la experiencia requerida, las funciones generales del cargo, la forma de divulgación de la convocatoria, los documentos que deben acreditarse para aspirar al cargo, lugar y plazo para la presentación de las hojas de vida y demás documentos, la evaluación de las hojas de vida, *ítem* en el cual, se consignó que serán evaluadas por el comité de acreditación documental y revisión de las hojas de vida; la oportunidad para presentar reclamaciones frente al informe de evaluación de las hojas de vida, el plazo para dar respuestas a las reclamaciones, y el *ítem* de elección del secretario general donde se indicó que, las hojas de vida que se declaren habilitadas serán estudiadas por el Concejo quien después de realizar una entrevista se realice la votación para la elección de la persona que ejercerá el cargo de secretario general.
- Mediante acta de cierre del 09 de noviembre de 2021 se consignó que solo se registró una hoja de vida para el cargo de secretario general del Concejo municipal de La Dorada – Caldas, la del señor Edgar Fernando Ortiz Martínez.
- Mediante Resolución nro. 131 del 18 de noviembre de 2021 se modificó la Resolución nro. 126 del 27 de octubre de 2021 por medio de la cual se convocó a la elección de secretario general del Concejo municipal de La Dorada – Caldas para el periodo 2022, en el sentido de indicar que, la sesión se realizaría el 29 de noviembre de 2021 y no el 18 de noviembre de 2021 como se había establecido inicialmente.
- Se aportó copia de la hoja de vida del señor Ortiz Martínez en donde consta la formación profesional y la experiencia laboral.
- Se aportó copia del acta de la comisión especial acreditación documental en la cual se revisó la hoja de vida aportada por el señor Ortiz Martínez la cual se habilitó.

- Mediante sesión del Concejo municipal de La Dorada – Caldas realizada el 29 de noviembre de 2021, conforme a lo consignado en el Acta nro. 082, se eligió como secretario del Concejo municipal de La Dorada – Caldas al señor Ortiz Martínez.

### **Marco Normativo**

El Acuerdo 033 del 18 de marzo de 2018 respecto del secretario General del Concejo municipal de La Dorada – Caldas, dispuso en su artículo 49:

**Artículo 49. -Designación, requisitos y periodo:** El Secretario será elegido por el Concejo para periodo institucional de un (1) año, comprendido entre el primero (01) de enero y el treinta y uno (31) de diciembre, sin importar la fecha de su elección y posesión, reelegible a criterio de la corporación.

Atendiendo lo dispuesto en el inciso cuarto (4) del Acta Legislativo 02 de 2015, salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas, deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley en las que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de méritos para su elección.

Para el Secretario General del Concejo se deberá acreditar título de bachiller o experiencia administrativa mínima de dos (2) años.

La primera elección de este funcionario se realizará dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero correspondiente a la iniciación del periodo constitucional del Concejo. Para los tres años subsiguientes del mismo periodo constitucional, la elección o reelección tendrá lugar en el mes de noviembre, correspondiente al último periodo ordinario de sesiones, iniciando funciones a partir del primero (1) de enero siguiente.

A su turno la Ley 1904 del 27 de junio de 2018 por la cual se establecen las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de contralor general de la república por el Congreso de la República, dispuso en sus artículos 6 y 12:

**ARTÍCULO 6. *Etapas del Proceso de Selección:*** El proceso para la elección del Contralor General de la República tendrá obligatoriamente las siguientes etapas:

1. La convocatoria,
  2. La inscripción,
  3. Lista de elegidos,
  4. Pruebas,
  5. Criterios de selección,
  6. Entrevista,
  7. La conformación de la lista de seleccionados y,
  8. Elección
1. Convocatoria. Entendida como el aviso público, para invitar a todos los ciudadanos interesados en participar en la convocatoria

para la elección del Contralor General de la República. Corresponde efectuarla a la Mesa Directiva del Congreso de la República, en un término no inferior a dos meses previos al inicio de la primera legislatura que comienza el 20 de julio del año en que inicia también el periodo constitucional del Presidente de la República.

En la misma se designará la entidad encargada de adelantar la convocatoria pública y deberá contener como mínimo la siguiente información:

- a) los factores que habrán de evaluarse,
- b) los criterios de ponderación que aseguren el acceso en igualdad de oportunidades a los aspirantes,
- c) fecha de fijación, lugar, fecha y hora de inscripción y término para la misma,
- d) fecha de publicación de lista de admitidos y no admitidos,
- e) fecha, hora y lugar de las pruebas de conocimiento,
- f) trámite de reclamaciones y recursos procedentes,
- g) fecha, hora y lugar de la entrevista,
- h) fecha de publicación de los resultados de la selección y fecha de la elección,
- i) los demás aspectos que se estimen pertinentes, que tengan relación con el proceso de selección y aseguren la eficacia del mismo.

La mesa directiva del Congreso de la República quedará facultada para adelantar las acciones administrativas y presupuestales para asegurar la designación de la institución de educación superior en mención.

La convocatoria es norma reguladora de todo el proceso de selección y obliga tanto a la administración, como a la entidad contratada para su realización y a los participantes. Contendrá el reglamento de la convocatoria pública, las etapas que deben surtir y el procedimiento administrativo orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección.

La divulgación de la convocatoria será responsabilidad de la Mesa Directiva del Congreso de la República y podrán emplearse los medios previstos en el artículo 15 del Decreto 1227 de 2005. No obstante, como mínimo deberá publicarse en la página web de cada una de las Cámaras, garantizando el acceso permanente a la información.

2. Inscripción. En esta etapa serán registrados los aspirantes al cargo de Contralor General de la República que cumplan los requisitos establecidos en la Constitución y en esta Ley, debiendo acompañar la hoja de vida junto con los soportes y acreditaciones de estudios y experiencia y los demás anexos, en la forma, términos y condiciones previstos en la convocatoria.

La publicación de la convocatoria deberá efectuarse con no menos de diez (10) días calendario antes del inicio de la fecha de inscripciones, al vencimiento del término de inscripción serán

rechazadas, devueltas y no serán valoradas, para ningún efecto, las hojas de vida, anexos o cualquier otro documento que se aporte de manera extemporánea.

3. Lista de admitidos a la convocatoria pública. Cerradas las inscripciones serán elaboradas las listas de aspirantes admitidos a la convocatoria pública; previo dictamen emitido por las Comisiones de Acreditación Documental de ambas Cámaras, conforme a lo establecido en el inciso 3 artículo 60 de la Ley 5 de 1992.

La información suministrada en desarrollo de la etapa de inscripción se entenderá aportada bajo la gravedad del juramento, y una vez efectuada la inscripción no podrá ser modificada bajo ninguna circunstancia. Los aspirantes asumirán la responsabilidad de la veracidad de los datos consignados en el momento de la inscripción, así como de los documentos que acrediten el cumplimiento de requisitos.

4. Pruebas. Las pruebas de conocimiento se dirigen a establecer la capacidad, idoneidad y aptitud del aspirante frente al cargo. La valoración de los factores anteriores se realizará a través de pruebas de conocimiento objetivas, elaboradas por un establecimiento de educación superior público o privado debidamente acreditado y con enfoque en temáticas que giren en torno a Gerencia Pública, control fiscal, organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y las relaciones del ente de control y la administración pública.

Los parámetros de ponderación estarán previamente establecidos en la convocatoria y la prueba es de carácter eliminatorio.

5. Criterios de selección. En todo caso, el criterio de mérito prevalecerá para la selección del Contralor General de la República, en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Constitución Política y el mayor merecimiento de los aspirantes estará dado por la ponderación en las pruebas de conocimiento, la formación profesional, la experiencia, la competencia, la actividad docente, la producción de obras en el ámbito fiscal y la aptitud específica para el ejercicio del cargo y el desempeño de la función.

La valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, tendrán el valor que se fije en la convocatoria.

6. Entrevista. Una vez seleccionados los 10 elegibles las Plenarias de Senado Y Cámara escucharán por separado y por el tiempo que señale la Mesa Directiva a cada uno de los candidatos.

Cumplido lo anterior las Mesas Directivas de Senado y Cámara convocarán a Congreso Pleno para elegir al Contralor.

**PARÁGRAFO**. En la página web del Congreso de la República, durante cinco (5) días hábiles, se publicará el listado de preseleccionados, con los nombres y apellidos completos, el

número de la cédula de ciudadanía y la dirección de la página web dispuesta por el Presidente del Congreso donde se puedan recibir las observaciones que tenga la ciudadanía sobre los aspirantes.

**ARTÍCULO 12. Vigencia y derogaciones.** La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 23 de la Ley 5 de 1992.

**PARÁGRAFO TRANSITORIO. Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente Ley se aplicará por analogía.**

Por su parte, el artículo 126 de la Constitución Política dispone:

**ARTICULO 126.** <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

**Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.**

Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio <sic> de sus funciones:

Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil.

Ahora bien, respecto de la elección del secretario de los Concejos municipales la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>1</sup> esgrimió:

#### **A. La elección de los Secretarios de los Concejos Municipales**

La Constitución Política establece en el artículo 312, modificado por el artículo 5º del Acto Legislativo No. 1 de 2007, que en cada municipio hay una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denomina Concejo Municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros, según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva.

El artículo 313 de la Carta establece dentro de las funciones de los Concejos, en el numeral 8º, la de elegir Personero para el período que fije la ley *“y los demás funcionarios que esta determine”*.

Dentro de tales funcionarios están los Secretarios de los Concejos Municipales, cuya elección se encuentra establecida en los artículos 35 y 37 de la Ley 136 del 2 de junio de 1994, *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”*, los cuales señalan lo siguiente:

*“Artículo 35. Elección de funcionarios. Los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación<sup>2</sup>. En los casos de faltas absolutas, la elección podrá hacerse en cualquier período de sesiones ordinarias o extraordinarias que para el efecto convoque el alcalde.*

*Siempre que se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso”*.

*“Artículo 37. Secretario. El Concejo Municipal elegirá un secretario para un período de un año, reelegible a criterio de la corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo.*

*En los municipios de las categorías especial deberán acreditar título profesional. En la categoría primera deberán haber terminado estudios universitarios o tener título de nivel tecnológico. En las demás categorías deberán acreditar título de bachiller o acreditar experiencia administrativa mínima de dos años.*

*En caso de falta absoluta habrá nueva elección para el resto del período y las ausencias temporales las reglamentará el Concejo”*.

[...]

#### **D. La aplicación de la Ley 1904 de 2018 por analogía, a la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales**

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado; Sala de Consulta y Servicio Civil; Consejero Ponente: Édgar González López; Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00234-00(2406); Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

<sup>2</sup> Esta frase inicial del artículo 35 fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-107 del 15 de marzo de 1995.

La Ley 1904 del 27 de junio de 2018, *“Por la cual se establecen las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General de la República por el Congreso de la República”*, dispone en su artículo 12 lo siguiente:

***“Artículo 12. Vigencia y derogaciones.*** *La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación<sup>3</sup> y deroga todas (sic) disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 23 de la Ley 5 de 1992.*

***Parágrafo transitorio.*** *Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicará por analogía”.* (Subraya la Sala).

El verbo rector *“aplicar”* que utiliza el parágrafo transitorio del artículo 12, está empleado en tiempo futuro: *“se aplicará”*, de manera que hay un mandato de aplicar la analogía en las demás elecciones de servidores públicos, es decir, distintas a las del Contralor General de la República (arts. 1 y ss.) y los Contralores departamentales, distritales y municipales (art. 11), atribuidas a las corporaciones públicas, conforme a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política.

Así las cosas, ante la pregunta de la consulta, la Sala encuentra que en el caso específico de la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales por parte de estos, se deben aplicar por analogía, las disposiciones de la Ley 1904 de 2018, conforme a lo establecido por el parágrafo transitorio del artículo 12 de esta, por cuanto dichos Secretarios son servidores públicos y los Concejos Municipales constituyen corporaciones públicas, lo cual significa que se dan los supuestos de la norma contenida en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución, al cual remite el citado parágrafo transitorio.

Así las cosas, conforme a lo establecido en la norma en cita *“salvo los concursos regulados por la ley”*, la elección de servidores públicos asignada a corporaciones públicas, como son los Concejos Municipales, debe hacerse previa una convocatoria pública reglada por la ley.

En este sentido, la ley debe fijar los requisitos y procedimientos, los cuales deben garantizar los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para la selección de tales servidores públicos.

Esta norma constitucional, al introducir la modalidad de convocatoria pública reglada por la ley, con determinación de los requisitos y procedimientos que garanticen los mencionados principios, modifica ciertamente, por ser de superior jerarquía normativa y,

---

<sup>3</sup> La promulgación de esta ley ocurrió el 27 de junio de 2018 en el Diario Oficial No. 50.637, páginas 1 a 3.

además, posterior, lo establecido en los artículos 35 y 37 de la Ley 136 de 1994 sobre la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales.

Ahora bien, se observa que la Ley 1904 de 2018 que reguló la elección del Contralor General de la República, dispuso su aplicación por analogía, a las demás elecciones de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas, mientras el Congreso regula dichas elecciones, conforme a lo señalado por el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución, en tales elecciones se encuentran lógicamente, las de los secretarios de los Concejos Municipales.

Respecto de la aplicación de la ley por analogía, la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado en el concepto citado en líneas anteriores, expuso:

### **C. La analogía de las normas jurídicas**

La Sala se ha ocupado en diversas ocasiones, de la analogía como una modalidad de interpretación de las normas jurídicas que sirve para dar solución a los vacíos normativos que se presentan, ante la imposibilidad de que las leyes y los reglamentos regulen todas las situaciones y circunstancias de las personas naturales y jurídicas y de sus relaciones sociales, económicas, políticas y culturales.

Es así que resulta oportuno citar el Concepto No. 2274 del 10 de noviembre de 2015, mediante el cual la Sala hizo un estudio sobre la analogía en el ámbito del derecho público y la posibilidad de su uso dentro del marco del principio de legalidad.

En esa oportunidad, la Sala expresó lo siguiente:

"(...) la aplicación analógica de la ley se encuentra prevista en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 de la siguiente manera:

*"Artículo 8º. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".*

Esta disposición, que forma parte de un conjunto de reglas generales orientadas a solucionar vacíos legislativos, incongruencia en las leyes, oposición entre ley anterior y ley posterior y la forma de hacer el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo (artículo 1 de la Ley 153 de 1887), fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-083 de 1995, en la cual se indicó que la analogía es *la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, "pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma."*

La analogía supone entonces (i) un asunto o conflicto que debe resolverse; (ii) la inexistencia de una ley exactamente aplicable a ese asunto; y (iii) una ley que regula casos o materias semejantes (no iguales) que comparten la

misma razón jurídica y, por tanto, admiten la misma solución en derecho<sup>4</sup>. Si se dan estas condiciones, se permite aplicar la ley análoga o semejante:

*"7.2.7 De esta manera, en el proceso de integración normativa, la analogía surge como un mecanismo de expansión del derecho frente a aquellos casos en los que no existe regulación alguna. En otras palabras, la analogía implica atribuir al caso no regulado legalmente, las mismas consecuencias jurídicas del caso regulado similarmente. Sin embargo, para que dicho razonamiento sea válido jurídicamente, se requiere que entre los casos exista una semejanza relevante, que además de ser un elemento o factor común a los dos supuestos, corresponda a una razón suficiente para que al caso regulado normativamente se le haya atribuido esa consecuencia específica y no otra."<sup>5</sup>*

Ahora bien, pese a que no existe una prohibición para aplicar las reglas de interpretación normativa de la Ley 153 de 1887 en el ámbito del derecho público -de hecho su uso es frecuente-, no pueden pasarse por alto los límites que se presentan en el caso particular de la analogía, debido a la sujeción de las autoridades administrativas al principio de legalidad (artículos 4, 121 y 122 C.P.). Particularmente, la primera y más importante limitación tiene que ver, como ha advertido el Consejo de Estado, con la imposibilidad de asignar competencias a una autoridad pública por analogía:

"El imperio del derecho frente a la arbitrariedad en el ejercicio del poder, constituye una de las más importantes garantías de las libertades ciudadanas, pues permite la vigilancia y el control de los actos y de los agentes del poder, el reclamo por el cumplimiento de los objetivos y finalidades estatales, el ejercicio de las acciones en interés general o particular, la realización de la justicia y el mantenimiento de la seguridad jurídica como fines últimos del derecho.

Este principio permite deducir que, en un Estado de derecho, como el nuestro, no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía, circunstancias que desvirtúan su esencia; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a determinada autoridad es indelegable e intransferible, salvo norma que lo autorice expresamente; y, finalmente, que las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado."<sup>6</sup>

También por virtud del principio de legalidad y de las garantías al debido proceso, la jurisprudencia ha considerado que la analogía tiene restricciones en materia tributaria<sup>7</sup>, sancionatoria<sup>8</sup>, de inhabilidades e

---

<sup>4</sup> Sentencia SU-975 de 2003: "El principio de la analogía, o argumento *a simili*, consagrado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, supone estas condiciones ineludibles: a) que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma, y c) que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera."

<sup>5</sup> Sentencia T-734 de 2013.

<sup>6</sup> Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2000. Radicación número: 16973. Ver también de la Sección Cuarta la Sentencia del 28 de agosto de 1992, exp. 1992-4158: "En ningún caso es viable la analogía como procedimiento discrecional de corporaciones, órganos o funcionarios administrativos, para la adopción permanente de preceptos jurídicos, en órbita territorial o respecto de materias no previstas expresamente por el sistema normativo que se pretende acoger."

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 3 de noviembre de 2007, exp. 2000-0718.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 18 de noviembre de 2007, exp. 2006-02007. Igualmente del Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 22 de septiembre de 2004, exp. 2002-0117.

incompatibilidades<sup>9</sup> y, en general cuando se utiliza para extender el ámbito de aplicación de normas exceptivas<sup>10</sup> o prohibitivas<sup>11</sup>.

Por lo demás, si la analogía se aplica dentro del marco del principio de legalidad y con respeto del debido proceso y los derechos fundamentales de los ciudadanos, es una herramienta válida para solucionar también problemas jurídicos en el ámbito del derecho administrativo. Debe recordarse, como se señaló en la Sentencia C-083 de 1995, que en la analogía no hay apartamiento o separación de la ley sino precisamente lo contrario, es decir, reafirmación de que una determinada situación será regida por una norma legal que regula una hipótesis que en esencia responde a la misma razón jurídica de aquella que se debe atender. Así, en el razonamiento por analogía el operador jurídico, que en el caso analizado serían las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales, *“no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley”*<sup>12</sup>.

Sobre este último aspecto la Corte Constitucional reiteró recientemente que cuando se recurre a la *analogía legis* o a la *analogía iuris* para resolver una determinada cuestión de derecho<sup>13</sup>, *“en realidad [se] aplica la “ley”, pues “las soluciones que surgen en virtud de la aplicación de la primera forma de analogía y las reglas generales del derecho que resultan de la segunda, constituyen una genuina expresión del imperio de la ley”*<sup>14</sup>. De este modo, se ha aclarado que la analogía no es una fuente subsidiaria del derecho -como la doctrina constitucional o los principios generales del derecho que también se mencionan en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y se aplican en ausencia de referentes normativos- sino que queda comprendida en el mandato superior de sujeción a la “Constitución y la ley” (artículo 230 C.P.)<sup>15</sup>.

En consecuencia, cuando la competencia administrativa existe y de lo que se trata es de establecer el procedimiento para su aplicación, como sucede en el caso que se revisa, la analogía puede ser utilizada para asegurar el cumplimiento de la función asignada, más aún cuando esta tiene rango

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 16 de febrero de 2012, exp. 2009-00103.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de enero de 1998, exp. 1998-120 AC. Igualmente, de la Sección Quinta Sentencia del 28 de noviembre de 1995, exp.1995-1471.

<sup>11</sup> “En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente.” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. 1993-1895.) Ver también Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 23 de septiembre de 2007, exp. 2003-00126: “A ello cabe agregar que (...) la responsabilidad de las personas igualmente debe tener origen en la ley según el artículo 6º de la Constitución Política, a cuyo tenor ‘Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes’, de allí que sea reiterativa y uniforme la jurisprudencia sobre la improcedencia de establecer responsabilidad a las personas por analogía o por extensión.”

<sup>12</sup> Sentencia C-083 de 1995: “(...) la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación”.

<sup>13</sup> “Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como ‘*analogía legis*’, y se la contrasta con la ‘*analogía iuris*’ en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.” (Sentencia C-083 de 1995)

<sup>14</sup> Sentencia C-284 de 2015.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

constitucional. De hecho, el propio legislador ha previsto que las autoridades administrativas no puedan invocar la falta de un procedimiento administrativo para eludir el ejercicio de sus competencias, pues para ese efecto ha establecido uno general (marco) aplicable en ausencia de una norma especial (artículos 2º y 34 CPACA). Por tanto, bien sea por virtud de la aplicación analógica de una ley similar o de la aplicación supletiva del CPACA, siempre será posible solucionar vacíos en las normas de procedimiento aplicables para el ejercicio de una determinada función administrativa, pues debe recordarse que las autoridades públicas también son responsables por omisión en el cumplimiento de sus funciones (artículo 6º C.P.).

Así las cosas, encuentra esta Sala que, se debe aplicar la Ley 1904 de 2018 por analogía, para la elección del secretario resulta pertinente.

#### **Caso bajo estudio**

La parte actora discute que, para la elección del secretario del Concejo municipal de la Dorada – Caldas, no se adelantó el concurso de méritos ni se establecieron de forma clara las condiciones de la elección.

Revisadas las Resoluciones nro. 126 del 27 de octubre de 2021 y nro. 131 del 18 de noviembre de 2021, por medio de las cuales se convocó a la elección de secretario general del Concejo municipal de La Dorada – Caldas para el periodo 2022, observa la Sala que, en dichos actos administrativos se consigna las características generales del cargo, la remuneración, la formación académica y la experiencia requerida para desempeñar el cargo, las funciones generales del cargo, la forma de divulgación de la convocatoria, los documentos que deben acreditarse para aspirar al cargo, lugar y plazo para la presentación de las hojas de vida y demás documentos, la evaluación de las hojas de vida, *ítem* en el cual se consiga que, serán evaluadas por el comité de acreditación documental y revisión de las hojas de vida, la oportunidad para presentar reclamaciones frente al informe de evaluación de las hojas de vida, el plazo para dar respuestas a las reclamaciones, y el *ítem* de elección del secretario general donde se indica que, las hojas de vida que se declaren habilitadas serán estudiadas por el Concejo quien después de realizar una entrevista se realice la votación para la elección de la persona que ejercerá el cargo de secretario general.

Así las cosas, observa esta Sala que, la convocatoria adelantada por el Concejo Municipal de La Dorada-Caldas estableció en forma general todos y cada uno de los elementos necesarios para realizar el concurso para la elección del Secretario de esa corporación, aplicando para ello, las exigencias de la ley para elección de contralores Ley 1904 de 2018.

De otro lado, si bien se pudiera esgrimir que frente la regla de evaluación de la hoja de vida, la misma se consignó en una forma escueta, pues no se dijo qué se evaluaría, es de

suponerse que lo más importante era cumplir con los requisitos para ejercer el cargo, que para el caso de la categoría del Municipio de la Dorada-Caldas, exige únicamente además de los requisitos de ley sobre inhabilidades e incompatibilidades, el de demostrar la calidad de bachiller.

También se podría esgrimir, que no se especificaron los parámetros de cómo se realizaría la entrevista, pero esta es una condición que no necesariamente debe ir en la convocatoria, y puede surgir de regulaciones internas al seno de la corporación.

Lo más importante que observa la Sala, es que la manera como se hizo la convocatoria, se encuentra consignada en forma muy clara los requisitos y procedimientos para el concurso, de tal manera que se cumplió con el principio fundamental de la transparencia, se hizo debidamente la divulgación del acuerdo, cumpliendo con la publicidad, de tal manera que todas y cada una de las personas que estuvieran habilitadas a participar lo podrían haber hecho en igualdad de condiciones, y en todo caso, los argumentos en contra de la convocatoria, como lo es no especificar cómo se evaluaría la hoja de vida y los parámetros de la entrevista, en primer momento no impedían que otras personas se presentaran para el cargo, y siendo que, como quedó demostrado, el señor Edgar Fernando Ortiz Martínez fue el único que se presentó para la convocatoria, cualquier discusión sobre esta irregularidad formal es irrelevante.

Por otra parte, le correspondía a la parte atora, demostrar cómo y en qué forma diferente a la anteriormente señalada se transgredió la normativa que debió arropar esta elección, y lo expuesto no es suficiente para declarar la nulidad del acto de elección del señor Secretario del Concejo Municipal de La Dorada-Caldas.

Así las cosas, encuentra esta Sala que no hay lugar a declarar la nulidad del acto de elección del secretario del Concejo Municipal de La Dorada-Caldas.

#### **Costas**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021, no procede condena en costas en este asunto, por tratarse de un proceso en el que se ventila un interés público.

Por lo expuesto, la Sala Primera del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO de CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: DENEGAR** las súplicas de la demanda de nulidad del acto de elección por medio del cual el Concejo del Municipio de La Dorada-Caldas designó al Señor **EDGAR FERNANDO ORTIZ MARTÍNEZ** como secretario general de dicha corporación para el período 2022, acto de elección realizado en la sesión plenaria del 29 de noviembre de 2021 como consta en el Acta 081.

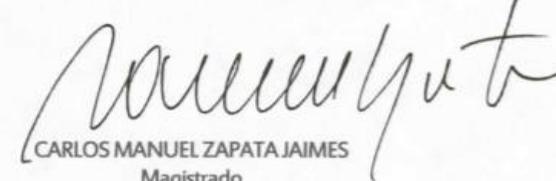
**SEGUNDO: SIN COSTAS.**

**TERCERO: NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 289 del CPACA.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático *"Justicia Siglo XXI"*

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

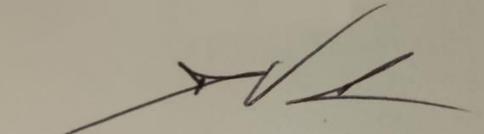
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el .24 de marzo de 2022, conforme Acta nro. 017 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



**PATRICIA VARELA CIFUENTES**  
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico No. 054 del 28 de marzo de 2022.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)

<b>PROCESO No.</b>	<b>17001-33-33-001-2020-00323-02</b>
<b>CLASE</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>ACCIONANTE</b>	<b>ANA ISMENIA GARCÍA BARCO</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>LA NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS</b>

Estando el proceso a Despacho para proferir sentencia, conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 09 del expediente digital de segunda instancia, en la cual se informa que, al hacer el reparto en segunda instancia y su correspondiente registro en el Sistema Siglo XXI la Oficina Judicial por un error involuntario, tal y como constancia en el PDF nro. 08 del proceso de la referencia, le asignó un radicado distinto al proceso, conforme a lo estipulado en el artículo 132 del C.G.P aplicable por remisión expresa del artículo 208 del CPACA, se hace necesario que por Secretaria se notifique nuevamente el auto por medio del cual se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito el 23 de septiembre de 2021.

En consecuencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup> (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) SE ADMITE el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 05 de octubre de 2021 (No. 31 expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero administrativo del Circuito de Manizales el 23 de septiembre

de 2021, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 23 de septiembre de 2021.

Notifíquese Personalmente al Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
**Magistrado**



**Firmado Por:**

**Carlos Manuel Zapata Jaimes**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Dirección Ejecutiva De Administración Judicial**  
**División 1 De Sistemas De Ingeniería**  
**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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:  
**66f0281d8a1627fad8024a074a07b888b64b285e59e4b3d7bbf1e17d9bc6ee2b**  
Documento generado en 25/03/2022 08:53:56 AM

17001-33-33-001-2020-00323-02 Nulidad y Restablecimiento del Derecho

A.I. 115

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** A Despacho del señor Magistrado el presente proceso, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)



Carlos Andrés Díez Vargas

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-33-004-2021-00024-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	DORA CECILIA PARRA CASTRO
DEMANDADO	LA NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup> (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por el demandado el 18 de enero de 2022 (No. 20 del expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida en audiencia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 10

<sup>1</sup> También CPACA

de diciembre de 2021, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 10 de diciembre de 2021.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Maestrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 54 de fecha 28 de marzo de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Carlos Andrés Díez Vargas

Carlos Andrés Díez Vargas  
Secretario

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** A Despacho del señor Magistrado el presente proceso, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)



Carlos Andrés Díez Vargas  
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-39-006-2017-00393-02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	OLGA LILIANA RAMIREZ SUÁREZ - OLIVER DE JESÚS GONZALEZ MARTÍNEZ
DEMANDADO	LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup> (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por el demandante el 03 de febrero de 2022 (No. 034 expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 02 de febrero de

<sup>1</sup> También CPACA

2022, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 02 de febrero de 2022.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Maestrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 54 de fecha 28 de marzo de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Carlos Andrés Díez Vargas  
Secretario

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** A Despacho del señor Magistrado el presente proceso, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)



Carlos Andrés Díez Vargas  
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-39-006-2019-00342-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	JUAN EVANGELISTA CUARAN MALES
DEMANDADO	LA NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTROS

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup> (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por el demandante el 17 de enero de 2022 (No. 22 del expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 14 de diciembre de

<sup>1</sup> También CPACA

2021, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 15 de diciembre de 2021.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Maestrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 54 de fecha 28 de marzo de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Carlos Andrés Díez Vargas  
Secretario

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022).

<b>RADICADO</b>	17-001-33-39-008-2016-00220-02
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	REPARACIÓN DIRECTA
<b>DEMANDANTES</b>	DIDIER JOHANNY TORRES CASTAÑO, VIVIANA MONTOYA GAITÁN, EMILY TORRES MONTOYA (representada por sus padres); HÉCTOR DE JESÚS MONTOYA GAITÁN, JULIO CÉSAR GAITÁN HERRERA, NIDIA AMPARO GAITÁN DE ARIAS, HUMBERTO ARIAS GIRALDO, SANDRA PAOLA ARIAS GAITÁN Y ELSA MARÍA ARIAS GAITÁN
<b>DEMANDADOS</b>	HOSPITAL SAN MARCOS DE CHINCHINÁ
<b>LLAMADO EN GARANTÍA</b>	ASEGURADORA DE COLOMBIA

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 28 de mayo de 2020, dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

1. Se declare administrativamente responsable al Hospital San Marcos de Chinchiná-Caldas, de los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia de la falla en el servicio en que incurrió la entidad y que originó la muerte del menor Santiago Torres Montoya.

2. Como consecuencia de lo anterior, condenar a la entidad demandada, como reparación o compensación del daño y perjuicio ocasionado, a pagar a los actores, o a quienes sus derechos representen, los siguientes conceptos indemnizatorios en los niveles y proporciones indicadas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado que data del 28 de agosto de 2014:

A. Perjuicios morales:

➤ A Didier Johanny Torres Castaño (padre) y Viviana Montoya Gaitán (madre), o a quienes sus derechos representen, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno, al momento de quedar en firme la sentencia.

➤ A Emily Torres Montoya (hermana), Héctor de Jesús Montoya Ortiz (abuelo) y Azucena Gaitán Herrera (abuela), a cada uno de ellos al momento de quedar en firme la sentencia (sic).

➤ A Lina María Montoya Gaitán (tía), julio César Gaitán Herrera (tío abuelo), Nidia Amparo Gaitán de Arias (tía abuela), o a quienes sus derechos representen, la suma de 35 salarios mínimos legales mensuales, al momento de quedar en firme la sentencia.

➤ A Sandra Paola Arias Gaitán (prima) y Elsa María Arias Gaitán (prima), o a quienes sus derechos representen, la suma de 25 salarios mínimos legales mensuales, al momento de quedar en firme la sentencia.

➤ A Humberto Arias Giraldo (tío abuelo), o a quienes sus derechos representen, la suma de 15 salarios mínimos legales mensuales, al momento de quedar en firme la sentencia. }

B. Por daño a la vida de relación, para el señor Didier Johanny Torres, Viviana Montoya Gaitán y Emily Torres Montoya, o a quienes sus derechos representen, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales, al momento de quedar en firme la sentencia.

3. Que todas las cantidades dinerarias sean pagadas debidamente actualizadas en su poder adquisitivo con base en el IPC, más los intereses compensatorios desde la fecha de origen de los daños y perjuicios hasta la ejecutoria de la sentencia.

4. La entidad demandada y condenada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA, pagando intereses moratorios de ley a partir de la ejecutoria de la sentencia.

## **HECHOS**

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

- La noche del 29 de noviembre de 2014, Santiago Torres Montoya presentó dolor abdominal severo por lo que fue llevado a médico particular quien indicó que, posiblemente se estaba

ante un cuadro de gastritis; recetó algunos medicamentos, con control al otro día, y recomendó que el menor fuera llevado al hospital para descartar una presunta hemorragia interna.

- En la madrugada del 30 de noviembre, y al no mostrar mejoría, el menor Torres Montoya fue ingresado al servicio de urgencias del Hospital San Marcos de Chinchiná-Caldas, donde la médica de turno decidió dejarlo en observación, y ordenó la aplicación de líquidos y la toma de exámenes paraclínicos.

- Que los resultados de los exámenes de sangre, obtenidos solo hasta las 8:15 a.m., no arrojaban un dictamen acertado acerca de la patología presentada; y sujetos a los cambios de turno, solo hasta las 9:35 a.m., la doctora indicó como diagnóstico una posible gastritis, y ordenó la aplicación de medicamentos.

- Siendo las 10:49 a.m., y luego de obtener los resultados del uroanálisis, se señaló como posible diagnóstico diabetes mellitus, por lo que se ordenó realizar glucometría, un SS cetonemia Na, K y gases arteriales, así como valoración por pediatría; en la historia clínica además se advierte la posibilidad de remitir al menor a otro nivel de atención dada la sospecha de la diabetes.

- El menor fue ingresado al servicio de pediatría, donde fue valorado a las 2:00 p.m. por la médica de turno, quien indicó a los padres que los resultados de los exámenes habían demostraron la inexistencia de diabetes, por lo que ordenó la realización de otros exámenes para descartar el diagnóstico.

- Explicó que al menor solo le estaban aplicando líquidos, y que luego de varios intentos, el personal médico logra comunicarse con el pediatra, quien solo hasta las 3:51 p.m. arribó al hospital y comenzó a revisar la historia clínica, de la cual se evidenció que el menor presentaba una masa que al tacto era dura y no móvil, que señaló el médico se trataba de un posible "popo", por lo que ordenó la práctica de nuevos exámenes y la realización de una ecografía abdominal total para ser practicada al día siguiente.

- Que el pediatra suspendió la aplicación del suero y le permitió al paciente tomar agua hasta las 10:00 p.m.; y pasados 10 minutos luego de la salida del especialista de la habitación, el menor presentó un episodio de vómito con características anormales y material oscuro, por lo que la madre salió de la habitación en búsqueda del médico pediatra, pero este ya se había marchado del hospital.

- Que el menor fue cambiado a una silla reclinable por cuanto no tenían más colchones para reemplazar el que había vomitado, y en ese momento se solicitó el cambio a una habitación, lo que fue negado bajo el argumento de existir una lista de espera. Luego de estar siete horas en una silla reclinable, finalmente el paciente fue llevado a una habitación, momento en el cual los síntomas se agudizaron más, lo que generó la aplicación de un medicamento que hizo que comenzara a delirar y hablar incoherencias, lo que conllevó a que se le suspendieran los líquidos y se ordenara la realización de otros exámenes.

- Que siendo las 6:00 a.m. del 1° de diciembre de 2014, se le tomó al menor un nuevo examen de glicemia que indicó que, la glucosa estaba normal; y que a las 7:00 a.m., y tras someterse nuevamente a la espera del cambio de turno de médicos, solicitaron los progenitores que el menor fuera valorado por otro médico, obteniendo como respuesta que debía estarse a la espera del pediatra, dado que él era quien lo estaba tratando.

- Siendo las 8:00 a.m. el menor fue llevado para que le fuera realizada la ecografía, la cual no pudo ser practicada debido al estado que presentaba el paciente, respiración acelerada, lo que no permitió la valoración de algunos órganos.

- Que luego de hora y media de habersele realizado la ecografía, pasó un médico, quien al ver el estado del paciente le permitió comer un poco de fruta y autorizó darle desayuno y agua; y luego de las 10:50 a.m. procedieron a bañar al menor, y mientras lo organizaban vomitó un líquido oscuro, espeso y de color fuerte, por lo que se alertó a los médicos, pero cuando el niño terminó de vomitar fue recostado en la cama, sin embargo, ya había dejado de respirar, lo que generó código azul, y médicos y enfermeras efectuaron maniobras de reanimación que no dieron resultados, por lo que se declaró la muerte.

- Que el informe de necropsia indicó como causa del fallecimiento una obstrucción intestinal/intususcepción-invaginación intestinal.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**Hospital San Marcos de Chinchiná:** respecto a los hechos adujo que unos no le constaban; que otros eran parcialmente ciertos; que otros eran verdaderos; y que otros no lo eran.

En relación con las pretensiones, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las planteadas por la parte demandante.

Propuso como excepciones:

- **Observancia de la *lex artis* médica por parte del Hospital San Marcos de Chinchiná:** explicó que desde que el paciente ingresó al hospital, de acuerdo a la historia clínica, se le prestó la atención médica necesaria de acuerdo a los síntomas que presentaba, la capacidad científica, y los protocolos médicos y legales establecidos en la Resolución 5162 de 1994.

Aunado a ello, destacó que la labor médica es de medio y no de resultados, y por ello se debe asegurar que la misma sea oportuna y eficaz.

Concluyó que, al menor Torres Montoya se le realizaron a la luz de la *lex artis* todos los procedimientos humanos y científicamente posibles de acuerdo a las características especiales de quien ejercía el servicio, la disponibilidad de elementos, el contexto económico y las circunstancias específicas de los síntomas que presentaba el paciente, por lo que era imposible adelantar una actuación más allá de lo que medicamente se hizo.

- **Inexistencia del nexo de causalidad entre el hecho y el daño:** manifestó que para que exista responsabilidad del Estado en materia de falla en el servicio médico, se debe acreditar el daño, el hecho generador del mismo y el nexo de causalidad que permita imputarlo.

Que para este caso se desdibujó el nexo de causalidad entre la labor efectuada y prestada por el Hospital San Marcos, a través de su planta de personal, y las consecuencias nocivas que tuvo para la salud y vida del menor; máxime porque el actuar de la entidad estuvo regida por los protocolos y obligaciones legales estipuladas para este tipo de situaciones médicas desde el momento de ingreso a la unidad de urgencias, la valoración, diagnóstico, control y seguimiento del paciente por el médico general y el especialista en pediatría.

Destacó que se trata de un caso científicamente dudoso o poco documentado, porque los síntomas no son específicos de una determinada patología, o por el contrario, son indicativos de varias afecciones, lo cual incluso se afirma con la literatura que el apoderado de la parte demandante transcribió, en la cual se señala insistentemente que los síntomas de aquella son completamente similares a las que presentan otros padecimientos, por lo que se constituye en un obstáculo para el galeno a la hora de determinar fehacientemente el diagnóstico, que los síntomas sean posiblemente la manifestación de otra enfermedad que necesita un tratamiento diferente al que es aplicable para la obstrucción intestinal, patología que conllevó al deceso del menor.

- **Falta de configuración de los elementos de la responsabilidad médica:** resaltó que para hablar de responsabilidad del Estado se debe estar en presencia de los elementos de daño,

imputación y nexo de causalidad, pero en este caso no se configuró el último, ya que desde que el menor ingresó al hospital fue atendido con la rigurosidad que de acuerdo con los protocolos médicos y el proceder científico se exigía.

- **Genérica o de oficio:** de conformidad con el artículo 282 del CGP, solicitó se declare cualquier excepción que se encuentre probada en el proceso.

Finalmente, llamó en garantía a la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia.

### **LLAMADA EN GARANTÍA**

**Aseguradora Solidaria de Colombia:** En primer momento se pronunció sobre los hechos de la demanda, y sobre la mayoría adujo que eran parcialmente ciertos y que otros no le constaban.

Indicó además que coadyuvaba las excepciones planteadas por el Hospital San Marcos de Chinchiná.

Frente a la demanda propuso la excepción que denominó *"Inexistencia de los daños a la vida de relación como tipología en materia contencioso administrativo"*, al asegurar que este tipo de daño solo es posible reclamarlo en el evento de lesiones y no de muerte, pues el único que puede solicitar su reconocimiento es la víctima directa.

Frente al llamamiento en garantía aceptó todos los hechos como ciertos; pero se opuso a la prosperidad de las pretensiones al asegurar que, aunque la vinculación era legítima, de ello no se seguía el derecho a algún tipo de indemnización.

Propuso las excepciones de:

- **Exclusión expresa del lucro cesante, daño moral, perjuicios fisiológicos o de vida de relación y la responsabilidad civil extracontractual:** señala que la póliza que sirve de fundamento al llamamiento, contiene un clausulado que dispone una serie de exclusiones entre las que se encuentran las relativas al daño moral, perjuicios fisiológicos y responsabilidad civil extracontractual, las cuales están establecidas en las pretensiones de la demanda.

- **La póliza cobertura de la póliza sujeta a la cláusula *claims made*:** explicó que la póliza estuvo vigente entre el 30/11/2014 y el 30/05/2015, por lo que se hace necesario analizar

la primera reclamación realizada al asegurado, esto es, la solicitud de audiencia de conciliación perjudicial y la realización de la misma, para así determinar si fue presentada o no dentro de la vigencia de la póliza afectada, pues la condición de afectación de la póliza es *claims made*. En este caso, la reclamación realizada al asegurado fue solicitada el 15 de enero de 2016 y fue celebrada el 3 de marzo de 2016, es decir, por fuera de la vigencia.

- **Excepción de límite de responsabilidad de la póliza:** aclaró que la póliza tiene dos límites asegurados; por ello, en caso de una condena al asegurado donde nazca la obligación de la compañía de asumir suma por concepto del amparo de responsabilidad civil, deberá de forma obligatoria descontar del valor de la indemnización a pagar el 10%, y en todo caso el deducible nunca será inferior a \$5.000.00

- **Genérica:** pidió se declare cualquier excepción que se encuentre probada.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia dictada el 28 de mayo de 2020, negó pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos el determinar si el Hospital San Marcos de Chinchiná era administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios inmateriales reclamados por los demandantes con ocasión de la muerte del menor Santiago Torres Montoya, acaecida el 1° de diciembre de 2014; y si la aseguradora Solidaria de Colombia debía resarcir los eventuales perjuicios que resultaran probados dentro del medio de control en virtud de la póliza de seguros nro. 500-88-994000000004.

En primer momento relacionó el material probatorio, y seguidamente los presupuestos de la responsabilidad del Estado, para aterrizar al caso concreto y determinar que el mismo debía ser analizado bajo el título de falla probada del servicio médico.

Procedió a revisar el elemento daño, el cual encontró acreditado con la muerte del niño Torres Montoya ocurrida el día 1° de diciembre de 2014.

En cuanto a la imputación, referenció la historia clínica y el informe pericial de necropsia, que destacó eran las únicas pruebas científicas que había en el proceso, de las cuales concluyó que el paciente recibió las atenciones debidas durante los días 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2014 para un segundo nivel de complejidad, lo que denotaba que el

servicio de salud se había brindado conforme a los protocolos médicos exigidos en la ley y la sintomatología del paciente.

Concluyó que en este caso no se probó la falla en la prestación del servicio de salud.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante interpuso recurso de apelación según memorial que reposa en el archivo #34 del expediente de primera instancia.

Comenzó por relacionar los puntos de inconformidad con la sentencia, los cuales transcribió, e indicó que el juez analizó el caso desde una falla en la prestación del servicio de salud derivado de la atención médica, cuando desde un comienzo se fundamentó la demanda bajo el título de falla probada del servicio por dos circunstancias que no fueron estudiadas: a) error en el diagnóstico y la forma de tratar la patología; y b) falta de oportunidad de un diagnóstico y tratamiento adecuado y acertado.

Aseguró que los testimonios recaudados en el proceso permiten corroborar lo dicho en la demanda, y es que el hospital incurrió en error de diagnóstico frente a la patología presentada por el menor Torres Montoya, y por ello se puede afirmar que se omitió el tratamiento efectivo y rápido que debió tenerse frente a la misma para así evitar su muerte, lo que denota una falla médica por esta razón, ya que la obstrucción intestinal y la intususcepción de niños tienen demasiada literatura médica en la cual se definen las causas, síntomas, diagnósticos, factores de riesgo y tratamiento.

En relación con la historia clínica, resaltó que, el hecho de que en ella se plasmen anotaciones, no es determinante para concluir que la atención prestada se brindó de acuerdo a los protocolos, y que los exámenes realizados estaban acordes a la patología que presentaba el menor, por lo que se confundió la atención constante con la adecuada; y para soportar su argumento procedió a citar jurisprudencia del Consejo de Estado relativa al error de diagnóstico, para hacer hincapié en que debe tenerse claro que, aunque se hayan prestado unos servicios médicos, ello no significa que los mismos estuvieran acordes a la sintomatología que presentó el menor desde que ingresó al hospital.

Adujo que en este caso la juez no permitió que se tomaran las declaraciones a los médicos que elaboraron la historia clínica, ya que no asistieron a la audiencia de pruebas sin que se les fijara nueva fecha para ser escuchados, y en tal sentido solicitó se dispusiera, al tenor

del numeral 2 del artículo 327 del CGP, en concordancia con el inciso 4 numeral 2 del artículo 212 del CPACA, la citación de los médicos Natalia Dávila Álzate y Ricardo Campuzano, para que declaren sobre cuáles fueron los protocolos médicos adelantados en la atención en el servicio de urgencias.

Y en relación con el doctor Aníbal Rueda, actual gerente del hospital San Marcos de Chinchiná, solicitó, conforme al artículo 217 del CPACA, que rindiera un informe sobre los protocolos médicos adelantados en la atención del servicio de urgencias del menor Santiago Torres Montoya, y si los mismos correspondían a los establecidos por la Sociedad Colombiana de Pediatría respecto de la obstrucción intestinal. Y que luego de rendido este informe, se designe de oficio un pediatra o gastroenterólogo pediatra para que de acuerdo a sus conocimientos valore y evalúe el informe presentado, en atención a la carga dinámica de la prueba, ya que el hospital está obligado a demostrar de manera efectiva si prestó en debida forma los servicios al menor de acuerdo al diagnóstico obstrucción intestinal.

Señaló que nunca hubo una negativa de los padres de que el menor fuera llevado a otro hospital; y más porque los médicos nunca dieron con un diagnóstico certero y efectivo de la enfermedad, pues los exámenes realizados no determinaron la diabetes y por esto se ordenó realizar nuevos exámenes y valoración por pediatría, situación que permite entender que a pesar de los exámenes y aplicación de medicamentos el menor nunca mostró mejoría, por lo que al no ser evidenciado el verdadero diagnóstico de la enfermedad, es claro que se presentó la falla del servicio, pero esta no fue correctamente valorada por el juez.

Frente al examen diagnóstico realizado transcribió apartes de la historia clínica, para resaltar que nunca se ordenó un examen a los intestinos, por lo que procedió nuevamente a transcribir la literatura relacionada con las causas, síntomas, factores de riesgo, exámenes y tratamiento de la intususcepción en los niños y la obstrucción intestinal.

Sobre el informe de necropsia, manifestó que la juez sacó conclusiones equivocadas del mismo, pues de este documento no se advierte la atención oportuna por parte del Hospital San Marcos.

Pidió entonces se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a pretensiones, pues en este caso la falta de diagnóstico no es exculpativa de responsabilidad de la demandada, ya que, en casos catalogados como sospechosos, y en los probables en el cual se encontraba el menor, se demandaba de la entidad un tratamiento efectivo, por lo cual

se debió, frente al fuerte dolor abdominal, acudir a un TAC, radiografía o ecografía abdominal, que incluso debieron practicarse de manera inmediata.

Adujo que en este caso se presentó una falla en el servicio por incumplimiento de las obligaciones de medio de la ESE, en razón que omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál era la enfermedad que sufría el paciente, se interpretó indebidamente la sintomatología y se omitió la práctica de exámenes que resultaban indicados en el caso concreto, lo que demuestra la negligencia de la demandada en la prestación del servicio médico, dado que no fue idónea.

En cuanto a las costas, expuso que el juez consideró que procedía la condena porque en el expediente reposaban los poderes otorgados por la parte demandada con la finalidad de que se ejerciera su defensa judicial, lo cual era prueba suficiente para la procedencia de la condena, pero pasó por alto que el Consejo de Estado ha establecido el criterio de no condenar en costas a la parte vencida en juicio cuando su actuar no ha sido temerario, y más en este caso que están acreditados los elementos que configuran la responsabilidad del Estado.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

**Parte demandante:** insistió en los argumentos plasmados en el recurso de apelación.

**Hospital San Marcos de Chinchiná:** no presentó alegatos de conclusión.

**Aseguradora Solidaria de Colombia:** señaló que está de acuerdo con lo decidido en la sentencia de primera instancia, porque en responsabilidad médica se está ante una obligación de medio y no de resultados, máxime cuando hay muchas enfermedades y patologías que muestran los mismos síntomas, aspecto que dificulta aún más el diagnóstico temprano y oportuno. Y añadió que es muy fácil diagnosticar en retrospectiva, pues se sabe a ciencia cierta el motivo de muerte del paciente, pero en este caso hubo que realizar necropsia para poder determinar exactamente la causa del fallecimiento. Es decir, hasta el momento mismo del fallecimiento los galenos no habían podido conocer cuál era el verdadero diagnóstico del menor.

Finalmente, mencionó nuevamente las excepciones que planteó en la contestación de la demanda.

**MINISTERIO PÚBLICO.**

No presentó concepto de fondo.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Se debe hacer claridad que el despacho sustanciador del proceso, mediante auto del 1° de marzo de 2022, resolvió de manera negativa sobre las pruebas pedidas en segunda instancia por la parte demandante.

De acuerdo a los argumentos planteados en el recurso de apelación, considera la Sala que los problemas jurídicos principales girarán en torno a determinar:

1. ¿El daño antijurídico padecido por los demandantes, muerte del menor Santiago Torres Montoya, es imputable al Hospital San Marcos de Chinchiná por error de diagnóstico?

En caso de que la respuesta anterior sea negativa se deberá establecer:

2. ¿El Hospital San Marcos de Chinchiná le restó al menor Santiago Torres Montoya la oportunidad de tener un diagnóstico claro en relación con la patología que presentaba, y a su vez acceder a un posible tratamiento médico que le hubiese permitido mejorar sus condiciones de salud?

3. ¿Hay lugar a reconocer los perjuicios reclamados en la demanda; se encuentran acreditados?

Si se halla probada la responsabilidad del Hospital San Marcos de Chinchiná en el *sub lite* se deberán analizar el siguiente problema jurídico frente al llamamiento en garantía:

4. ¿Tiene derecho el Hospital San Marcos de Chinchiná a que Aseguradora de Colombia en virtud de la póliza de responsabilidad civil clínicas y centros médicos nro. 500-88-994000000004, reembolse el pago que esta deba hacer como resultado de la sentencia?

5. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

**Lo probado**

➤ De la historia clínica del Hospital San Marcos de Chinchiná (archivo #04 expediente escaneado de primera instancia) se extrae lo siguiente:

### SERVICIO DE URGENCIAS

**30 de noviembre de 2014 a las 5:20 a.m. (anotación medicina general):**

- **Motivo y enfermedad actual:** paciente de 9 años de edad, con cuadro clínico de 6 horas de evolución consistente en dolor localizado a nivel de epigastrio y mesogastrio, urente, no irradiado, acompañando de 6 episodios de emesis de características alimentarias inicialmente. refiere la mama que hace 4 meses presento mismo episodio luego de ingesta de pizza. el día de ayer antes del inicio del dolor había ingerido pizza y posteriormente arroz con pollo. no episodios de diarrea ap: patológicos: niega. medicamentos: niega. qx:- apendicectomía hace 9 meses, requiriendo 9 días de hospitalización alérgicos: niega

Se consignó como diagnóstico “dolor abdominal localizado en la parte superior”; y se establece como conducta a seguir: dejar al paciente en observación, no darle nada vía oral, hidratación con LEV y toma de paraclínicos (cuadro hemático, PCR, parcial de orina), con una revaloración con resultados.

**30 de noviembre de 2014 a las 9:35 a.m. (anotación de medicina general):**

**Diagnóstico:** dolor abdominal – gastritis aguda?  
**Objetivo:** S: Refiere persistir con dolor abdominal en epigastrio y mesogastrio de moderada intensidad, Regulares condiciones, pálido, diaforético, con mucosas semisecas, sin dificultad respiratoria. FC: 100, FR: 20, Temp; 36:2. Ruidos cardiacos rítmicos, sin soplos, Murmullo vesicular de adecuado tono e intensidad en todo el campo pulmonar, sin, sobreagregados. Abdomen blando, depresible, sin masas o megalias, levemente doloroso a la palpación de epigastrio, sin signos de irritación peritoneal. Extremidades bien perfundidas, sin edemas. Neurológico sin déficit.  
**Reporte de paraclínicos:** hemograma: leucos: 22.200, neutros: 89.2%, HGB: 13.9, HTO: 42, plaquetas: 402.000 PCR: 0.30.  
**Análisis:** Paciente de 9 años, sin comorbilidades, quien consulta por dolor en epigastrio y emesis posterior a ingesta de alimentos. Actualmente persiste sintomático, pero sin signos de irritación peritoneal. Se ordena dosis de Ranitidina y se inicia vía oral con líquidos para definir conducta. Pendiente Uroanálisis.  
**Plan de tratamiento:** LEV. Hartmán 500 cc en bolo  
Ranitidina 50 mg. 1 ampolla iv diluida en 20

*cc de ssn  
Pendiente uroanálisis  
Revalorar*

**30 de noviembre de 2014 a las 10:49 a.m. (anotación de medicina general):**

***Diagnóstico:*** Diabetes Mellitus – Cetoacidosis diabética?

***Objetivo:*** S: Refiere sentirse mejor, con sed intensa

***Reporte de paraclínicos:*** Uroanálisis amarillo, liq, turbio, glucosa 500, PH 5, densidad 1.0025, cetonas 0-2\*c, Bacterias: escasas. Se solicita glucometría la cual reporta 220 mg/dl.

***Análisis:*** Paciente de 9 años, sin comorbilidades, quien consulta por dolor en epigastrio y mesogastrio, inicialmente con sospecha de gastritis aguda, se inicia manejo y vía oral posterior a esto llega reporte de uroanálisis el cual evidencia Glucosuria, se toma glucometría en muestra ocasional la cual reporta 220 mg/dl; con sospecha de cetoacidosis diabética, se inicia hidratación y se solicitan paraclínicos adicionales. Se habla con familiares (padres) y se les explica posible diagnóstico y la necesidad de remisión a otro nivel de atención; por el momento los padres desean esperar paraclínicos y valoración por pediatría para definir conducta.

***Plan de tratamiento:*** SS glucometría (Ya tomada)

***LEV. SSN 760 cc para pasar en 2 horas. Pasar por bomba de infusión***

***Al terminar bolo de SSN tomar glucometría***

***SS cefonemia, Na, K y Gases Arteriales 92***

***SS Valoración por Pediatría***

***Control de signos vitales – Avisar cambios***

**30 de noviembre de 2014 a las 2:20 p.m. (anotación de medicina general):**

***Objetivo:*** Adinámico, con palidez generalizada, con fc 180 xmin; fr 34 x min, mucosas secas y pálidas, c/p ruidos cardíacos rítmicos taquicárdicos, sin soplos, mv limpio sin agregados, abdomen blando, depresible, sin masas ni megalias, no doloroso a la palpación, no signos de irritación peritoneal, extremidades móviles, sin edemas, buena perfusión distal, neurológico sin déficit motor o sensitivo aparente

***Análisis:*** reportes de paraclínicos

***Cuerpos cetónicos negativos***

***Potasio 4.52***

***Sodio 137.9***

***Gases arteriales: ph 7,32, PCO2 21.3, PQ2 90, HCO3 114 BE - 14.8 Acidosis metabólica no compensada***

***Glucometría posbolo 154 mg/dl***

***Plan de tratamiento:*** paciente ansioso, refiriendo sed intensa, niega otros síntomas, se observa pálido, taquicárdico, taquipneico, no hay alteración del sensorio, se solicita electrocardiograma.

***SS ekg***

***Solución hatman 10 cc/kg/ en una hora. Pasar 380 cc en una hora***

*Vigilar estado neurológico  
Pendiente valoración por pediatría*

**30 de noviembre de 2014 a las 3:51 p.m. (anotación de médico pediatra):**

***Subjetivo: pediatría***

*Reinterrogó a la madre quien refiere cuadro que inicia anoche súbitamente hacia las 10 pm con dolor en epigástrico consultan a médico en casa quien inicia manejo con hidróxido de aluminio sin mejoría. consultan a urgencias donde realizan manejo sintomático con ranitidina con mejoría. realizan paraclínicos donde se observa hemograma así: leucocitos 22200, n 87 l: 9-plaquetas 402000; hb: 13.9-hcto: 42. uroanálisis con glucosa 500, cetonas 10 mg/dl, ph: 5, du 1025-sedimento no activo pcr 0.30-- cuerpos cetónicos en sangre negativos, potasio 4.5-sodio 137.9.*

*inician manejo hídrico pero ante la ausencia de cetonuria descartan cetoacidosis diabética.*

*solicitan valoración por pediatría.*

***Objetivo:*** *paciente en cama, inquieto, activo, niega dolor, con mucosas semisecas, sin dificultad respiratoria. órganos de los sentidos: sin aleteo nasal, sin cianosis central. expande y ventila simétricamente, sin agregados, rscsrs, no soplos abdomen blando, depresible, cicatriz en flanco derecho, en mesogastrio se palpa masa dura no dolorosa, no móvil. no hay dolor ni signos de irritación peritoneal. extremidades con buena perfusión distal, llenado capilar 2 segundos. snc: sin déficit*

***Análisis:*** *paciente con cuadro no claro, con hiperglicemia y glucosuria, dolor abdominal resuelto sensación de masa en mesogastrio, no cuerpos cetónicos y disminución de la glicemia basal.*

*se hospitaliza para manejo y ante la persistencia de la elevación de las cifras de glicemia se debe remitir a iii nivel para complementar estudios.*

*hospitalizar*

*dieta hipoglicémica- no dar nada después de las 10 pm – dejar tapon salino*

*ss hemograma, uroanálisis de control, hemoglobina glicosilada mañana en ayuna realizar glicemia basal*

*ss ecografía abdominal total*

*revalorar con reportes*

**SERVICIO DE HOSPITALIZACIÓN**

**30 de noviembre de 2014 a las 11:08 p.m.:**

***Subjetivo:*** *ingreso hospitalización*

***Diagnóstico 1. Diabetes Mellitus? - Cetoacidosis Diabética?***

*S: paciente refiere dolor abdominal de localización difusa, encuentro tranquilo en cama y al verme inmediatamente se torna ansioso, manifiesta Intranquilidad y realiza cambios de posición en repetidas ocasiones. Adecuada diuresis.*

*TA: 100/70, FC: 87, ER: 18, SAO2: 96%, T:39 grados Palidez*

*muco cutánea, orl sin alteraciones, alerta, orientado, inicialmente tranquilo en cama, al verme se torna intranquilo y realiza cambios de posición en varias ocasiones. Campos pulmonares con adecuada ventilación, murmullo vesicular limpio sin ruidos sobreagregados, ruidos cardíacos rítmicos sin soplos, abdomen se encuentra levemente distendido en ocasiones con defensa abdominal voluntaria, lo que dificulta realizar examen cuidadoso de abdomen, no alcanza a percibir sensación de masa abdominal, encuentro acentuación del dolor en hipocondrio derecho pero con un murphy negativo, blumberg y microblumberg negativos. No encuentro signos de irritación peritoneal, extremidades: móviles, adecuadamente perfundidas con un llenado capilar menor de 2 segundos.*

**Análisis:** *paciente de 9 años de edad, quien asiste a consulta en urgencias en compañía de sus padres el día de ayer a las 4+30 por 6 horas de evolución de dolor a nivel de epigastrio urente, tipo cólico en urgencias se encuentra paciente deshidratado y se inicia hidratación con bolo de 500 cc de hartman obteniendo mejoría del cuadro, se toman paraclínicos con hemograma que reporta leucocitosis y neutrofilia, parcial de orina con glucosa de 500 y cetonas de 10 con sedimento no activo. PCR 0.3. Posteriormente se toma glucometría que reporta 220 y se hace manejo de la misma con LEV se toman gases arteriales con acidosis metabólica y cuerpos cetónicos en sangre negativos. Aunque no son claros todos los criterios para una cetoacidosis diabética, el es diagnóstico presuntivo que se tiene en el paciente. Fue valorado por pediatría y encuentra sensación de masa a nivel de mesogastrio por lo que solicitan ecografía abdominal total, y deja aclaración que si persiste elevación de cifras de glicemia se debe remitir a III nivel para complementar estudios. Al realizar el ingreso a hospitalización encuentro paciente inicialmente tranquilo acostado en cama, pero al verme se torna ansioso e intranquilo y manifiesta mucho dolor abdominal al valorarlo encuentro dolor a la palpación de hipocondrio derecho, murphy negativo y sin signos de irritación peritoneal, ante lo-bizarro del cuadro decido solicitar pruebas hepáticas para descartar alteraciones a este nivel. Además, abdomen no quirúrgico decido iniciar manejo sintomatológico. Encuentro paciente con temperatura de 39 grados adiciono dipirona al manejo se realiza glucometría: 107 mg/dl.*

**1 de diciembre de 2014 a las 5:23 a.m.:**

**Subjetivo:** *reporte de paraclínicos*

**Objetivo:** *paraclínicos en parámetros de normalidad*

**1 de diciembre de 2014 a las 01:01 p.m.:**

**Subjetivo:** *nota retrospectiva – se estaba atendiendo paro*

**Objetivo:** *atiendo paciente en paro cardiorespiratorio, cianótico con pupilas plenas. orofaringe con abundante cantidad de material fétido, no sangrado.*

*CP: en apnea. Se intuba en primer intento sin complicaciones, se verifica paso del TOT por orofaringe y se verifica ventilación simétrica.*

*Abdomen distendido, cicatriz sana.*

*Extremidades: sin pulso, mala perfusión distal*

*SNC: pupilas plena sin respuesta*

*Análisis: pediatría*

*nota retrospectiva pues se estaba atendiendo código azul.*

*Atiendo llamado de médico Interno (10:50 am) mientras me encontraba en consulta porque el paciente realizo paro cardiorespiratorio.*

*Ingreso a la habitación 211 y encuentro personal medico y de enfermería reanimando al paciente quien se encuentra cianótico y con pupilas dilatadas.*

*Se verifica permeabilidad de la vía aérea, se aspira orofaringe y se encuentran secreciones fetidas, fecaloides?? que también se visualizan en ropa y cuello.*

*Se realiza limpieza de vía aérea y se realiza IOT en primer intento, se verifica paso del tubo en cuerdas vocales y entrada de aire simétrica en bases.*

*Se verifica ritmo simultáneamente con el desfibrilador y se observa Asistolia. Se administra una segunda dosis de adrenalina (ya el personal que había asumido la reanimación había pasado la primera dosis). (10:53 am). Se continúa masaje cardíaco y se dan ventilaciones efectivas alternando el personal médico que las da*

*cornología de los medicamentos:*

*Adrenalina:*

*10:56-10:58 - 11:03 (atropina) - 11:08-11:11 11:15-11:18 - 11:20-11:23 - 11:26 - 11:29-11:32 -*

*Atropina: 11:03*

*A las 11:05 se documenta glucometría 21 mg/dl se pasa Dextrosa: bolo al 10% - 2 cc por Kg y se repitió a las 11:10 por glucometría de 53 mg/dl*

*A las 11:18 glucometría de 106*

*Hartman, se pasaron bolos de reanimación de 500 cc a razón de 20 cc/kg en cada bolo*

*Se toman gases a las 11:07 que muestra ph 7,04 (disminuido) – PCO2: 49.4 – Po2: no marca, Na: 137 – potasio 6.9 (aumentado) – cloro 103,2, HCO3: 13.4 (disminuido), Hb 13,7 Se verifica pulso durante la reanimación (siempre estuvo sin pulsos centrales o periféricos en tirmo de paro) 11:58 asistolia – 11:03 asistolia – 11:05 asistolia – 11:40 asistolia – 11:50 se declara la muerte del paciente.*

*Ecografía de hoy: hígado de forma, tamaño preservados, de ecogenicidad habitual, vías biliares intra y extrahepáticas de tamaño y relación cortico medular habitual, bazo normal, aorta y estructuras retroperitoneales vasculares no valorable por distensión aérea, vejiga vacía, ascitis*

*Conclusión: ascitis*

*Se informa al familiar del paciente Julio Gaitán que es necesario realizar necropsia clínica.*

**Subjetivo:** Nota retrospectiva – médico general de turno

**Objetivo:** se recibe turno a las 7am a la Dra Natalia Dávila quien comenta que en la noche ingreso a hospitalización paciente de 9 años de edad procedente de urgencias por cuadro clínico de 6 horas de evolución consistente en dolor en epigastrio tipo urente al ingreso deshidratado. me informa que el día 30 es valorado por pediatría quien solicito paraclínicos que puedan orientar el diagnóstico del paciente para lo cual solicito eco abdominal total glicemia a central y hemoglobina glicosilada. hacia las 8 am se revisa paciente quien se encuentra orientado en tiempo lugar y persona quién durante el interrogatorio se evidencia ansioso hablando de video juegos todo el tiempo pero respondía al interrogatorio coherentemente se, empieza el examen físico y se encuentran los siguientes signos vitales: fc90 fr18 saturación de 96% sin oxígeno temperatura de 38.1 se colocan medios físicos al examen físico positivo distensión abdominal sin ninguna otra alteración se habla con los padres acerca del estado del paciente se les explica que se espera la eco abdominal total para tomar conducta se le insiste al paciente que injiera alimentos me dice que solo desea liquido al pasarle el líquido se le cae por lo cual no lo toma se solicita glucometría 107 salgo de la habitación 2 minutos después me informa el acompañante del paciente de la 211b que el niño se ve en regulares condiciones generales que esta con episodios de emesis de inmediato se procede a verificar el estado del paciente encuentro paciente sentado en brazos de la madre con restos de emesis de tipo fecaloide al acostarlo en la cama no encuentro pulso por lo que procedo a iniciar medidas de reanimación hacia las 10.52 con el personal médico al minuto ingresa el pediatra se continua medidas de reanimación por una hora las cuales fueron no exitosas

1 de diciembre de 2014 a las 01:25 p.m.:

**Subjetivo:** terapia respiratoria

Nota retrospectiva

Se estaba acompañando la atención código azul

**Análisis:** Mientras me encontraba en consulta en fisioterapia, atiendo el llamado del medico interno (11:00 am) porque el paciente realizó paro cardiorespiratorio, ingreso a la habitación y encuentro a personal medico, auxiliares de enfermeria y enfermeras en proceso de reanimacion del paciente, quien se encontraba cianótico y con las pupilas dilatadas, el medico encargado del codigo azul me comenta que al paciente ya habia sido aspirado una vez con abundante secreciones de olor fetido, se evidencia también secreciones en ropa y cuello, se ausculta al paciente verificando el paso del TOT por orofaringe y se verifica ventilacion simetrica, realiza nueva aspiración de secreciones en boca para eliminar residuos que pueden haber quedado durante el proceso de reanimacion pero no se aspira nada, se ausculta nuevamente

*y se encuentra traquea limpia sin secreciones, durante el código azul se revisó la vía aérea respiratoria superior sin producción de secreciones, paciente que no responde a la reanimación.*

- El informe pericial de necropsia nro. 2014010117174000077 realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el día 2 de diciembre de 2014, en relación con el fallecimiento del menor Santiago Torres Montoya, indica que la causa de la muerte es obstrucción intestinal - intususcepción invaginación intestinal.

En el examen se plasmó lo siguiente sobre esta patología:

***PRINCIPALES HALLAZGOS DE NECROPSIA:***

*[...]*

*Paciente con aceleración del proceso de descomposición, probablemente por la proliferación microbiana, con presencia de mancha verdosa en testículos y a nivel de crestas ilíacas anterosuperiores bilateralmente, y cuello tanto anterior como posterior, red venosa póstuma a nivel torácico lateral bilateral, con presencia de mancha verdosa a ese nivel.*

*- Salida de material hemático y fecaloide a través de las narinas*

*-Distensión abdominal, esfacelación abdominal, hemoperitoneo*

*- Cianosis periférica*

*- Hemotorax 250 cc bilateralmente*

*- A nivel de estómago se encontró abundante cantidad de material fecaloide*

*-Gran parte del intestino grueso invaginado, con presencia de congestión intestinal*

*(intususcepción ileo cólica)*

*La intususcepción es una obstrucción intestinal, relativamente rara pero muy seria, es la introducción de un segmento del intestino y su mesenterio en otro generalmente más distal, provocando compresión y angulación de los vasos del mesenterio, entre las dos capas del intestino comprometido, lo que provoca la rápida instauración de edema, compresión venosa y éxtasis.*

*Cuando la congestión y la presión tisular exceden la presión arterial, se producen cambios isquémicos que llevan a la necrosis intestinal y más tarde a la perforación.*

*La etiología es idiopática en el 77.3% de los casos y se presenta entre los 5 y 9 años en el 8.8%, la obstrucción es iliocólica en el 42.1%, es más frecuente en el sexo masculino.*

- Se aportó el certificado de defunción de Santiago Torres Montoya, el cual indica que falleció el día 1º de diciembre de 2014 a las 11:50 a.m.

- Se aportaron con la demanda los Registros Civiles de Nacimiento de Santiago Torres Montoya; de Héctor de Jesús Montoya Ortiz; Julio César Gaitán Herrera; Azucena Gaitán Herrera; Nidia Amparo Gaitán Herrera; Elsa María Arias Gaitán; Lina María Montoya Gaitán; y Sandra Paola Arias Gaitán; Humberto Arias Giraldo.
- Se aportó el Registro Civil de Matrimonio de Didier Yohanny Torres Castaño y Viviana Montoya Gaitán.
- En el proceso se recibieron los interrogatorios de parte de Didier Johanny Torres Castaño, Viviana Montoya Gaitán, Julio César Gaitán Herrera, Lina María Montoya Gaitán, Héctor de Jesús Montoya Ortiz y Azucena Gaitán Ortiz, quienes informaron sobre las circunstancias que rodearon la atención médica brindada al menor Santiago Torres Montoya, así como aspectos atinentes a la relación familiar.

#### **Primer problema jurídico**

¿El daño antijurídico padecido por los demandantes, muerte del menor Santiago Torres Montoya, es imputable al Hospital San Marcos de Chinchiná por error de diagnóstico?

**Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso la parte demandante no demostró un error de diagnóstico que permita imputar la muerte del menor Torres Montoya al hospital demandado.**

Lo primero que advierte la Sala de la sentencia de primera instancia, es que el caso se analizó como una falla del servicio médica pero desde la óptica de la prestación del servicio de salud en general, y se llegó a la conclusión que el mismo se había brindado de manera adecuada, oportuna, de conformidad con la ley, pero no se evidencia que se haya revisado de manera detenida el error de diagnóstico y la pérdida de oportunidad, que desde la demanda alegó la parte actora habían ocurrido en el caso del menor Torres Montoya.

Frente a la responsabilidad del Estado, la jurisprudencia del Máximo Tribunal Administrativo ha dispuesto con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, que este tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo que consagra el medio de control de reparación directa, cuyo

ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tienen los interesados de demandar la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

La sentencia de primera instancia analizó el asunto a la luz del título de imputación de falla probada del servicio, el cual comparte esta Sala en el entendido que la posición jurisprudencial actual del Consejo de Estado en los casos de falla médica es que deben ser revisados bajo este régimen, en el que no solo debe demostrarse la existencia de un daño antijurídico sino también su imputabilidad a la entidad demandada<sup>1</sup>.

Esta última posición se puede extractar de la sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera- Subsección B, de fecha 13 de noviembre de 2014, expediente: 31182, radicado 050012331000199903218-0, en los siguientes términos:

*Finalmente, en 2006 se abandonó definitivamente la presunción de falla en el servicio para volver al régimen general de falla probada. Actualmente se considera que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el expediente todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la institución.*

*[...]*

*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*

---

<sup>1</sup> “El régimen aplicable al juicio de responsabilidad por falla médica ha variado en la jurisprudencia de esta Corporación a lo largo de los años. Adelantado inicialmente bajo el régimen de falla probada del servicio; adelantado más tarde conforme a los supuestos de la falla presunta del servicio, y sometido después a los lineamientos teóricos de la carga dinámica de la prueba, a partir del año 2006<sup>1</sup> ha estado sujeto al régimen de falla probada del servicio, de modo que en la actualidad, quien demande la reparación de un daño ocasionado como consecuencia del acto médico soporta la carga de probar, no solo la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda” - Sección Tercera - SUBSECCIÓN C - 29 de abril de dos mil diecinueve (2019). - Radicación número: 23001-23-31-000-2009-00180-01(55350)

*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 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.*

Es por lo anterior, que cobra gran importancia la actividad probatoria que despliegue la parte demandante; misma que debe estar encaminada a acreditar y soportar la falla en el servicio médico que se alega.

En cuanto al elemento daño antijurídico, que en la sentencia de primera instancia se concretó en la muerte del menor Santiago Torres Montoya el día 1° de diciembre de 2014, la Sala no realizará estudio alguno, ya que no se observa que frente al mismo haya inconformidad de las partes, por lo que se adentrará a estudiar la imputación.

### **Imputación**

En este proceso se endilga responsabilidad al Hospital San Marcos de Chinchiná por un error de diagnóstico, al asegurarse que el menor Torres Montoya desde su ingreso al hospital manifestó síntomas de obstrucción intestinal - intususcepción invaginación intestinal- los cuales fueron mal interpretados por el personal médico y llevaron a dictaminar otras posibles patologías que determinaron la aplicación de tratamientos que no surtieron efecto y conllevaron al fallecimiento del menor.

De acuerdo a lo anterior, cuando se habla de la atención médica el diagnóstico se convierte en uno de los momentos más importantes en la prestación del servicio de salud, como quiera que este trazará la actividad posterior, es decir, el correspondiente tratamiento, y, por consiguiente, determinará las posibilidades de recuperación de un paciente.

Frente al error de diagnóstico, el Consejo de Estado ha explicado lo siguiente en relación a su configuración<sup>2</sup>:

*3.2.2.6 Para el caso, en eventos de error de diagnóstico, esta Sección ha considerado que el Estado es responsable patrimonialmente, a título de falla del servicio i) por indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente ii) por la omisión de practicar los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto iii) cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente, en eventos en los que los síntomas indican varias enfermedades y iv) por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento<sup>3</sup>.*

Para arribar a una falla del servicio por error de diagnóstico, también ha expuesto el Máximo Tribunal Administrativo<sup>4</sup>:

*19. En línea con lo anterior la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que solo el error de diagnóstico que es consecuencia de una deficiente prestación del servicio médico hospitalario puede llegar a comprometer la responsabilidad extracontractual de la administración. Se ha considerado, entonces, que lo decisivo en estos casos no es establecer si el médico se equivocó, sino si empleó los recursos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado:*

*(...) no olvida la Sala la advertencia hecha anteriormente sobre lo relativamente fácil que puede resultar el juzgamiento ex post de la conducta de los médicos, quienes se encuentran siempre, al efectuar el diagnóstico, ante un panorama incierto. Se impone, entonces, concluir que al médico no le es cuestionable el error en sí mismo, sino el comportamiento inexcusable que lo llevó a cometerlo.*

*Al respecto, autores como Ataz López y Lorenzetti, citados por Vázquez Ferreyra, han expresado, refiriéndose a la responsabilidad civil de los médicos, que el error que exime de responsabilidad no ha de ser una anomalía en la conducta, sino una equivocación en el juicio, por lo que se hace necesario investigar si el galeno adoptó todas las previsiones aconsejadas por la ciencia para elaborar el diagnóstico.<sup>5</sup> Y dadas las limitaciones de la medicina, debe aceptarse que, en muchos casos, habiendo claridad sobre la imputabilidad del daño a la*

<sup>2</sup> Sección Tercera - Subsección C - dieciocho (18) de junio de dos mil veintiuno (2021) - radicación número: 25000-23-26-000-2010-00390-01(52525)

<sup>3</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2011 Rad. 19.846 [fundamento jurídico 2.2, página 18].

<sup>4</sup> Sección Tercera - Subsección B - 2 de mayo de 2016 - Radicación número: 66001-23-31-000-2005-00026-01(36517)

<sup>5</sup> [33] Ver VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Op. Cit. p. 96, 97.

*acción u omisión de los profesionales que tuvieron a su cargo la atención del paciente, éste puede resultar obligado a soportarlo<sup>6</sup>.*

*20. De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que para imputar responsabilidad a la administración por daños derivados de un error de valoración, es necesario demostrar que el servicio médico no se prestó adecuadamente porque, por ejemplo, el profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban; no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria<sup>7</sup>; omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos a su alcance para confirmar o descartar un determinado diagnóstico<sup>8</sup>; dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad<sup>9</sup>.*

*21. El juez, por su parte, deberá hacer un análisis riguroso y completo de los medios a su alcance para establecer si hubo o no falla. En especial, deberá examinar la información consignada en la historia clínica con el fin de establecer qué acciones se llevaron a cabo para orientar el diagnóstico de la enfermedad. También deberá apelar, en la medida de lo posible, al concepto de peritos o expertos para aclarar aspectos de carácter científico que escapan a su conocimiento. No obstante, dada la complejidad de los factores que inciden en la exactitud del juicio, el juez tendrá que ser en extremo cuidadoso al momento de valorar esta prueba pues resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post. Por ello, la doctrina ha señalado que “el juez y los peritos deben ubicarse en la situación en que se encontraba el médico al momento de realizar dicho diagnóstico”<sup>10</sup>.*

Antes de estudiar el fondo del asunto, se debe hacer hincapié en que las únicas pruebas allegadas por la parte frente a este aspecto, fueron la historia clínica y el informe de

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11.878, C.P. Alier Eduardo Hernández, reiterada en las sentencias de 27 de abril de 2011, exp. 19.846, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, de 10 de febrero de 2011, exp. 19.040, C.P. Danilo Rojas Betancourth, de 31 de mayo de 2013, exp. 31724, C.P. Danilo Rojas Betancourth y de 9 de octubre de 2014, exp. 32348, C.P. Danilo Rojas Betancourth, entre otras.

<sup>7</sup> En la sentencia de 10 de febrero de 2000, la Sección Tercera del Consejo de Estado imputó responsabilidad a la Universidad Industrial de Santander por la muerte de un joven universitario, como consecuencia de un shock séptico causado por apendicitis aguda, tras encontrar demostrado que el paciente ingresó al servicio médico de la entidad, con un diagnóstico presuntivo de esta enfermedad que constaba en la historia clínica, y que el médico de turno, no solo omitió ordenar los exámenes necesarios para confirmarlo o descartarlo, sino que realizó una impresión diagnóstica distinta, sin siquiera haber examinado físicamente al paciente. Exp. 11.878, C.P. Alier Eduardo Hernández.

<sup>8</sup> En la sentencia de 27 de abril de 2011, la Sala imputó responsabilidad al ISS por el daño a la salud de un menor de edad, afectado por un shock séptico en la vesícula, en el hígado y en el peritoneo, luego de constatar que éste ingresó a la unidad programática de la entidad con un fuerte dolor abdominal, y que los médicos le formularon un tratamiento desinflamatorio y analgésico, sin practicarle otros exámenes o pruebas adicionales, que confirmaran que la enfermedad que lo aquejaba en realidad no era de gravedad y que podía controlarse con tales medicamentos. Exp. 19.846, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>9</sup> Al respecto, la doctrina ha señalado que el error inexcusable no es cualquier error, sino aquél “objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. En consecuencia, si el supuesto error es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible del tema o materia, se juzgará que es excusable y, por tanto, no genera responsabilidad”. Alberto Bueres, citado por Vásquez Ferreyra, *Op. Cit.*, p. 121.

<sup>10</sup> Roberto Vásquez Ferreyra, *Op. Cit.*, p. 124.

necropsia del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y reprocha este Juez que no se hubiere allegado o solicitado oportunamente un dictamen pericial o testimonio técnico, que hubiese facilitado mejorar las razones de convicción para este Juez, sobre lo justeza del procedimiento adelantado por la demandada para obtener el diagnóstico requerido conforme a la *lex artis*. *Y sobre todo, que dieran un atisbo siquiera de que los síntomas que tenía el menor Torres Montoya fueron mal interpretados por los galenos del Hospital San Marcos; que existían otros exámenes aparte de los practicados que fueran más expeditos para diagnosticar una obstrucción intestinal; o que el seguimiento y tratamientos brindados eran incorrectos cotejándolos con los que para este tipo de patologías establece la medicina.*

Evidencia la Sala de la historia clínica, que al ingresar el paciente al amanecer del día 30 de noviembre de 2014 refirió un cuadro clínico de 6 horas de evolución, consistente en dolor localizado a nivel de epigastrio y mesogastrio, urente, no irradiado, acompañando de seis episodios de emesis de características alimentarias; en ese momento se consideró dejarlo en observación, hidratarlo y tomar paraclínicos para revaloración con resultados.

Que luego de recibidos los exámenes ordenados, a las 9:35 a.m. se mencionó un posible diagnóstico de gastritis, por lo que se ordenó tratamiento con medicamentos y quedar a la espera de un uroanálisis para revaloración.

Tras los resultados del uroanálisis se comenzó a sospechar de un diagnóstico de diabetes mellitus - cetoacidosis diabética, pues en el examen de orina se evidenció glucosuria, por lo que en el plan de manejo se ordenó tomar glucometría y realizar valoración por pediatría.

Cuando el paciente fue valorado por el pediatra, a las 3:51 p.m. de ese 30 de noviembre de 2014, se advirtió que por parte de medicina general se comenzó a dudar de la cetoacidosis diabética en atención a que se había iniciado manejo hídrico con ausencia de cetonuria. Al momento de llevar a cabo el examen físico, se detectó abdomen blando, depresible, y en mesogastrio se palpó masa dura no dolorosa, no móvil. Luego de revisar al paciente concluyó el especialista que el cuadro clínico no era claro, por hiperglicemia y glucosuria, con dolor abdominal y sensación de masa en mesogastrio, por lo que ordenó su hospitalización para manejo e indicó que ante persistencia de la elevación de las cifras de glicemia se debía remitir a III nivel de atención para completar estudios. Ordenó dieta hipoglicemia, realizar hemograma, uroanálisis, tomar glicemia basal en ayunas y realizar ecografía abdominal total, para revalorar con resultados.

Posterior a esto, está la anotación del servicio de hospitalización a las 11:08 p.m., en la cual se consignó que se recibió paciente con un posible diagnóstico de cetoacidosis diabética en estudio, ya que no eran claros los criterios para esta patología; y que al ser valorado por el pediatra encontró sensación de masa a nivel de mesogastrio por lo que solicitó ecografía abdominal total, dejando la aclaración que si persistía elevación de cifras de glicemia se debía remitir a III nivel para complementar estudios. Se continuó manejo con medicamentos luego de revisar el estado físico del paciente.

Las siguientes anotaciones son retrospectivas, y dan cuenta de una hora de atención de la 10:50 a.m. el 1° de diciembre de 2014 por parte del especialista en pediatría, en la cual refiere la muerte del paciente luego de haber entrado en paro cardiorrespiratorio. Se indicó que al realizar aspiración orofaríngea se encontraron secreciones fétidas que también se visualizaban en ropa y cuello.

La anotación de la médica general, también en retrospectiva, mencionó que recibió turno a las 7:00 a.m. del 1° de diciembre de 2014, cuando se le informó del paciente Torres Montoya, y que hacía las 8:00 a.m. lo revisó y habló con los padres sobre la espera de los resultados de la ecografía para determinar la conducta a seguir. Que luego se le avisó sobre las regulares condiciones del menor al presentar episodio de emesis, por lo que procedió a verificar su estado y lo encontró sentado en los brazos de la mamá con restos de emesis de tipo fecaloide; al acostarlo en la cama no evidenció pulso por lo que procedió a iniciar medidas de reanimación hacia las 10:52 a.m. con el personal médico, y que al minuto ingresó el pediatra quien continuó con las mismas por una hora, las cuales fueron no exitosas.

De lo sintetizado puede concluir la Sala que el manejo clínico que se le dio al paciente fue el que los médicos consideraron era el correcto de acuerdo a la sintomatología que presentaba y los resultados que iban arrojando los exámenes que se le practicaban; por ello en primer momento se consideró una posible gastritis y luego una diabetes mellitus - cetoacidosis diabética, más no hay prueba que efectivamente alguno de estos hubiera sido el diagnóstico definitivo y que de él se hubiera derivado algún tipo de tratamiento posterior y prolongado.

Incluso con la cetoacidosis diabética se advierte que, aunque la misma aún estaba siendo estudiada por los médicos, esto no significó dejar de lado una patología estomacal, pues en atención a que el pediatra sintió una masa a nivel de mesogastrio ordenó una ecografía

abdominal total, la cual efectivamente fue realizada y arrojó como resultados: *“hígado de forma, tamaño preservados, de ecogenicidad habitual. Vías biliares intra y extrahepáticas de calibre normal, vesícula biliar de volumen normal, sin cálculos, páncreas no valorable por distensión aérea, riñones de forma tamaño y relación cortico medular habitual. Bazo normal. Aorta y estructuras retroperitoneales vasculares no valorable por distensión aérea, vejiga vacía, ascitis”*.

Frente a este examen, en relación con la afirmación que hizo la parte demandante que el mismo no fue realizado a los intestinos y tampoco informó sobre la masa que palpó el pediatra, se debe advertir que en caso de que algunos órganos no fueran apreciables por distensión aérea de ello no se sigue una conducta incorrecta de los médicos, pues si esto ocurrió se debió a la misma sintomatología que presentaba el paciente. Y si no era el examen correcto para detectar la patología que llevó al fallecimiento del menor, debió ser algo que la parte demandante probara, lo cual no realizó.

Lo expuesto permite inferir que en este caso no hay evidencia que permite inferir que el servicio médico se prestó de manera deficiente, y más bien lo que se advierte es que de acuerdo a lo que arrojaban los resultados de los exámenes que se le practicaban al paciente se determinaba el paso a seguir por parte de los médicos; ello, con la finalidad de arribar a un diagnóstico. Y en este punto es importante resaltar, además, que el tiempo que permaneció el paciente en el hospital fue corto, pues ingresó al servicio de urgencias en la madrugada del 30 de noviembre de 2014 (5:20 a.m.), y falleció el 1° de diciembre a las 11:50 a.m., incluso después de casi una hora de reanimación.

Por lo anterior, ante la pregunta que se hace el apoderado en el recurso de apelación relacionada con ¿qué tiempo debe ser considerado como útil y no como excesivo para emitir un posible diagnóstico respecto a una enfermedad? Esta Sala queda con la misma duda, toda vez que era la parte actora la que debía brindar los elementos probatorios que llevaran a despejarla y así concluir que el periodo que el menor estuvo en el hospital fue excesivo para llegar al diagnóstico de obstrucción intestinal.

Lo expuesto permite reforzar que en este caso faltó actividad probatoria del demandante que permitiera llevar a este juez al convencimiento que los síntomas que presentaba el paciente, o por lo menos alguno de ellos, estaban relacionados de manera inequívoca con una obstrucción abdominal, y que por ello los exámenes a practicar eran otros diferentes a los que se realizaron en el hospital demandado.

Aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido la posibilidad de que el juez utilice doctrina médica que ha sido allegada al proceso, *“no como un medio probatorio independiente, sino como una guía que permite ilustrarlo sobre los temas que integran el proceso y, por consiguiente, brindarle un mejor conocimiento acerca del objeto de la prueba y del respectivo acervo probatorio, lo que, en términos de la sana crítica y las reglas de la experiencia, redundará en una decisión más justa”*<sup>11</sup>; en este caso esa doctrina no fue aportada al proceso sino que fue mencionada y transcrita en la demanda y en el recurso de apelación, por lo que se considera que la misma por sí sola no puede llevar a la conclusión de un diagnóstico errado, toda vez que debieron haberse traído al proceso otras pruebas científicas y/o técnicas que dieran cuenta que efectivamente de acuerdo al cuadro clínico que presentaba el menor este padecía una obstrucción intestinal - intususcepción invaginación intestinal – y que por ello ninguno de los exámenes que se realizaron eran los adecuados para diagnosticarla, dando a conocer cuáles eran los adecuados.

Contrario a lo manifestado por la parte accionante, del estudio de la historia clínica se desprende que al paciente se le realizaron exámenes y procedimientos tendientes a determinar la clase de enfermedad que presentaba, así como el tratamiento a seguir, sin que hubiera transcurrido un tiempo prolongado entre su ingreso y fallecimiento que permita inferir desidia; máxime porque no se conoce la mortalidad de esta enfermedad versus el tiempo de atención.

Se debe también resaltar que las conclusiones del informe rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses no suponen un tratamiento o una intervención inadecuados, por el simple de hecho de haber determinado la causa del fallecimiento.

Aunado a todo lo anterior, es muy importante resaltar que la práctica médica es de medios y no de resultados. Al respecto, el Consejo de Estado en providencia de la Sección Tercera – Subsección A, del 8 de mayo de 2019, radicado 05001-23-31-000-2006-03681-01(40950) adujo:

*Para esto último, debe tenerse en cuenta que, según la posición jurisprudencial reiterada de la Corporación, “la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva a entender que el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que, por*

<sup>11</sup> Sentencia de 28 de marzo de 2012, Exp. 22163, reiterada en Sentencia de 28 de mayo de 2015, Radicación número: 19001-23-31-000-2002-01021-01(33094)

*regla general, conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance, conforme a la lex artis, para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho<sup>12</sup>.*

*Es importante recordar que la imputación fáctica del daño y la falla del servicio no pueden ser analizadas desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta del funcionamiento del servicio, sino que requieren ser estudiadas desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad operativa o funcional de la administración pública al momento de la producción del daño.*

Corolario de lo transcrito, es claro que después de conocerse las causas de la muerte es más fácil realizar inferencias y cuestionar un actuar médico, por lo que es importante tener en cuenta, para hablar de un error de diagnóstico, la situación vivida al momento en que se realizó la atención del paciente.

Por lo expuesto, al no encontrar acreditado el elemento imputación de la falla en el servicio médico por un error de diagnóstico que permita arribar a la conclusión que la muerte del menor Santiago Torres Montoya es atribuible a la entidad demandada por un error de diagnóstico, no es posible revocar el fallo de primera instancia.

### **Segundo problema jurídico**

¿El Hospital Marcos de Chinchiná le restó al menor Santiago Torres Montoya la oportunidad de tener un diagnóstico claro en relación con la patología que presentaba, y a su vez acceder a un posible tratamiento médico que le hubiese permitido mejorar sus condiciones de salud?

**Tesis: la Sala defenderá la tesis que el Hospital San Marcos de Chinchiná no le restó la oportunidad al menor Torres Montoya de tener un diagnóstico en relación con la sintomatología que presentaba, ya que no se probó qué exámenes o procedimientos médicos hubieran permitido diagnosticar la obstrucción intestinal - intususcepción invaginación intestinal, que fue la enfermedad que causó la muerte.**

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011 (expediente 18947).

Expone la parte actora que la falta de un diagnóstico confirmado de obstrucción intestinal no es *ex culpativa* de responsabilidad de la entidad demandada, toda vez que los casos catalogados como sospechosos y en los probables en el cual se encontraba el menor, demandaban de la entidad hospitalaria un tratamiento efectivo el cual frente a un dolor abdominal fuerte llevaba a acudir a la radiografía, TAC o ECO abdominal. Además, porque los síntomas que presentaba exigían, tal y como lo establecen los protocolos y la literatura médica, que estos debían practicarse en el momento del ingreso y no al día siguiente, lo que dejó a la suerte el sufrimiento del menor.

Pese a que no se configura responsabilidad de la entidad demandada por la muerte en sí misma del menor Torres Montoya, se adentrará la Sala a revisar si en este caso el Hospital San Marcos de Chinchiná omitió realizar exámenes o valoraciones médicas, según la *lex artis*, de acuerdo a la sintomatología que presentaba el paciente, lo que lleva a que se configure una responsabilidad por pérdida de oportunidad en relación con un diagnóstico claro que hubiera representado posibilidades de sobrevida.

Sobre la pérdida de oportunidad o pérdida de chance, el Consejo de Estado ha indicado<sup>13</sup> que aquella *"(...) 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 deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento<sup>14</sup>."*

Ha señalado igualmente el Alto Tribunal<sup>15</sup> que *"A pesar de las diversas teorías empleadas para explicar la pérdida de oportunidad, recientemente esta Subsección se ha pronunciado en el sentido de considerar que la postura que mejor se ajusta a dicho*

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 8 de agosto de 2018. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00774-01(45138).

<sup>14</sup> Cita de cita: Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>15</sup> Ver nota al pie nº 14.

*concepto es aquella que la concibe como un daño derivado de la lesión a una expectativa legítima<sup>16</sup>, 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.”.*

Como se indicó, la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo, que alude a todos aquellos eventos en los cuales 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 sujeto. En tal sentido, es una figura jurídica que tiene identidad y características propias, y que difiere de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir; daño que debe ser reparado de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió.

La jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>17</sup> ha previsto como elementos de la pérdida de oportunidad, los siguientes: 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.

A continuación, se analizará si en el caso concreto se encuentran acreditados los aludidos elementos que permitan afirmar con exactitud si en efecto el Hospital San Marcos de Chinchiná es responsable por la pérdida de oportunidad del menor Santiago Torres Montoya de tener un diagnóstico que le hubiera permitido acceder a un tratamiento para mejorar sus condiciones de salud, e incluso sobrevivir.

---

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Ver nota al pie n° 14.

### **Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado**

Al valorar las pruebas obrantes en el expediente, se advierte que el primer componente de la pérdida de oportunidad se encuentra acreditado en el presente asunto, ya que no es posible determinar con certeza si en caso de que al menor Torres Montoya le hubieran practicado otros exámenes o procedimientos se hubiera conocido la patología que padecía, lo cual le hubiera permitido acceder a un tratamiento, y, por consiguiente, mejorar sus condiciones de salud, e incluso haber sobrevivido.

### **Certeza de la existencia de una oportunidad**

De lo explicado hasta el momento, para esta Sala no está acreditado este *ítem*, pues no hay prueba científica que permita inferir, de acuerdo a la *lex artis*, qué examen, procedimiento u otro servicio médico debía ser realizado para conocer, en el tiempo que permaneció hospitalizado el menor, que este padecía una obstrucción intestinal.

Por ello, no se puede llegar a la conclusión que, en caso de haber realizado determinado examen o procedimiento médico la enfermedad se hubiera conocido desde el ingreso al hospital, o que su detección temprana hubiera traído menores riesgos de complicaciones o mayores posibilidades de sobrevivir; máxime cuando no se sabe si el cuadro de evolución al momento de ingreso al hospital ya era avanzado o no, pues sí llama la atención el poco tiempo que transcurrió entre el ingreso y el deceso.

Debe nuevamente advertirse que era una carga de la parte demandante probar cuáles exámenes, procedimientos, cirugías, entre otros, debieron haberse llevado a cabo para poder determinar en cuestión de un día aproximadamente, que fue el tiempo que permaneció el niño en el hospital, la obstrucción intestinal; pero esa carga no se podía limitar a esgrimir que conforme a la literatura médica, por la sintomatología, eran otros los procedimientos médicos a llevar a cabo, pues ello no pasa de ser una aseveración.

Lo anterior, conlleva a que este elemento de la pérdida de oportunidad no se encuentre acreditado, lo que hace inane estudiar el tercero, relacionado con la extinción irreversible de la oportunidad.

Epítome de lo expuesto, considera la Sala que en este caso la pérdida de oportunidad del menor Santiago Torres Montoya de contar con un diagnóstico tampoco le es imputable a las demandadas; porque como se ha dejado expuesto a lo largo de esta providencia, la actuación médica que se brindó estuvo encaminada a tratar de establecer el porqué de la

sintomatología que presentaba el paciente, sin que haya demostrado la parte demandante la certeza de la existencia de una oportunidad, esto es, que existía un examen, medicamento, procedimiento u otro servicio médico que de haber sido realizado hubiera permitido arribar en pocas horas al diagnóstico de obstrucción intestinal.

Por sustracción de materia no se estudiarán los problemas jurídicos tres y cuatro.

#### **Quinto problema jurídico**

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

**Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso al momento de condenarse en costas no se fundamentó de manera acertada la decisión, lo que genera una vulneración al derecho de defensa ya que no se conocen los motivos por los cuales se impusieron.**

Expone la parte actora en el recurso de apelación, que el juez consideró que procedía la condena en costas porque en el expediente reposaban los poderes otorgados por la parte demandada con la finalidad que se ejerciera su defensa judicial, lo cual era prueba suficiente para la procedencia de la condena.

Aunado a ello, aseveró que el Consejo de Estado ha establecido el criterio de no condenar en costas a la parte vencida en juicio en atención a que el actuar de parte de los demandantes no fue temerario; más en este caso que están acreditados los elementos que configuran la responsabilidad del Estado.

Respecto a este tema, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, antes de ser adicionado por la Ley 2080 de 2021, ya que la sentencia fue proferida antes de esta disposición, disponía:

***ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.*** *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

Debe indicarse que las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, la cual corresponde por una parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor

de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

Al revisar la motivación para condenar en costas, se adujo en la sentencia de primera instancia que el CPACA contemplaba un criterio objetivo para la condena en costas, es decir, no se tenía en cuenta la conducta asumida por las partes para su determinación. Y que dentro del expediente reposaban los poderes otorgados por la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, los cuales evidenciaban los diferentes togados que habían ejercido la representación judicial según el mandato a ellos conferido, así como las pruebas que acreditaban los gastos generados en el trámite procesal, por lo que era procedente la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se haría en la forma dispuesta en el artículo 366, del Código General del Proceso. Se fijaron agencias en derecho por valor de \$200.000, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 6 numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003.

En vigencia del artículo 188 del CPACA, sin la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, que era la norma vigente al momento de emitir sentencia de primera instancia (28 de mayo de 2020), es cierto que el criterio adoptado para la imposición de costas era el objetivo, pero combinado con el valorativo, los cuales imponen no solo verificar la parte vencida en juicio sino además el deber de precisar los motivos por los cuales se consideraba que procedía la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las mismas.

Aunque en este caso se señaló que se habían acreditado los gastos propios del ejercicio de la acción judicial, esto solo justificaría la imposición de costas en relación con las agencias en derecho, más no lo atinente a su otro componente, que son aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado, ya que, aunque se indicó que reposaban las pruebas que acreditaban los gastos generados en el trámite procesal, no se señalaron claramente las mismas. En dado caso, lo procedente hubiera sido condenar en costas, pero solo en el rubro de agencias en derecho.

Para esta Sala, una imposición de costas así le impide a la parte condenada ejercer el derecho de defensa, pues no sabe por qué razón o circunstancia se determinaron, y por ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión. Esto conlleva a que la sentencia de primera instancia deba ser revocada en este punto, al evidenciarse una falencia de la juez al momento de imponer la condena en costas.

#### **Conclusiones de segunda instancia**

Conforme a las pruebas allegadas se puede concluir que en este caso no se presentó una falla en el servicio por error de diagnóstico y tampoco una pérdida de oportunidad imputables al Hospital San Marcos de Chinchiná, ya que la parte actora no desplegó una actividad probatoria encaminada a demostrar, de acuerdo a la *lex artis*, los exámenes o procedimientos médicos que hubieran permitido diagnosticar la enfermedad obstrucción intestinal - intususcepción invaginación intestinal en el tiempo en que el menor estuvo hospitalizado.

Por lo anterior, se confirmará el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 28 de mayo de 2020, pero por las razones expuestas en esta providencia.

En cuanto hace el numeral tercero relativo a costas, será revocado, en atención a que no se motivaron la razón de las mismas.

#### **Costas**

No hay lugar a imposición en costas en esta instancia, en razón a que el fundamento de la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia en lo tocante a las costas, se debió a una omisión del juez, y no a una actuación de las partes.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

**Primero: REVOCAR EL ORDINAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 28 de mayo de 2020, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por **DIDIER JOHANNY TORRES CASTAÑO, VIVIANA MONTOYA GAITÁN, EMILY TORRES MONTOYA** (representada por sus padres); **HÉCTOR DE JESÚS MONTOYA GAITÁN, JULIO CÉSAR GAITÁN HERRERA, NIDIA AMPARO GAITÁN DE ARIAS, HUMBERTO ARIAS GIRALDO, SANDRA PAOLA ARIAS GAITÁN Y ELSA MARÍA ARIAS GAITÁN** contra el **HOSPITAL SAN MARCOS DE CHINCHINÁ** y como llamada en garantía **ASEGURADORA DE COLOMBIA**.

En su lugar: **SIN COSTAS**

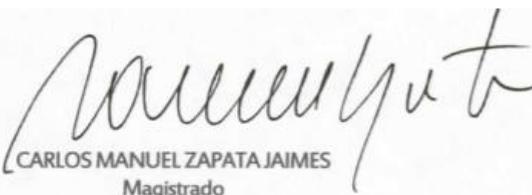
**SEGUNDO: CONFIRMAR**, pero por las razones expuestas en esta sentencia, el fallo proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, según lo señalado en la parte considerativa.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia por lo brevemente expuesto.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente al juzgado de origen; háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

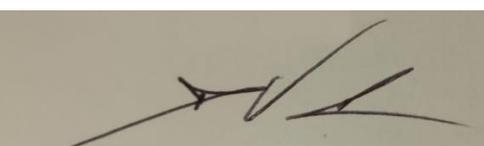
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 24 de marzo de 2022 conforme Acta nro. 017 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



**PATRICIA VARELA CIFUENTES**  
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico No. 054 del 28 de marzo de 2022.

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** A Despacho del señor Magistrado el presente proceso, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)



Carlos Andrés Díez Vargas

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-39-008-2020-00184-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	GONZALO ECHEVERRY LONDOÑO
DEMANDADO	LA NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup> (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por el demandante el 26 de noviembre de 2021 (No. 15 del expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 11 de noviembre

<sup>1</sup> También CPACA

de 2021, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 17 de noviembre de 2021.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Maestrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 54 de fecha 28 de marzo de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Carlos Andrés Díez Vargas  
Secretario