

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

A.I. 264

Manizales, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado: 17-001-33-33-001-2021-00090-02
Demandante: Liliana María Castaño García
Demandado: La Nación – Fiscalía General de la Nación.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Carlos Mario Arango Hoyos¹, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

Liliana María Castaño García, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de: (i) la Resolución No. GSA-31100-20480-0415 del 15 de diciembre de 2020, por medio de la cual negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el Decreto 382 de 2013², como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe; y (ii) Resolución NO. 008 del 21 de enero de 2021, que declaró improcedente el recurso interpuesto contra el anterior acto.

El 16 de abril de 2021 el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Carlos Mario Arango Hoyos, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, devenga la bonificación judicial y en consecuencia le asisten los mismos intereses perseguidos en la demanda.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

¹ Fl. 50 C.1

² Modificado por el decreto 1269 de 2015

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes:

[...]

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

[...].

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

Artículo 131 Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:

[...] Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces Administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el Tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto [...]

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Carlos Mario Arango Hoyos, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por Liliana María Castaño García.

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se señalará fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Para el efecto, por la Secretaría se convocará a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Carlos Mario Arango Hoyos, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso Liliana María Castaño García en contra de La Nación – Fiscalía General de la Nación

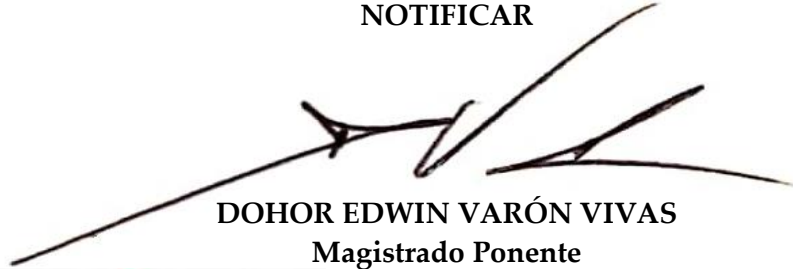
Radicado: 17-001-33-33-001-2021-00090-02

Impedimento

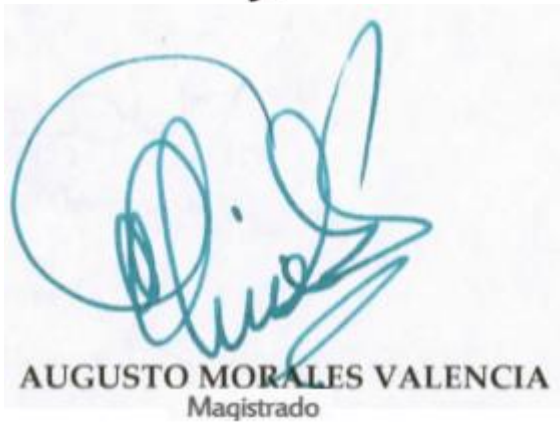
Segundo: Fijar como fecha y hora para la elección pública del conjuéz que deba actuar en el presente trámite, el día 26 de noviembre de 2021 a las dos y treinta (2:30) de la tarde.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 60 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍ
(Ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 212

Manizales, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO: 17-001-23-33-000-2013-00051-00
NATURALEZA: Ejecutivo a Continuación
DEMANDANTE: María Noelia Botero Botero
DEMANDADOS: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Se emite sentencia con ocasión del proceso ejecutivo a continuación de sentencia, impetrado por María Noelia Botero Botero en atención al título ejecutivo constituido por la sentencia proferida por este Tribunal el 12 de septiembre de 2013, confirmada por el H. Consejo de Estado mediante providencia del 16 de agosto de 2018.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1.Pretensiones

Deprecia la parte actora, se libre mandamiento de pago a su favor y contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al considerar que sí bien esta entidad pretendió hacer el pago de la obligación, los montos cancelados el 25 de agosto de 2020, solo cubren de forma parcial la orden impartida en la sentencia emitida por esta Corporación.

Que por lo anterior, se ordene el pago de las sumas adeudadas (capital e intereses) y se imponga la correspondiente condena en costas.

1.2.Sustento fáctico relevante.

Refiere la parte ejecutante, que mediante sentencia proferida el 12 de septiembre de 2013 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado en el presente asunto y que hoy da base al presente proceso ejecutivo, se ordenó a la accionada actualizar la base de liquidación de la pensión de jubilación de la señora María Noelia Botero Botero con el IPC vigente a la fecha de reconocimiento pensional (indexación de

primera mesada) y pagar las diferencias resultantes entre la mesada pagada y las que se ordena actualizar.

La ejecutada mediante la Resolución 1861-6 del 21 de mayo de 2020 pretendió dar cumplimiento a la sentencia proferida por esta colegiatura, reliquidando el monto de la referida prestación a la suma de \$1.717.772 a partir del 09 de noviembre de 2011, sin que se hayan computado en forma adecuada los valores correspondientes a indexación e intereses, aunado al no pago de la suma dispuesta por concepto de costas procesales.

2. Mandamiento de pago

Mediante auto del 1° de junio de 2021 se libró mandamiento de pago -modificando los valores pretendidos por la parte actora-, advirtiendo que los montos reclamados por la ejecutante, no corresponden al valor de reliquidación por indexación de la primera mesada pensional ordenado en la sentencia base de recaudo, dado que la reclamación ejecutiva parte de un valor base correspondiente a la mesada pensional en cuantía de \$1.717.772, valor que difiere del valor computado conforme a los precisos términos de la sentencia base de recaudo el cual asciende a \$1.636.395, en tal sentido se dispuso:

*“**PRIMERO: LÍBRASE MANDAMIENTO DE PAGO** a favor de la señora Maria Noelia Botero Botero y en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por los siguientes conceptos:*

*1. Por la obligación de hacer referente a **Liquidar** la pensión de jubilación reconocida a la señora Maria Noelia Botero Botero en un valor de mesada pensional correspondiente \$1.636.395, valor efectivo a partir del 9 de noviembre del año 2009.*

2. Por la obligación de pagar sumas de dinero, así:

a) Por los valores adeudados en favor de la demandante según se advirtió en el acápite 3.3.3¹ tras efectuar los descuentos de ley e imputar las sumas canceladas por la entidad en primera medida a los intereses adeudados y por último al capital;

b) Por los intereses moratorios corrientes generados a partir del 1 de septiembre de 2020 -día siguiente al pago parcial efectuado- sobre el capital insoluto y hasta la fecha de pago efectivo de la totalidad de las sumas adeudadas.

c) Por las costas procesales que se llegaren a causar y reconocer dentro del presente proceso ejecutivo.”

¹ (V. Exp Digital, archivo: “07LibraMandamiento”)

Valores a fecha de pago parcial -31 de agosto de 2020-:

Total capital adeudado	\$ 154.537.967
Total intereses	\$ 45.293.877
Pago parcial -previo descuentos-	\$ 179.395.905

En tal sentido, el mandamiento de pago librado por este Tribunal orienta la presente ejecución, por lo que, será dicho proveído el que delimite la ejecución planteada sin perjuicio de que los valores allí formulados sean objeto del análisis correspondiente al momento de proceder con la liquidación del crédito en la etapa pertinente.

3. Excepciones frente al mandamiento de pago

De las excepciones procedentes al tenor del artículo 442 del C.G.P., la parte ejecutada propuso las que denominó “PAGO DE LA OBLIGACIÓN” y “PRESCRIPCIÓN [DE LA ACCIÓN EJECUTIVA]” señalando frente a la primera de ellas que, la entidad dio cumplimiento al fallo en los términos allí establecidos, y efectuó el respectivo pago de la suma de dinero reconocida al ejecutante, esto de conformidad con el respectivo acto administrativo.

Con respecto a la segunda excepción formulada advirtió que la demanda ejecutiva fue interpuesta pasados más de cinco años desde la fecha de ejecutoria del fallo judicial que obra como título ejecutivo.

4. Oposición a las excepciones

El ejecutante adujo respecto a la excepción de “Prescripción” que esta debe ser valorada únicamente con respecto a la prescripción de la acción ejecutiva, toda vez que los derechos económicos reclamados ya fueron reconocidos en la sentencia base de cobro, advirtiendo que en todo caso la acción ejecutiva fue impetrada dentro del lapso de 5 años establecido por la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta que dicho término debe ser computado desde la exigibilidad de la sentencia, la cual solo es predicable 10 meses después de su ejecutoria, en los términos del artículo 192 de dicho estatuto.

En lo que respecta a la excepción de “Pago de la obligación” señaló que, en ningún momento ha desconocido la expedición del conforme al cual la accionada pretendió dar cumplimiento al fallo, ni de los valores pagados en razón de dicho acto, empero itera que estos pagos no cubrieron la totalidad de las sumas que debieron ser canceladas en favor de la parte ejecutante, tal y como lo advirtió este Tribunal al momento de emitir el mandamiento de pago respectivo.

5. Alegatos de conclusión.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

Para resolver el asunto traído a control jurisdiccional se estima pertinente desatar los

siguientes:

¿Se ha configurado la caducidad de la acción ejecutiva para el cobro de la sentencia aportada como título?

En caso negativo; ¿Existió un pago total o parcial por parte de la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de la parte ejecutante, respecto de la condena impuesta en la sentencia judicial base de cobro ejecutivo?

2. Hechos relevantes acreditados

Se encuentra probado que:

- La sentencia expedida por este Tribunal Administrativo y que hoy se erige como título ejecutivo base de recaudo, dispuso que “... a título de restablecimiento del derecho, se condena a la Nación Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que actualice la base de liquidación de la pensión de jubilación de la señora María Noelia Botero Botero con el IPC vigente a la fecha de reconocimiento pensional y pague las diferencias resultantes con motivo de lo expuesto en esta sentencia.

Dicha providencia igualmente advirtió: “Las anteriores sumas se actualizarán con los índices de inflación certificados por el DANE, mes a mes, con la utilización de la siguiente fórmula financiera: $R = Rh * \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$.

De donde (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es el promedio de lo devengado por la demandante, la señora María Noelia Botero Botero, en el último año de servicios (11 de mayo de 1999 a 10 de mayo de 2000), por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión de jubilación, esto es, a partir del 8 de noviembre de 2009 (fecha en que adquirió el status de pensionada por el índice inicial existente a la fecha del período de liquidación pensional tenido en cuenta en este caso, es decir, a 10 de mayo de 2000.” (fls. 74-83, cdo. 1).

- La sentencia fue confirmada por el Consejo de Estado mediante proveído del 16 de agosto de 2018 -notificado el 18 de septiembre siguiente- (fls. 131-140, cdo. 1).
- Mediante auto del 25 de julio de 2019 el Tribunal Administrativo de Caldas aprobó las costas y agencias en derecho, liquidadas en la suma de \$1.233.063 (fls. 162-163, c. 1).
- La accionante durante su último año de servicios efectivo devengó los siguientes rubros (fl. 11, cdo. 1):

<i>Factores</i>	<i>Valor</i>
<i>Sueldo mensual</i>	\$ 1.160.802
<i>Prima de alimentación</i>	\$ 323

<i>Prima de vacaciones</i>	\$ 48.174
<i>Prima de navidad</i>	\$ 96.349
<i>Total I.B.L.</i>	\$ 1.305.648
<i>Valor mesada - 75%</i>	\$ 979.236

- La entidad accionada emitió la Resolución 1861-6 del **21 de mayo de 2020**, mediante la cual la ejecutada refiere dar cumplimiento a la providencia recién relacionada (fls. 21-24, expediente digital, archivo: "04CorrecciónDemanda") reliquidando el monto de la referida prestación a un valor de mesada pensional correspondiente a \$1.717.772 efectivo a partir del 9 de noviembre del año 2009.
- Según comprobante de pago correspondiente de fecha 31 de agosto de 2020 a la señora María Noelia Botero Botero le fue efectuado el pago de \$179.395.905² (fl. 25, expediente digital, archivo: "04CorrecciónDemanda").

3. Primer problema jurídico - prescripción.

Tesis: En el presente asunto no se presentó la prescripción de la acción ejecutiva (caducidad).

Para dar respuesta a este interrogante, el artículo 422 del C.G.P. consagra lo siguiente:

"Artículo 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia y los demás documentos que señale la ley."

Por su parte, el artículo 297 del CPACA precisa que constituyen título ejecutivo, entre otros, "1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias".

En el presente asunto se libró mandamiento de pago teniendo en cuenta como título base de la ejecución, la sentencia proferida por este Tribunal Administrativo en la que se ordenó a la entidad demandada la reliquidación -por indexación de del I.B.L. pensional de la pensión de jubilación de la señora María Noelia Botero Botero.

En este orden de ideas, respecto de la excepción propuesta por la ejecutada, cabe señalar en primera medida que, la excepción de prescripción cuya formulación permite el precitado artículo 442 no hace referencia a la prescripción extintiva de las sumas de dinero

² De las sumas devengadas se efectúa el descuento por concepto de mesadas ya pagadas, arrojando el valor de \$ 179.395.905 previo descuentos a salud.

causadas, pues es claro que las sumas reconocidas en una sentencia judicial no son susceptibles de tal fenómeno, como quiera las mismas ya fueron objeto de un estudio y reconocimiento expreso de orden jurisdiccional, no pudiendo pretender la parte ejecutada que por su omisión a realizar el pago de las sumas ordenadas en sede judicial, estas sean objeto de prescripción.

En tal sentido, es necesario señalar que la prescripción de que trata el citado artículo 442 del C.G.P. hace referencia a la prescripción de la acción ejecutiva, fenómeno que en la Jurisdicción Contencioso Administrativa se maneja bajo el concepto de caducidad.

Se tiene entonces que, la sentencia traída como título adquirió su ejecutoria el 21 de septiembre de 2018³, por lo cual de conformidad con el literal k) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, la ejecutante tenía 5 años, contados desde la exigibilidad de dicho título para interponer la demanda ejecutiva.

Además se tiene que, la ejecutada contaba con un periodo de 10 meses para proceder al pago de la condena impuesta por este Tribunal, lapso dentro del cual la parte ejecutante no podía iniciar acciones ejecutivas contra aquella, siendo esto posible solo una vez agotado el referido lapso que otorga el artículo 192 del CPACA.

Así las cosas, se tiene que la sentencia que aquí se erige como título ejecutivo fue exigible a partir del 21 de diciembre de 2018, y por ende la demanda ejecutiva podía ser impetrada como máximo el 21 de diciembre de 2023, plazo dentro del cual en efecto se propuso la ejecución.

En consecuencia, se despachará desfavorablemente la excepción de prescripción, propuesta por la ejecutada.

4. Segundo problema jurídico - pago

Tesis: En el presente asunto se presentó un pago parcial de la obligación.

La sentencia judicial base de ejecución, contiene dos tipos de obligaciones en cabeza de la entidad accionada: la primera contentiva de una obligación de hacer, consistente en reliquidar el valor de la mesada pensional de la señora María Noelia Botero Botero mediante la indexación del ingreso base de liquidación pensional en los términos expresamente señalados en dicha providencia; y la segunda consistente en la obligación de pagar las sumas de dinero que como consecuencia del incremento de dicha mesada pensional se generaron por concepto de valores no pagados, indexación e intereses.

4.1. Obligación de hacer

³ 3 días después de haberse notificado el fallo de segunda instancia -art. 302 C.G.P.-.

En cuanto a la primera obligación, se tiene que la ejecutada emitió la Resolución 1861-6 del 21 de mayo de 2020 mediante la cual reliquidó el monto de la referida prestación, a un valor de \$1.717.772 efectivo a partir del 9 de noviembre del año 2009, sumas que se advierte, no cumplen en forma adecuada la orden proferida en el referido fallo judicial, de conformidad con la liquidación que fue efectuada en el auto que libró mandamiento de pago⁴ y que se reitera en esta sentencia, así:

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL DE LA SEÑORA MARÍA NOELIA BOTERO BOTERO (INDEXADO)				
Factores	Valor histórico "Rh"	índice inicial (mayo-2000)⁵	índice final (noviembre - 2009)⁶	Valor indexado "R"
Sueldo mensual	\$ 1.160.802	60.99	101.92	\$ 1.939.808
Prima de alimentación	\$ 323	60.99	101.92	\$ 539
Prima de vacaciones	\$ 48.174	60.99	101.92	\$ 80.503
Prima de navidad	\$ 96.349	60.99	101.92	\$ 161.008
Total I.B.L.	\$ 1.305.648	60.99	101.92	\$ 2.181.860
Valor mesada - 75%	\$ 979.236	60.99	101.92	\$ 1.636.395

De conformidad con lo anterior, es claro que la ejecutada debe ajustar el valor de la mesada pensional de la demandante al valor efectivamente ordenado por esta Corporación, esto es, en cuantía de \$ 1.636.395 -valor efectivo a partir del 9 de noviembre de 2009-.

Así las cosas, se tiene que la referida obligación de hacer que fue impuesta a la ejecutada no ha sido acatada en la forma dispuesta en el título ejecutivo base de recaudo, razón por la cual se dispondrá seguir la ejecución en lo que respecta a dicha obligación.

4.2. Obligación de pagar sumas de dinero

Teniendo en cuenta que la entidad accionada reconoció inicialmente una mesada pensional a la accionante por valor de \$979.236 y que como se indicó en el acápite anterior la misma debe ser reliquidada a la suma de \$ 1.636.395 se procede a liquidar las diferencias causadas, su indexación a la fecha de ejecutoria del fallo y los intereses generados a partir de dicha data, así:

Periodo	Mesada reconocida	Mesada según fallo	Diferencia	IPC Inicial	Ipc Final	Diferencia Indexada
nov-09	\$ 979.236	\$ 1.636.395	\$ 657.159	101,92	142,50	\$ 918.810,42

⁴ Se destaca que libro mandamiento de pago, fue objeto de recurso horizontal en lo que respecta a la suma liquidada por concepto de indexación del I.B.L. pensional, siendo confirmado mediante proveído del 12 de agosto de 2021.

⁵ Certificación obtenida a través del enlace <https://systema39.dane.gov.co/cipc/inicio.do> y visible en el expediente digital, archivo "06CertificaciónDaneIPC".

⁶ *Ibidem.*

dic-09	\$ 979.236	\$ 1.636.395	\$ 657.159	102,00	142,50	\$ 918.089,78
dic-09	\$ 979.236	\$ 1.636.395	\$ 657.159	102,00	142,50	\$ 918.089,78
Aumento por IPC 2,00%						
ene-10	\$ 998.821	\$ 1.669.123	\$ 670.302	102,70	142,50	\$ 930.068,75
feb-10	\$ 998.821	\$ 1.669.123	\$ 670.302	103,55	142,50	\$ 922.434,19
mar-10	\$ 998.821	\$ 1.669.123	\$ 670.302	103,81	142,50	\$ 920.123,89
abr-10	\$ 998.821	\$ 1.669.123	\$ 670.302	104,29	142,50	\$ 915.888,97
may-10	\$ 998.821	\$ 1.669.123	\$ 670.302	104,40	142,50	\$ 914.923,95
jun-10	\$ 998.821	\$ 1.669.123	\$ 670.302	104,52	142,50	\$ 913.873,52
jul-10	\$ 998.821	\$ 1.669.123	\$ 670.302	104,47	142,50	\$ 914.310,91
ago-10	\$ 998.821	\$ 1.669.123	\$ 670.302	104,59	142,50	\$ 913.261,89
sep-10	\$ 998.821	\$ 1.669.123	\$ 670.302	104,45	142,50	\$ 914.485,98
oct-10	\$ 998.821	\$ 1.669.123	\$ 670.302	104,36	142,50	\$ 915.274,63
nov-10	\$ 998.821	\$ 1.669.123	\$ 670.302	104,56	142,50	\$ 913.523,92
dic-10	\$ 998.821	\$ 1.669.123	\$ 670.302	105,24	142,50	\$ 907.621,25
dic-10	\$ 998.821	\$ 1.669.123	\$ 670.302	105,24	142,50	\$ 907.621,25
Aumento por IPC 3,17%						
ene-11	\$ 1.030.483	\$ 1.722.034	\$ 691.551	106,19	142,50	\$ 928.015,66
feb-11	\$ 1.030.483	\$ 1.722.034	\$ 691.551	106,83	142,50	\$ 922.456,08
mar-11	\$ 1.030.483	\$ 1.722.034	\$ 691.551	107,12	142,50	\$ 919.958,77
abr-11	\$ 1.030.483	\$ 1.722.034	\$ 691.551	107,25	142,50	\$ 918.843,67
may-11	\$ 1.030.483	\$ 1.722.034	\$ 691.551	107,55	142,50	\$ 916.280,64
jun-11	\$ 1.030.483	\$ 1.722.034	\$ 691.551	107,90	142,50	\$ 913.308,46
jul-11	\$ 1.030.483	\$ 1.722.034	\$ 691.551	108,05	142,50	\$ 912.040,57
ago-11	\$ 1.030.483	\$ 1.722.034	\$ 691.551	108,01	142,50	\$ 912.378,33
sep-11	\$ 1.030.483	\$ 1.722.034	\$ 691.551	108,35	142,50	\$ 909.515,30
oct-11	\$ 1.030.483	\$ 1.722.034	\$ 691.551	108,55	142,50	\$ 907.839,55
nov-11	\$ 1.030.483	\$ 1.722.034	\$ 691.551	108,70	142,50	\$ 906.586,78
dic-11	\$ 1.030.483	\$ 1.722.034	\$ 691.551	109,16	142,50	\$ 902.766,43
dic-11	\$ 1.030.483	\$ 1.722.034	\$ 691.551	109,16	142,50	\$ 902.766,43
Aumento por IPC 3,73%						
ene-12	\$ 1.068.920	\$ 1.786.266	\$ 717.346	109,96	142,50	\$ 929.626,67
feb-12	\$ 1.068.920	\$ 1.786.266	\$ 717.346	110,63	142,50	\$ 923.996,64
mar-12	\$ 1.068.920	\$ 1.786.266	\$ 717.346	110,76	142,50	\$ 922.912,14
abr-12	\$ 1.068.920	\$ 1.786.266	\$ 717.346	110,92	142,50	\$ 921.580,85
may-12	\$ 1.068.920	\$ 1.786.266	\$ 717.346	111,25	142,50	\$ 918.847,18
jun-12	\$ 1.068.920	\$ 1.786.266	\$ 717.346	111,35	142,50	\$ 918.021,99
jul-12	\$ 1.068.920	\$ 1.786.266	\$ 717.346	111,32	142,50	\$ 918.269,39
ago-12	\$ 1.068.920	\$ 1.786.266	\$ 717.346	111,37	142,50	\$ 917.857,13
sep-12	\$ 1.068.920	\$ 1.786.266	\$ 717.346	111,69	142,50	\$ 915.227,40
oct-12	\$ 1.068.920	\$ 1.786.266	\$ 717.346	111,87	142,50	\$ 913.754,79
nov-12	\$ 1.068.920	\$ 1.786.266	\$ 717.346	111,72	142,50	\$ 914.981,64
dic-12	\$ 1.068.920	\$ 1.786.266	\$ 717.346	111,82	142,50	\$ 914.163,37
dic-12	\$ 1.068.920	\$ 1.786.266	\$ 717.346	111,82	142,50	\$ 914.163,37
Aumento por IPC 2,44%						
ene-13	\$ 1.095.002	\$ 1.829.851	\$ 734.849	112,15	142,50	\$ 933.713,41
feb-13	\$ 1.095.002	\$ 1.829.851	\$ 734.849	112,65	142,50	\$ 929.569,10
mar-13	\$ 1.095.002	\$ 1.829.851	\$ 734.849	112,88	142,50	\$ 927.675,04

abr-13	\$ 1.095.002	\$ 1.829.851	\$ 734.849	113,16	142,50	\$ 925.379,63
may-13	\$ 1.095.002	\$ 1.829.851	\$ 734.849	113,48	142,50	\$ 922.770,17
jun-13	\$ 1.095.002	\$ 1.829.851	\$ 734.849	113,75	142,50	\$ 920.579,86
jul-13	\$ 1.095.002	\$ 1.829.851	\$ 734.849	113,80	142,50	\$ 920.175,39
ago-13	\$ 1.095.002	\$ 1.829.851	\$ 734.849	113,89	142,50	\$ 919.448,23
sep-13	\$ 1.095.002	\$ 1.829.851	\$ 734.849	114,23	142,50	\$ 916.711,54
oct-13	\$ 1.095.002	\$ 1.829.851	\$ 734.849	113,93	142,50	\$ 919.125,42
nov-13	\$ 1.095.002	\$ 1.829.851	\$ 734.849	113,68	142,50	\$ 921.146,72
dic-13	\$ 1.095.002	\$ 1.829.851	\$ 734.849	113,98	142,50	\$ 918.722,22
dic-13	\$ 1.095.002	\$ 1.829.851	\$ 734.849	113,98	142,50	\$ 918.722,22
Aumento por IPC 1,94%						
ene-14	\$ 1.116.245	\$ 1.865.350	\$ 749.105	114,54	142,50	\$ 931.966,55
feb-14	\$ 1.116.245	\$ 1.865.350	\$ 749.105	115,26	142,50	\$ 926.144,79
mar-14	\$ 1.116.245	\$ 1.865.350	\$ 749.105	115,71	142,50	\$ 922.542,98
abr-14	\$ 1.116.245	\$ 1.865.350	\$ 749.105	116,24	142,50	\$ 918.336,62
may-14	\$ 1.116.245	\$ 1.865.350	\$ 749.105	116,81	142,50	\$ 913.855,39
jun-14	\$ 1.116.245	\$ 1.865.350	\$ 749.105	116,91	142,50	\$ 913.073,72
jul-14	\$ 1.116.245	\$ 1.865.350	\$ 749.105	117,09	142,50	\$ 911.670,07
ago-14	\$ 1.116.245	\$ 1.865.350	\$ 749.105	117,33	142,50	\$ 909.805,24
sep-14	\$ 1.116.245	\$ 1.865.350	\$ 749.105	117,49	142,50	\$ 908.566,25
oct-14	\$ 1.116.245	\$ 1.865.350	\$ 749.105	117,68	142,50	\$ 907.099,33
nov-14	\$ 1.116.245	\$ 1.865.350	\$ 749.105	117,84	142,50	\$ 905.867,69
dic-14	\$ 1.116.245	\$ 1.865.350	\$ 749.105	118,15	142,50	\$ 903.490,89
dic-14	\$ 1.116.245	\$ 1.865.350	\$ 749.105	118,15	142,50	\$ 903.490,89
Aumento por IPC 3,66%						
ene-15	\$ 1.157.100	\$ 1.933.622	\$ 776.522	118,91	142,50	\$ 930.572,75
feb-15	\$ 1.157.100	\$ 1.933.622	\$ 776.522	120,28	142,50	\$ 919.973,44
mar-15	\$ 1.157.100	\$ 1.933.622	\$ 776.522	120,98	142,50	\$ 914.650,40
abr-15	\$ 1.157.100	\$ 1.933.622	\$ 776.522	121,63	142,50	\$ 909.762,44
may-15	\$ 1.157.100	\$ 1.933.622	\$ 776.522	121,95	142,50	\$ 907.375,20
jun-15	\$ 1.157.100	\$ 1.933.622	\$ 776.522	122,08	142,50	\$ 906.408,96
jul-15	\$ 1.157.100	\$ 1.933.622	\$ 776.522	122,31	142,50	\$ 904.704,48
ago-15	\$ 1.157.100	\$ 1.933.622	\$ 776.522	122,90	142,50	\$ 900.361,31
sep-15	\$ 1.157.100	\$ 1.933.622	\$ 776.522	123,78	142,50	\$ 893.960,29
oct-15	\$ 1.157.100	\$ 1.933.622	\$ 776.522	124,62	142,50	\$ 887.934,56
nov-15	\$ 1.157.100	\$ 1.933.622	\$ 776.522	125,37	142,50	\$ 882.622,68
dic-15	\$ 1.157.100	\$ 1.933.622	\$ 776.522	126,15	142,50	\$ 877.165,32
dic-15	\$ 1.157.100	\$ 1.933.622	\$ 776.522	126,15	142,50	\$ 877.165,32
Aumento por IPC 6,77%						
ene-16	\$ 1.235.435	\$ 2.064.528	\$ 829.093	127,78	142,50	\$ 924.602,51
feb-16	\$ 1.235.435	\$ 2.064.528	\$ 829.093	129,41	142,50	\$ 912.956,56
mar-16	\$ 1.235.435	\$ 2.064.528	\$ 829.093	130,63	142,50	\$ 904.430,13
abr-16	\$ 1.235.435	\$ 2.064.528	\$ 829.093	131,28	142,50	\$ 899.952,08
may-16	\$ 1.235.435	\$ 2.064.528	\$ 829.093	131,95	142,50	\$ 895.382,41
jun-16	\$ 1.235.435	\$ 2.064.528	\$ 829.093	132,58	142,50	\$ 891.127,68
jul-16	\$ 1.235.435	\$ 2.064.528	\$ 829.093	133,27	142,50	\$ 886.513,91
ago-16	\$ 1.235.435	\$ 2.064.528	\$ 829.093	132,85	142,50	\$ 889.316,59
sep-16	\$ 1.235.435	\$ 2.064.528	\$ 829.093	132,78	142,50	\$ 889.785,42

oct-16	\$ 1.235.435	\$ 2.064.528	\$ 829.093	132,70	142,50	\$ 890.321,84
nov-16	\$ 1.235.435	\$ 2.064.528	\$ 829.093	132,85	142,50	\$ 889.316,59
dic-16	\$ 1.235.435	\$ 2.064.528	\$ 829.093	133,40	142,50	\$ 885.649,99
dic-16	\$ 1.235.435	\$ 2.064.528	\$ 829.093	133,40	142,50	\$ 885.649,99
Aumento por IPC				5,75%		
ene-17	\$ 1.306.473	\$ 2.183.238	\$ 876.766	134,77	142,50	\$ 927.054,14
feb-17	\$ 1.306.473	\$ 2.183.238	\$ 876.766	136,12	142,50	\$ 917.859,88
mar-17	\$ 1.306.473	\$ 2.183.238	\$ 876.766	136,76	142,50	\$ 913.564,54
abr-17	\$ 1.306.473	\$ 2.183.238	\$ 876.766	137,40	142,50	\$ 909.309,22
may-17	\$ 1.306.473	\$ 2.183.238	\$ 876.766	137,71	142,50	\$ 907.262,27
jun-17	\$ 1.306.473	\$ 2.183.238	\$ 876.766	137,87	142,50	\$ 906.209,38
jul-17	\$ 1.306.473	\$ 2.183.238	\$ 876.766	137,80	142,50	\$ 906.669,71
ago-17	\$ 1.306.473	\$ 2.183.238	\$ 876.766	137,99	142,50	\$ 905.421,31
sep-17	\$ 1.306.473	\$ 2.183.238	\$ 876.766	138,05	142,50	\$ 905.027,79
oct-17	\$ 1.306.473	\$ 2.183.238	\$ 876.766	138,07	142,50	\$ 904.896,70
nov-17	\$ 1.306.473	\$ 2.183.238	\$ 876.766	138,32	142,50	\$ 903.261,18
dic-17	\$ 1.306.473	\$ 2.183.238	\$ 876.766	138,85	142,50	\$ 899.813,37
dic-17	\$ 1.306.473	\$ 2.183.238	\$ 876.766	138,85	142,50	\$ 899.813,37
Aumento por IPC				4,09%		
ene-18	\$ 1.359.908	\$ 2.272.533	\$ 912.625	139,72	142,50	\$ 930.783,68
feb-18	\$ 1.359.908	\$ 2.272.533	\$ 912.625	140,71	142,50	\$ 924.234,92
mar-18	\$ 1.359.908	\$ 2.272.533	\$ 912.625	141,05	142,50	\$ 922.007,06
abr-18	\$ 1.359.908	\$ 2.272.533	\$ 912.625	141,70	142,50	\$ 917.777,67
may-18	\$ 1.359.908	\$ 2.272.533	\$ 912.625	142,06	142,50	\$ 915.451,89
jun-18	\$ 1.359.908	\$ 2.272.533	\$ 912.625	142,28	142,50	\$ 914.036,37
jul-18	\$ 1.359.908	\$ 2.272.533	\$ 912.625	142,10	142,50	\$ 915.194,20
ago-18	\$ 1.359.908	\$ 2.272.533	\$ 912.625	142,27	142,50	\$ 914.100,62
sep-18	\$ 1.359.908	\$ 2.272.533	\$ 912.625	142,50	142,50	\$ 912.625,23
Total diferencia mesadas + indexación (a ejecutoria del fallo)					\$ 129.593.562	
Costas					\$ 1.233.063	

Periodo	Capital	Mesada reconocida	Mesada según fallo	Diferencia causada	Tasa de Interés mensual E.A.	Intereses adeudados
oct-18	\$ 130.826.625	\$ 1.359.908	\$ 2.272.533	\$ 912.625	4,43%	\$ 476.733,48
nov-18	\$ 131.739.250	\$ 1.359.908	\$ 2.272.533	\$ 912.625	4,42%	\$ 478.973,64
dic-18	\$ 132.651.875	\$ 1.359.908	\$ 2.272.533	\$ 912.625		
dic-18	\$ 133.564.501	\$ 1.359.908	\$ 2.272.533	\$ 912.625	4,54%	\$ 498.482,36
Aumento por IPC					3,18%	
ene-19	\$ 134.477.126	\$ 1.403.153	\$ 2.344.799	\$ 941.647	4,56%	\$ 504.139,65
feb-19	\$ 135.418.773	\$ 1.403.153	\$ 2.344.799	\$ 941.647	4,57%	\$ 508.736,00
mar-19	\$ 136.360.419	\$ 1.403.153	\$ 2.344.799	\$ 941.647	4,55%	\$ 510.052,40
abr-19	\$ 137.302.066	\$ 1.403.153	\$ 2.344.799	\$ 941.647	4,54%	\$ 512.444,41
may-19	\$ 138.243.713	\$ 1.403.153	\$ 2.344.799	\$ 941.647	4,50%	\$ 511.479,67

jun-19	\$ 139.185.359	\$ 1.403.153	\$ 2.344.799	\$ 941.647	4,52%	\$ 517.182,94
jul-19	\$ 140.127.006	\$ 1.403.153	\$ 2.344.799	\$ 941.647	4,47%	\$ 515.012,72
ago-19	\$ 141.068.653	\$ 1.403.153	\$ 2.344.799	\$ 941.647	28,98%	\$ 3.043.811,29
sep-19	\$ 142.010.300	\$ 1.403.153	\$ 2.344.799	\$ 941.647	28,98%	\$ 3.063.994,29
oct-19	\$ 142.951.946	\$ 1.403.153	\$ 2.344.799	\$ 941.647	28,65%	\$ 3.052.803,16
nov-19	\$ 143.893.593	\$ 1.403.153	\$ 2.344.799	\$ 941.647	28,55%	\$ 3.063.196,66
dic-19	\$ 144.835.240	\$ 1.403.153	\$ 2.344.799	\$ 941.647		
dic-19	\$ 145.776.886	\$ 1.403.153	\$ 2.344.799	\$ 941.647	28,37%	\$ 3.085.534,10
Aumento por IPC						3,80%
ene-20	\$ 146.718.533	\$ 1.456.472	\$ 2.433.902	\$ 977.429	28,16%	\$ 3.085.516,26
feb-20	\$ 147.695.962	\$ 1.456.472	\$ 2.433.902	\$ 977.429	28,59%	\$ 3.148.307,87
mar-20	\$ 148.673.392	\$ 1.456.472	\$ 2.433.902	\$ 977.429	28,43%	\$ 3.153.151,18
abr-20	\$ 149.650.821	\$ 1.456.472	\$ 2.433.902	\$ 977.429	28,04%	\$ 3.134.770,85
may-20	\$ 150.628.250	\$ 1.456.472	\$ 2.433.902	\$ 977.429	27,29%	\$ 3.079.365,68
jun-20	\$ 151.605.680	\$ 1.456.472	\$ 2.433.902	\$ 977.429	27,18%	\$ 3.088.003,15
jul-20	\$ 152.583.109	\$ 1.456.472	\$ 2.433.902	\$ 977.429	27,18%	\$ 3.107.784,53
ago-20	\$ 153.560.538	\$ 1.456.472	\$ 2.433.902	\$ 977.429	27,44%	\$ 3.154.401,03
Total capital adeudado (a fecha de pago parcial)						\$ 154.537.967
Total intereses (a fecha de pago parcial)						\$ 45.293.877

Vista la liquidación que antecede, se tiene que por concepto de capital, esto es, diferencia de mesadas e indexación -previo descuentos de ley- más los intereses generados con posterioridad a la ejecutoria del fallo la entidad accionada debía reconocer a la demandante para la fecha del pago efectuado las siguientes sumas:

Concepto	Valor
Total capital adeudado – diferencia de mesadas + indexación + costas (a fecha de pago parcial)	\$ 154.537.967
Por intereses (a fecha de pago parcial)	\$ 45.293.877
Total adeudado (a fecha de pago parcial)	\$ 199.831.845

En tal sentido, observa el Despacho que sí existen sumas insolutas que no han sido sufragadas por la entidad accionada, más aun teniendo en cuenta que el pago parcial realizado en agosto de 2020 en los términos del artículo 1653 del Código Civil deben ser imputados en primera medida a intereses y por último al capital adeudado, esto, teniendo en cuenta que el pago realizado por la entidad accionada ascendió -previo descuentos de ley- a la suma de \$179.395.905.

En resumen, se tiene que la ejecutada canceló parcialmente el crédito judicial cuya ejecución se pretende, **razón por la cual los pagos realizados deberán ser tenidos en cuenta en la etapa de liquidación del crédito**, empero no se erigen como causal de terminación del presente asunto ejecutivo.

4.3. Conclusiones

Por lo expuesto, la Sala declarará parcialmente probada la excepción de “*Pago de la obligación*”, y ordenará continuar la ejecución respecto de la obligación de hacer no cumplida consistente en reliquidar el valor de la mesada pensional de la accionante en una cuantía equivalente para el año 2009 de \$ 1.636.395, y por las sumas aun no canceladas que se causaron por concepto de diferencias entre la mesada reconocida y la ordenada, indexación, intereses y costas procesales.

5. Costas

En el presente asunto no se impondrá condena en costas a cargo al haberse accedido a las pretensiones ejecutivas en forma parcial⁷ de conformidad con el artículo 365 del C.G.P. numeral 5.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRASE no probada la excepción de “*prescripción*” y probada parcialmente la de “*pago de la obligación*” formulada por la entidad ejecutada, dentro del asunto ejecutivo impetrado por María Noelia Botero Botero contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con ocasión de la sentencia proferida por este Tribunal Administrativo el 12 de septiembre de 2013, confirmada por el H. Consejo de Estado mediante providencia del 16 de agosto de 2018.

SEGUNDO: SEGUIR ADELANTE CON LA EJECUCIÓN en los términos señalados.

Por tanto, **ORDÉNASE** a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que en lapso de 15 días profiera el acto administrativo mediante el cual se dé cumplimiento lo señalado en la presente providencia.

TERCERO: ORDÉNASE liquidar el crédito, conforme lo dispone el artículo 446 del CGP. Se recuerda a las partes que, de acuerdo con lo establecido en el precitado artículo, la liquidación presentada deberá acompañarse de los documentos que la sustenten. Deberán tenerse en cuenta igualmente los pagos y/o abonos que efectúe la entidad demandada a la obligación.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE

⁷ La parte actora deprecó el pago de sumas mayores a las adeudadas.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 60 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
(Ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 213

Manizales, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-33-002-2016-00447-03
Naturaleza: Proceso Ejecutivo
Demandante: Industria Licorera de Caldas
Demandados: Unidad Administrativa de Gestión Pensional y
Contribuciones Parafiscales – UGPP.

Se procede a emitir fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la ejecutada contra la sentencia que dispuso proseguir con la ejecución.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de ejecución.

La Industria Licorera de Caldas formuló demanda ejecutiva con ocasión del crédito contenido en la sentencia del 31 de enero de 2011 proferida por el extinto Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Manizales -ejecutoriada el 22 de febrero de 2011-, ejecución que deprecia en los siguientes términos:

“QUE SE LIBRE MANDAMIENTO DE PAGO a favor de la Industria Licorera de Caldas y en contra de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, por la suma de NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CIENTO VEINTISÉIS PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS (92.668.126,88) conforme a las disposiciones de la condenada (sic) dictada por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales de Descongestión dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, bajo el radicado 17001333100320080083500.

El valor total de la deuda que se pretende cobrar a la UGPP por parte de la Industria Licorera de Caldas, comprende el periodo 16 de julio de 2008 hasta el 30 de octubre de 2016, donde el capital adeudado surge del 84,76% de concurrencia en la cuota parte pensional que le correspondía a la Industria Licorera de Caldas a favor del señor Hernando Vallejo Mejía por el total de días de trabajo (7.289) sobre una mesada pensional a octubre de 2016 de \$1.156.153.

...se sirva incluir en el mandamiento de pago solicitado, la suma de DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA MIL CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS (17.480.054,69) por concepto de los intereses que se han generado a la fecha y desde el momento en que se expidió la sentencia que sirve como título ejecutivo...

(sic) QUE SE ORDENE a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP a pagar de forma retroactiva la cuota parte pensional dejada de cancelar desde el 16 de julio de 2008 y hasta que se verifique el cumplimiento de la obligación, con ocasión de la cuota parte aceptada mediante oficio 21355 del 4 de agosto de 2006 de la Subgerencia de Prestaciones Económicas de Cajanal a favor del señor Hernán Vallejo Mejía.

...QUE SE ORDENE a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, seguir cancelando la cuota parte pensional del señor Hernán Vallejo Mejía en la forma en que se venía haciendo antes de desvirtuar la legalidad del oficio 21355 del 4 de Agosto de 2006.

...QUE SE CONDENE a la entidad demandada a pagar los intereses moratorios causados por el no pago de la condena impuesta por este despacho judicial a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta que se verifique la cancelación de la obligación impuesta. QUINTO: QUE SE CONDENE en costas a la UGPP."

Señala que, el señor Hernán Vallejo Mejía recibió pensión de jubilación por cuenta de la Industria Licorera de Caldas desde el 2 de agosto de 1982, prestación que fue reconocida previa aceptación e inclusión de una cuota parte a ser asumida por Cajanal E.I.C.E.

A través de la Resolución 51753 del 29 de octubre de 2007, Cajanal decide unilateralmente revocar y dejar sin efectos jurídicos el Oficio 21355 del 4 de agosto de 2006, por medio del cual se había aceptado la cuota parte pensional.

La Industria Licorera de Caldas presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de Cajanal asunto que fue definido mediante sentencia del 31 de enero de 2011 -ejecutoriada el 22 de febrero de 2011-, que accedió a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo por medio del cual la demandada había revocado el Oficio 21355 del 4 de agosto de 2006 y disponiendo a título de restablecimiento del derecho, que Cajanal debía efectuar el pago de la cuota parte a ella asignada y por ella aceptada, en la pensión reconocida al señor Hernán Vallejo Mejía y que había sido dejada de cancelar desde el 16 de julio de 2008 hasta la fecha de ejecutoria de dicha sentencia, y se ordenó que a partir de allí, se continuara cancelando la referida cuota parte en la forma en que lo venía haciendo hasta esa fecha, mientras que no fuera desvirtuada la legalidad del oficio 21355 del 4 de agosto de 2006 por las vías legales.

2. Mandamiento de pago

El Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, el 14 de febrero de 2017 (fls. 31-33, cdo. 1), libró mandamiento de pago en contra de la UGPP por las siguientes sumas:

"...CAPITAL: NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CIENTO VEINTISEIS (sic) PESOS CON 88 (\$92'668.126.88)

INTERESES: DIECISIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (sic) CON 78 (\$17'282.648.78)..."

3. Recursos contra el mandamiento de pago.

El 15 de marzo de 2017 la UGPP formuló recurso de reposición al considerar que dicha entidad no se entraba obligada al pago de las obligaciones derivadas de la sentencia judicial arribada como título ejecutivo, en tanto las obligaciones de tipo pensional reclamadas a Cajanal con anterioridad al 8 de noviembre de 2011 deben ser asumidas por los patrimonios autónomos de remanentes que fueron creados al momento de la liquidación de dicha E.I.C.E.

El recurso fue despachado favorablemente por el *a quo* a través de auto del 05 de abril de 2017, reponiendo la decisión adoptada y negando la emisión de mandamiento de pago. Frente a la anterior decisión la parte ejecutante formuló recurso de apelación señalando que, las obligaciones derivadas de la sentencia base de ejecución no fueron asignadas a ninguno de los patrimonios autónomos creados tras la liquidación de Cajanal razón por la cual estos se han negado al pago de los créditos derivados de la sentencia judicial, agregando que la UGPP sí está obligada al pago de los dineros acá reclamados, dado que, el artículo 2 del Decreto 2040 de 2011, que modificó el artículo 22 del Decreto 2196 de 2009, señaló como sucesor procesal a la UGPP, en todos los procesos judiciales que se encontraran en trámite al cierre de la liquidación de Cajanal, por lo cual, está llamada a responder por todas las condenas que se profirieron en los procesos judiciales que fueron adelantados en contra de la extinta E.I.C.E.

Finalmente, mediante proveído del 22 de marzo de 2018 este Tribunal Administrativo (fls. 3-10, cdo. 3) revocó el auto que negó el mandamiento de pago en contra de la UGPP, advirtiendo en síntesis que, según concepto emitido por el Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil¹ *"la competencia para dar cumplimiento de las sentencias judiciales proferidas y ejecutoriadas antes de la liquidación de CAJANAL E.I.C.E., y que no fueron expresamente entregados a un Patrimonio Autónomo de Remanentes (P.A.R.), o sustituidas específicamente a otra entidad, corresponde a la UGPP."*

Con base en lo anterior y al analizar que la obligación derivada de la sentencia judicial que se presenta como título ejecutivo, no quedó amparada por el contrato de fiducia mercantil 014 de 2013, en virtud del cual Fiduararia adquirió un mandato o competencia específica para atender las solicitudes de pago de las condenas judiciales ejecutoriadas antes de la liquidación de Cajanal, dicha obligación atañe a la competencia general asignada a la UGPP.

En este orden de ideas, se dispuso continuar con el mandamiento de pago librado en contra de la UGPP.

4. Excepciones contra el mandamiento de pago

La ejecutada transcribió íntegramente el contenido del recurso de reposición interpuesto contra el mandamiento de pago, integrando dichos argumentos bajo las excepciones que denominó *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"* , *"INEXISTENCIA DE LA*

¹ Consejero Ponente: Edgar González López. 26 de octubre de 2016. Rad: 11001-03-06-000-2016-00093-00 (C).

OBLIGACIÓN POR PARTE DE LA UGPP y *“COBRO DE LO NO DEBIDO”*, agregando las que denominó *“BUENA FE”* arguyendo que ha actuado de buena fe, dando aplicación a las disposiciones normativas que ha considerado pertinentes y *“CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA CONTENCIOSA”* esgrimiendo que la demanda fue interpuesta por fuera del término otorgado para el efecto por el artículo 164 del CPACA; frente a dichos medios exceptivos el *a quo* dispuso no dar trámite a las mismas tras advertir que no resultan procedentes en el marco del proceso de ejecución de créditos contenidos en sentencias judiciales, en los términos del artículo 442 del C.G.P (fl. 180, cdo. 1).

Ahora bien, como excepción procedente se propuso la de *“PRESCRIPCIÓN”* alegándose que las cuotas partes pensionales que no sean cobradas tras un interregno de tres años se entienden prescritas, esto en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ley 3135 de 1968, el Decreto 1848 de 1969, el artículo 488 del C.S.T. y el artículo 151 del C.P.T.

5. Sentencia de primera instancia

En sentencia emitida en audiencia de instrucción y juzgamiento celebrada el 20 de agosto de 2019 (fls. 195 a 200, cdo. 1) el *a quo* resolvió la excepción de *“PRESCRIPCIÓN”* señalando que, las normas invocadas por la entidad ejecutada para fundamentar la prescripción de las obligaciones objeto de ejecución no resultan aplicables a las sumas que fueron ordenadas mediante una sentencia judicial, aunado a que la providencia que se ejecuta impuso el pago de una obligación sucesiva en tanto las cuotas partes reclamadas deben ser canceladas en los expresos términos de la sentencia *“hasta que se desvirtuó la presunción de legalidad del oficio No. 21355 del 04 de agosto de 2006”*.

Corolario, dispuso seguir adelante con la ejecución y condenó en costas a la ejecutada, esto último advirtiendo que las mismas se causaron en tanto se comprobó que la parte actora incurrió en gastos procesales y que la actividad de su apoderado en todas las etapas pertinentes da lugar a las agencias en derecho.

6. Recurso de apelación

La UGPP interpuso recurso de apelación para lo cual insistió en que no se encuentra obligada al pago de los créditos que fueron impuestos a Cajanal en la sentencia aportada como título ejecutivo, pues la misma data de antes del 8 de noviembre de 2011 fecha que, según los decretos que dispusieron la liquidación de dicha entidad, es el rasero que debe ser tomado en cuenta a efectos de determinar la entidad que asumiría el respectivo pasivo.

Finalmente, manifestó su oposición a la condena en costas impuesta al señalar que, no ha actuado en forma temeraria, pues su proceder siempre ha sido en derecho y procurando la protección del erario público; igualmente cita la sentencia proferida por este Tribunal el 26 de abril de 2019, con ponencia del H. Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes, en la cual se advirtió que el *a quo* debe fundamentar la condena en costas impuestas.

II. CONSIDERACIONES

1. Alcance del recurso de apelación

Observado el recurso de apelación propuesto por la entidad demandada se observa que, en lo que respecta al tema de fondo su alzada se limitó a argüir que, la UGPP no debe asumir el pago de las cuotas partes cuyo pago se dispuso en la sentencia base de recaudo ejecutivo, en tanto este pago debe ser asumido por el patrimonio autónomo de remanentes que fue designado para el efecto al momento en que se liquidó Cajanal E.I.C.E.

Al respecto, debe destacarse que, tal punto de disenso no fue objeto de controversia en la sentencia objeto de recurso de alzada -dado que esta únicamente resolvió la excepción de "PRESCRIPCIÓN", esto por la simple razón de que las partes plantearon aquella discusión en la etapa pertinente, esto, como recursos contra el mandamiento de pago.

En este orden de ideas, y como se advirtió en acápites anteriores, este Tribunal mediante proveído del 22 de marzo de 2018 mediante el cual revocó el auto que negó el mandamiento de pago, definió con claridad que la UGPP sí es la obligada al pago de las sumas que se impusieron en la sentencia aportada como título ejecutivo, sin que pueda pretenderse por la entidad accionada reabrir este debate por vía del recurso de apelación en contra de la sentencia, que se itera, únicamente resolvió una excepción de "PRESCRIPCIÓN".

Es postura pacífica de esta jurisdicción que, el estudio por parte del fallador de segunda instancia de temas que no fueron abordados en la sentencia de primera instancia, se torna en una vulneración al derecho al debido proceso y más exactamente al principio de congruencia que debe ser respetado por los fallos judiciales. En tal sentido, el H. Consejo de Estado señaló²:

"El principio de la doble instancia, elevado a canon constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, prevé que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley; esta garantía del derecho de impugnación, como posibilidad de controvertir una decisión judicial, exige la presencia jerárquica del superior, quien participa como autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa.

En suma, el principio de la doble instancia encierra una de las más caras garantías establecidas en la Carta Política, por ello, es deber del Juez, salvo las excepciones expresamente consignadas por el legislador, procurar su realización y plena efectividad como garantía de los derechos de impugnación y de contradicción que subyacen del mismo.

No obstante, el acceso a dicho derecho no opera de manera deliberada; por ello, el legislador ha establecido algunos requisitos de oportunidad y procedencia para su efectividad, que deben ser satisfechos a cabalidad so pena del fracaso del recurso de apelación, requisitos que dentro del procedimiento contencioso administrativo quedaron consignados dentro de los artículos 181 y 212 del Decreto 01 de 1984, modificado por la Ley 1395 de 2010. El primero, prevé que serán apelables las sentencias de primera instancia; el segundo establece, el trámite bajo el cual ha de surtirse la apelación señalando el término para la sustentación.

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 5 de junio de 2014, radicación No. 25000-23-25-000-2012-00762-01(0623-13), C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

*De otra parte, la normatividad procesal precisa los fines y el alcance de la apelación, como también el interés para interponerla, al precisar en el inciso 1º del artículo 350 del C.P.C., aplicable al procedimiento contencioso administrativo por remisión del artículo 267 del Decreto 01 de 1984, que el recurso de apelación "... tiene por objeto que el superior **estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o la reforme...**".*

Una lectura sistemática de las anteriores normas lleva a concluir que al sustentar la apelación, el recurrente debe señalar al ad quem las inconformidades frente a la decisión del a quo para que el superior revise los posibles errores en que haya incurrido la primera instancia.

...

Partiendo de las anteriores premisas, es evidente que el recurso de apelación formulado por el apoderado de la entidad incluye entre sus explicaciones que en el presente caso no se agotó el requisito de procedibilidad de la acción como lo es la conciliación extrajudicial para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la que el a quo debió rechazar de plano la demanda.

Al respecto debe señalarse que este no se trata en realidad de un verdadero argumento de disenso frente a la sentencia de primera instancia. Al contrario, se trata de una nueva manifestación sobre la que no versó la controversia analizada por el Tribunal. Ni tampoco, contiene un auténtico disenso de la parte apelante frente a la decisión tomada por el a quo para dar solución a la controversia. (Subrayado y negrillas son de la Sala).

Así las cosas, la Sala no se adentrará en el estudio del ya referido cargo de apelación que fuere formulado por la ejecutada, pues como se advirtió, la denominada "falta de legitimación" de la entidad ejecutada para concurrir al pago de las sumas discutidas no fue una controversia desatada por la sentencia que se recurre por vía de apelación, sino que fue una nueva manifestación que ya había sido definida en la etapa procesal correspondiente.

Corolario, la Sala descenderá al análisis del cargo de apelación que sí se presenta como verdadero argumento de disenso frente a la sentencia de primera instancia, esto es, la imposición de condena en costas.

2. Costas en primera instancia

La Corte Constitucional³ ha explicado que las costas, esto es, "aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial" y están conformadas por dos rubros: 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 C.G.P., 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. Las segundas "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".⁴

El artículo 188 del CPACA dispone: *“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”*. El CGP al respecto establece:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *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.*

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.”*

El H. Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016⁵, 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 las posturas del extinto CPC y el CGP, puesto que el primero 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, mientras que el segundo adopta un criterio objetivo.

En sentencia del 12 de abril de 2018⁶ precisó 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”*:

“[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 conformidad con lo expuesto, la imposición de la condena en costas tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio mientras se compruebe su causación en el expediente, por lo que en consideración de esta Colegiatura la condena en costas impuesta por la Juez de primera instancia resulta ajustada a derecho, pues la funcionaria judicial señaló en forma clara y acertada las razones por las cuales consideró que las mismas se causaron, esto es, por la comprobación de que existieron gastos procesales y en atención a la actuación del apoderado judicial de la parte ejecutante en cada etapa del proceso.

Corolario, se confirmará la sentencia apelada.

3. Costas en segunda instancia

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código

General del Proceso (CGP) y en aplicación del criterio objetivo valorativo previamente analizado, no se impondrá condena en costas en esta instancia al no haberse acreditado que la parte actora haya incurrido en gastos procesales o haya intervenido en esta instancia a través de su apoderado judicial.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, que dispuso continuar la ejecución propuesta en el mandamiento de pago librado por dicha célula judicial en favor de la Industria Licorera de Caldas y en cabeza de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.


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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 60 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
(Ausente con permiso)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

DESPACHO 002

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, 18 de noviembre de 2021

A.I. 312

REF: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. EGLANTINA MARÍA PALACIOS CUESTA Vs NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FNPSM Y DEPARTAMENTO DE CALDAS. VINCULADA ISNELDA DE JESÚS RUDA GIL. RADICADO 2017 00467

Estando a Despacho para audiencia inicial, este Tribunal procederá a dictar sentencia anticipada de conformidad con lo establecido en el artículo 182ª numeral 3 de la ley 1437 de 2011 adicionado por el artículo 42 de la ley 2080 de 2021, en la cual se pronunciará sobre la excepción de COSA JUZGADA, propuesta por la señora Isnela de Jesús Ruda Gil, en calidad de tercero vinculado.

Lo anterior atendiendo a los elementos de juicio aportados con la contestación de la demanda, los cuales ameritan un pronunciamiento de fondo en esta etapa procesal.

Por lo tanto y en cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo de la norma en cita, **SE CORRE TRASLADO** a las partes para alegar y al Ministerio Público para conceptuar, por el término de diez (10) días.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**57caf79df8fdb0345796bccd1f762fbf0b8850ad75
8c38a0d609b8a66a062c0**

Documento generado en 18/11/2021 03:39:37 PM

**Valide este documento electrónico en la
siguiente URL:**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala 2ª de Decisión Oral

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación:	17-001-33-39-007-2018-00142-02
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	María Shirley Osorio Patiño
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 94

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 7 de noviembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

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:

*“1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 10056-6 del 13 de DICIEMBRE de 2016, suscrita por el Doctor (a) : **FABIO HERNANDO ARIAS OROZCO SECRETARIO DE EDUCACIÓN Y CARLOS EDUARDO ARREDONDO MOZO PROFESIONAL ESPECIALIZADO**, en cuanto le reconoció una **PENSION VITALICIA DE JUBILACION** a mi representado y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior al momento del retiro definitivo del cargo.*

*“2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del **28 de AGOSTO de 2016**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) v/o subsidiariamente los factores salariales percibidos durante el*

año inmediatamente anterior al momento del retiro definitivo del cargo, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. **Condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que le reconozca y pague una **Pensión Ordinaria de Jubilación**, a partir del **27 de AGOSTO de 2016**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior al momento del retiro definitivo del cargo, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.
(...)

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

Manifestó el apoderado que su mandante prestó sus servicios a la docencia oficial, cumpliendo con los requisitos exigidos para que le fuera reconocida pensión de Jubilación.

Refirió que la entidad demandada al momento de determinar la cuantía de la pensión de jubilación, incluyó solo la asignación básica; omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada la parte demandante durante el último año de servicios.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 Artículo 15

Ley 33 de 1985 Artículo 1º.

Ley 62 de 1985

Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que la Ley 33 de 1985 no consagra taxativamente los factores salariales que forman parte de la base de liquidación de la pensión de vejez y por lo tanto se deben incluir todos aquellos factores devengados en el último año de servicio como se desprende de la sentencia del Consejo de Estado, proferida el 4 de agosto de 2010 por el Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Guardó silencio.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 7 de noviembre de 2019, resolvió negar las pretensiones de la parte demandante.

Manifestó que a la parte demandante le aplica el régimen pensional de la Ley 33 de 1985 en consideración a la fecha de ingreso al servicio docente; y frente a los factores salariales se le aplica la Ley 62 de 1985. Todo lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, vertida en providencias que para el efecto se sirve citar. Indicó que a la parte actora le fue reconocida la pensión de vejez con inclusión de la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación mensual. Entre tanto, los factores devengados en el año estatus fueron, además de los ya referidos, la prima de servicios.

El a quo estimó que la entidad no está obligada a incluir la prima de servicios comoquiera que ésta no se encuentra taxativamente señalada en la Ley 62 de 1985, norma que establece los factores sobre los cuales ha de hacerse los descuentos para pensión y aquellas no están enlistados en la citada norma. (fls. 146 – 152, C. 1)

6. Recurso de Apelación

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al estimar que la demanda de la referencia fue promovida cuando imperaba la tesis del Consejo de Estado vertida en la sentencia del 26 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila, motivo por el cual invoca el principio de confianza legítima en la administración de justicia. Aude al principio de seguridad jurídica y destaca que con la nueva posición de Consejo de Estado se afectan los derechos de las personas que estaban a la espera de una decisión con fundamento en la postura anterior al amparo de la cual fue presentada la demanda. Considera que la nueva postura del Consejo de Estado resulta contradictoria y regresiva frente a la tesis acogida desde el año 2010, además, genera desigualdad de trato frente a quienes se encuentran en la misma situación de hecho. Agrega que los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, razón para reclamar el pago de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el docente en el último año de servicios. (fls. 162-169, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Insiste en el argumento según el cual, el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una Sentencia de Unificación del año 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Por lo tanto, solicita que en este caso se analice de manera concreta, cuál es la jurisprudencia aplicable toda vez que al momento de la radicación del respectivo medio de control, estaba claro el sentido en que se decidían estos temas, lo cual generaba una confianza legítima frente a la aplicación de la sentencia del año 2010 proferida por el Consejo de Estado. (fls. 18 – 22, C. 2)

7.2 La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Guardó silencio.

7.3 Ministerio Público:

No allegó concepto.

II. Consideraciones

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- i) ¿La sentencia de unificación SUJ-014-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, tiene efecto vinculante frente a quienes presentaron la demanda con anterioridad a su expedición?
- ii) ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la reliquidación de la pensión de vejez deprecada por la parte demandante?
- iii) ¿Cuáles son los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante?

1. Precedente jurisprudencial vinculante.

Ciertamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado fija unos parámetros para la interpretación y aplicación de la ley y por lo tanto, emerge como una fuente de derecho que propende por la garantía del principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley. Así pues, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está llamado a proferir sentencias de unificación en determinadas materias que requieren de la fijación de un criterio de interpretación que resulte razonable y uniforme para resolver casos de perfiles fácticos y jurídicos análogos.

Desde luego, el efecto vinculante y la obligatoriedad del precedente jurisprudencial también se aplica a la misma Corte de donde emana y por ello, cuando la misma se va a apartar de aquel o cuando va a fijar un nuevo precedente sobre determinada materia, adquiere la carga de argumentar con suficiencia las razones que la mueven para proceder en tal forma; es decir, el precedente no es inmutable pero un cambio en este supone la exposición de unas razones sustentables jurídicamente a fin de no defraudar la confianza legítima de los usuarios de la administración de justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que “... ante ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es posible que se modifiquen las reglas fijadas en los precedentes jurisprudenciales. Así las cosas, tales exigencias permiten, a su vez, reforzar los mismos principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.”¹

En este caso, se observa que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida en el año 2019, expuso las razones por las cuales considera que el ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, está constituido por el salario devengado en el último año de servicio con inclusión de los factores sobre los cuales se hizo el respectivo aporte al sistema de pensiones, los cuales no pueden ser otros que los definidos en la Ley 62 de 1985. De la exposición normativa que hace en dicha providencia, colige que no es dado liquidar la pensión sobre “*todos y cada uno de los devengados en el último año de servicio*” como se reconocía anteriormente por la Alta Corporación. Al respecto dice:

“Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

Aunado al anterior argumento, en cuanto a los efectos de dicha sentencia de unificación, dispuso lo siguiente:

¹ SU-406/16.

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”. 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. /Líneas de la Sala/

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

Como puede verse, la sentencia de unificación debe aplicarse de manera inmediata, incluso en los casos que se encuentren en trámite administrativo o judicial porque frente a éstos no se predica el fenómeno de la cosa juzgada; luego, es un precedente que vincula a esta jurisdicción tanto en sentido horizontal como vertical.

Ha de colegirse entonces, que la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado es la que orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

2. Entidad obligada al pago de la pensión.

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de Decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la reliquidación pensional en este caso, por las siguientes razones:

a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin

²La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235) [...]»

personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política³.

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la reliquidación pensional deprecada por la parte actora.

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

³“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

El Decreto 3135 de 1968, 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, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

“Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 % del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley determine expresamente.”

Este artículo fue reglamentado por el 68 del Decreto 1848 de 1969, así:

“Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 1 de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.”

La Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, derogó, en forma expresa, los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 que, a su vez, fue reformada por la Ley 62 de 1985. Al respecto, la primera de las normas aquí citadas, dispuso:

“Artículo 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75 %) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)

Parágrafo 2. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”

Como puede observarse, ésta norma resulta aplicable a todos los empleados oficiales (del orden nacional, departamental o municipal) salvo, a quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción que determine expresamente la ley ni a quienes disfruten de un régimen especial.

Posteriormente se expidió la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 estableció:

“Artículo 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Subraya la sala).

En el año 1993 se expidió la Ley 100, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 279 consagró:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del 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 a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”

Los docentes fueron excluidos expresamente del Sistema Integral de Seguridad Social por ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de la pensión de vejez de éstos.

Por su parte, la Ley 115 del 8 de febrero de 1994 -Ley General de la Educación- dispuso:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

De acuerdo con la parte final del inciso 1 del artículo 115, el régimen prestacional de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, que remiten a las Leyes 33 y 62 de 1985 para los docentes nacionales, aplicables a los territoriales que no contaban con un régimen específico en sus respectivas circunscripciones.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵, mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, consideró lo siguiente:

“{...} de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en materia de pensión de vejez de los docentes, ni la Ley 91 de 1989 ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen especial. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994⁶, pues en el artículo 115 no estableció condiciones excepcionales.⁷ Por esta razón, fuerza concluir que la pensión de jubilación de los docentes sigue sometida al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el cual continuaron adquiriendo su derecho a la pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

...

No obstante, la Ley 812 del 27 de junio de 2003⁸, por la cual se aprobó el plan de desarrollo, dispuso en el artículo 81 lo siguiente:

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 la ley 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.

Luego, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley 812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el párrafo transitorio dispuso:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficiales es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada

⁵ Rad. 2015-00871. C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado. FNPSM.

⁶ Ley general de la educación.

⁷ “Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

⁸ Rad. 2015-00871. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado FNPSM.

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 estos términos, reiteró el legislador que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público oficial es el consagrado en la Ley 91 de 1989. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de esta.”

De manera reciente, el Consejo de Estado⁹ se volvió a pronunciar mediante sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableciendo lo siguiente:

“{...} La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

4. El caso concreto.

A la señora **María Shirley Osorio Patiño** le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución N°. 10056-6 del 13 de diciembre de 2016, con base en el sueldo mensual, la prima de vacaciones, la prima de navidad, la prima de

⁹ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, CP: césar palomino cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno:0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag

alimentación y la bonificación mensual, sin incluir los demás factores salariales devengados en el año estatus. (fl. 20, C. 1)

Por tal razón, reclama en su favor el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año status, incluida la prima de servicios devengada conforme se acredita en el comprobante de pago que obra a folio 23 del cuaderno 1.

En atención al criterio fijado por el Consejo de Estado en las sentencias ya referidas, esta Sala de Decisión colige que la demandante no tiene derecho a que su pensión se reliquide con todos aquellos rubros constitutivos del salario devengado en el año estatus y las razones son las siguientes:

Como se señaló anteriormente, la norma que ampara la situación particular de la parte accionante es la contenida en las Leyes 91 de 1989, la Ley 33 y 62 de 1985.

El parágrafo B. del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispone:

*“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Subraya la Sala)*

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los

mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación¹⁰, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: **“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”** (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 constitucional que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.*

Agregó que *“la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, sólo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.”*

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

Indica que, con esta interpretación “(i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”

En consonancia con lo anterior, mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Alta Corporación retomó el tema para sentar la regla jurisprudencial según la cual “*En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. /Líneas de la Sala/*

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante con inclusión de la prima de servicios, pues ciertamente, este factor se encuentra por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Esto es, la entidad solamente estaba obligada a incluir los factores enlistados en la referida norma, que hubiesen sido devengados en el año anterior al retiro del servicio y sobre los cuales se hubiese realizado el respectivo aporte al sistema de pensiones.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5. Costas en segunda instancia.

No habrá condena en costas en esta instancia pues la demanda se presentó cuando imperaba otra tesis jurisprudencial.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda 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 del 7 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovido por la señora **María Shirley Osorio Patiño** contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Notifíquese 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 de Decisión Oral

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación:	17-001-33-39-007-2018-00283-02
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Jaime Pérez Martínez
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 93

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 19 de septiembre de 2019, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

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:

*“1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 3561-6 del 30 de ABRIL de 2015, suscrita por el Doctor (a) : **MARÍA ARACELLY LÓPEZ GIL, SECRETARIA DE EDUCACIÓN, CARLOS EDUARDO ARREDONDO MOZO PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN PRESTACIONES SOCIALES Y JOSÉ ABAD CÁRDENAS RENDÓN PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN UNIDAD ADMINISTRATIVA,** en cuanto me reconoció y/o reliquidó la **PENSION DE JUBILACION** y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al retiro definitivo de mi cargo docente.*

*“2. Declarar que tengo derecho a que **la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** me reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del **31 de DICIEMBRE de 2014,** equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que efectué mi retiro definitivo del cargo docente, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.*

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. **Condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 31 de DICIEMBRE de 2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que efectué mi retiro definitivo del cargo docente, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.**
(...)

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

Manifestó el apoderado que su mandante prestó sus servicios a la docencia oficial, cumpliendo con los requisitos exigidos para que le fuera reconocida pensión de Jubilación.

Refirió que la entidad demandada al momento de determinar la cuantía de la pensión de jubilación, incluyó solo la asignación básica; omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada la parte demandante durante el último año de servicios.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 Artículo 15

Ley 33 de 1985 Artículo 1º.

Ley 62 de 1985

Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que la Ley 33 de 1985 no consagra taxativamente los factores salariales que forman parte de la base de liquidación de la pensión de vejez y por lo tanto se deben incluir todos aquellos factores devengados en el último año de servicio como se desprende de la sentencia del Consejo de Estado, proferida el 4 de agosto de 2010 por el Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Guardó silencio.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 19 de septiembre de 2019, resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

Manifestó que a la demandante le aplica el régimen pensional de la Ley 33 de 1985 en consideración a la fecha de ingreso al servicio docente; y frente a los factores salariales se le aplica la Ley 62 de 1985. Todo lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, vertida en providencias que para el efecto se sirve citar. Indicó que a la parte actora le fue reconocida la pensión de vejez con inclusión de la asignación básica, la prima de navidad y la prima de vacaciones. Y del comprobante de pago que obra en el expediente se desprende que, además, devengó la prima de servicios y la bonificación mensual.

El a quo estimó que la entidad no está obligada a incluir la prima de servicios comoquiera que ésta no se encuentra taxativamente señalada en la Ley 62 de 1985, norma que establece los factores sobre los cuales ha de hacerse los descuentos para pensión y aquellas no están enlistados en la citada norma. Sin embargo, consideró procedente ordenar la reliquidación con la bonificación mensual comoquiera que la misma es factor salarial de conformidad con lo previsto en el Decreto 1566 de 2014. Tal reconocimiento fue ordenado con efectos fiscales a partir del 27 de junio de 2015, por prescripción trienal. (fls. 145 – 156, C. 1)

6. Recurso de Apelación

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al estimar que la demanda de la referencia fue promovida cuando imperaba la tesis del Consejo de Estado vertida en la sentencia del 26 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila, motivo por el cual invoca el principio de confianza legítima en la administración de justicia. Aude al principio de seguridad jurídica y destaca que con la nueva posición de Consejo de Estado se afectan los derechos de las personas que estaban a la espera de una decisión con fundamento en la postura anterior al amparo de la cual fue presentada la demanda. Considera que la nueva postura del Consejo de Estado resulta contradictoria y regresiva frente a la tesis acogida desde el año 2010, además, genera desigualdad de trato frente a quienes se encuentran en la misma situación de hecho. Agrega que los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, razón para reclamar el pago de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el docente en el último año de servicios. (fls. 161-168, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Insiste en el argumento según el cual, el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una Sentencia de Unificación del año 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Por lo tanto, solicita que en este caso se analice de manera concreta, cuál es la jurisprudencia aplicable toda vez que al momento de la radicación del respectivo medio de control, estaba claro el sentido en que se decidían estos temas, lo cual generaba una confianza legítima frente a la aplicación de la sentencia del año 2010 proferida por el Consejo de Estado. (fls. 24 – 28, C. 2)

7.2 La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Guardó silencio.

7.3. Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

Estima que de conformidad con la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en abril de 2019, la liquidación de la pensión de vejez de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 – que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985 – debe tener en cuenta los factores sobre los cuales se haya hecho la respectiva cotización de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y por lo tanto no se puede incluir ningún otro factor diferente de los enlistados en dicho artículo. (fls. 4-11, C. 2)

II. Consideraciones

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- i) ¿La sentencia de unificación SUJ-014-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, tiene efecto vinculante frente a quienes presentaron la demanda con anterioridad a su expedición?
- ii) ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la reliquidación de la pensión de vejez deprecada por la parte demandante?
- iii) ¿Cuáles son los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante?

1. Precedente jurisprudencial vinculante.

Ciertamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado fija unos parámetros para la interpretación y aplicación de la ley y por lo tanto, emerge como una fuente de derecho que propende por la garantía del principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley. Así pues, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está llamado a proferir sentencias de unificación en determinadas materias que requieren de la fijación de un criterio de interpretación que resulte razonable y uniforme para resolver casos de perfiles fácticos y jurídicos análogos.

Desde luego, el efecto vinculante y la obligatoriedad del precedente jurisprudencial también se aplica a la misma Corte de donde emana y por ello, cuando la misma se va a apartar de aquel o cuando va a fijar un nuevo precedente sobre determinada materia, adquiere la carga de argumentar con suficiencia las razones que la mueven para proceder en tal forma; es decir, el precedente no es inmutable pero un cambio en este supone la exposición de unas razones sustentables jurídicamente a fin de no defraudar la confianza legítima de los usuarios de la administración de justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que *“... ante ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es posible que se modifiquen las reglas fijadas en los precedentes jurisprudenciales. Así las cosas, tales exigencias permiten, a su vez, reforzar los mismos principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.”*¹

En este caso, se observa que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida en el año 2019, expuso las razones por las cuales considera que el ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, está constituido por el salario devengado en el último año de servicio con inclusión de los factores sobre los cuales se hizo el respectivo aporte al sistema de pensiones, los cuales no pueden ser otros que los definidos en la Ley 62 de 1985. De la exposición normativa que hace en dicha providencia, colige que no es dado liquidar la pensión sobre *“todos y cada uno de los devengados en el último año de servicio”* como se reconocía anteriormente por la Alta Corporación. Al respecto dice:

“Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.”

¹ SU-406/16.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

Aunado al anterior argumento, en cuanto a los efectos de dicha sentencia de unificación, dispuso lo siguiente:

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”. 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. /Líneas de la Sala/

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

Como puede verse, la sentencia de unificación debe aplicarse de manera inmediata, incluso en los casos que se encuentren en trámite administrativo o judicial porque frente a éstos no se predica el fenómeno de la cosa juzgada; luego, es un precedente que vincula a esta jurisdicción tanto en sentido horizontal como vertical.

Ha de colegirse entonces, que la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado es la que orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

2. Entidad obligada al pago de la pensión.

²La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235) [...].»

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de Decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la reliquidación pensional en este caso, por las siguientes razones:

- a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.
- c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política³.
- d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.
- e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los

³“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la reliquidación pensional deprecada por la parte actora.

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

El Decreto 3135 de 1968, 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, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

“Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 % del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley determine expresamente.”

Este artículo fue reglamentado por el 68 del Decreto 1848 de 1969, así:

“Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 1 de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.”

La Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, derogó, en forma expresa, los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 que, a su vez, fue reformada por la Ley 62 de 1985. Al respecto, la primera de las normas aquí citadas, dispuso:

“Artículo 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75 %) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

Parágrafo 2. *Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3. *En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”*

Como puede observarse, ésta norma resulta aplicable a todos los empleados oficiales (del orden nacional, departamental o municipal) salvo, a quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción que determine expresamente la ley ni a quienes disfruten de un régimen especial.

Posteriormente se expidió la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 estableció:

“Artículo 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Subraya la sala).

En el año 1993 se expidió la Ley 100, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 279 consagró:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del 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 a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”

Los docentes fueron excluidos expresamente del Sistema Integral de Seguridad Social por ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de la pensión de vejez de éstos.

Por su parte, la Ley 115 del 8 de febrero de 1994 -Ley General de la Educación- dispuso:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

De acuerdo con la parte final del inciso 1 del artículo 115, el régimen prestacional de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, que remiten a las Leyes 33 y 62 de 1985 para los docentes nacionales, aplicables a los territoriales que no contaban con un régimen específico en sus respectivas circunscripciones.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵, mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, consideró lo siguiente:

“{...} de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en materia de pensión de vejez de los docentes, ni la Ley 91 de 1989 ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen especial. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994⁶, pues en el artículo 115 no estableció condiciones excepcionales.⁷ Por esta razón, fuerza concluir que la pensión de jubilación de los docentes sigue sometida al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el cual continuaron adquiriendo su derecho a la pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

...

No obstante, la Ley 812 del 27 de junio de 2003⁸, por la cual se aprobó el plan de desarrollo, dispuso en el artículo 81 lo siguiente:

⁵ Rad. 2015-00871. C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado. FNPSM.

⁶ Ley general de la educación.

⁷ “Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

⁸ Rad. 2015-00871. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado FNPSM.

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 la ley 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.

Luego, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley 812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el párrafo transitorio dispuso:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficiales es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. 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 estos términos, reiteró el legislador que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público oficial es el consagrado en la Ley 91 de 1989. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de esta.”

De manera reciente, el Consejo de Estado⁹ se volvió a pronunciar mediante sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableciendo lo siguiente:

{...} La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

⁹ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, CP: césar palomino cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno:0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

4. El caso concreto.

Al señor **Jaime Pérez Martínez** le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución N°. 3561 del 30 de abril de 2015, con base en el sueldo mensual, prima de navidad y prima de vacaciones, esto es, sin incluir la prima de servicios y la bonificación mensual. (fl. 20, C. 1)

Por tal razón, reclama en su favor el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo del servicio, incluida la prima de servicios y la bonificación mensual devengada conforme se acredita con los comprobantes de pago visibles a folios 25 y 26 del cuaderno 1.

En atención al criterio fijado por el Consejo de Estado en las sentencias ya referidas, esta Sala de Decisión colige que la demandante no tiene derecho a que su pensión se reliquide con todos aquellos rubros constitutivos del salario devengado en el último año de servicios y las razones son las siguientes:

Como se señaló anteriormente, la norma que ampara la situación particular de la parte accionante es la contenida en las Leyes 91 de 1989, la Ley 33 y 62 de 1985.

El párrafo B. del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispone:

“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de

*empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Subraya la Sala)*

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación¹⁰, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: **“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”** (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 constitucional que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.*

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

Agregó que *“la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, sólo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.”*

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Indica que, con esta interpretación *“(i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”*

En consonancia con lo anterior, mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Alta Corporación retomó el tema para sentar la regla jurisprudencial según la cual *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. /Líneas de la Sala/*

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante con inclusión de la prima de servicios, pues ciertamente, este factor se encuentra por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Esto es, la entidad solamente estaba obligada a incluir los factores enlistados en la referida norma, que hubiesen sido devengados en el año anterior al retiro del servicio y sobre los cuales se hubiese realizado el respectivo aporte al sistema de pensiones.

Respecto de la bonificación mensual, creada en favor de los docentes con posterioridad a la Ley 62 de 1985 mediante los Decretos No.1566 de 2014, No.1272 de 2015 y No. 123 de 2016, se tiene que el aquí demandante devengó en el año estatus la bonificación mensual prevista en la norma ya citada - Decreto No.1566 de 2014 -, a cuyo tenor literal:

Artículo 1. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277

de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o la Sección 4, Capítulo 5, Título 3, Parte 3 del Decreto 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente [...]

La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto, se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

[...]/Negrilla fuera del texto/

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado¹¹, actuando en sede de tutela, amparó el derecho fundamental al debido proceso de un docente, quien mediante demanda ordinaria laboral había solicitado, infructuosamente, la inclusión de la bonificación mensual como factor de liquidación de su pensión de vejez. Al respecto la Alta Corporación consideró:

77. La postura en mención, no deviene irracional teniendo en cuenta que si bien la referida prestación no se halla enlistada dentro del catálogo de factores previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, porque que se creó por posterioridad, la misma constituye factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Lo anterior, aunado al hecho que se corroboró del expediente ordinario que⁴³, para el momento en que el docente devengó la bonificación mensual, estaba vigente el Decreto que le dio origen y que había sido percibida durante su último año de servicios.

78. Esta interpretación sigue las reglas de unificación sentadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que estableció que en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación de los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

79. A partir del anterior contexto y en virtud del principio de favorabilidad laboral se considera que se debe amparar el derecho fundamental del actor en aras de que el Tribunal accionado efectúe una interpretación sistemática de las normas que rigen la materia, en consonancia con la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019⁴⁴, y como consecuencia, reliquide la pensión del señor Rave, teniendo en cuenta la bonificación creada mediante el Decreto 1566 de 2014, normativa según la cual constituye factor salarial para todos los efectos y que percibió durante su último año de servicios. En caso de que el Tribunal accionado constate que el docente no realizó los respectivos aportes al Sistema Pensional, le deberá efectuar los respectivos descuentos y se la deberá reconocer a futuro, es decir desde que la empezó a devengar y cotizar.

¹¹ 11001-03-15-000-2019-04192-00, Demandante: Jesús Antonio Rave, Demandado: Tribunal Administrativo de Caldas. Sentencia de tutela del 31 de octubre de 2019

Igualmente, el Tribunal Administrativo de Caldas¹², mediante sentencia del 7 de junio de 2019, consideró lo siguiente sobre la bonificación mensual como factor de liquidación pensional:

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1566 de 2014 que creó una bonificación mensual para los servidores públicos docentes, ésta “constitu[ye] factor salarial para todos los efectos legales”, circunstancia que en criterio de este Tribunal permite inferir que a partir de la fecha de su reconocimiento (1º de junio de 2014) y hasta el 31 de diciembre de 2015, siempre que hubiere sido devengada en el último año anterior al status pensional, debe incluirse en la liquidación pensional de los docentes, así no esté expresamente contemplada en la Ley 62 de 1985.

Situación diferente se predica de la prima de servicios, pues el Decreto 1545 de 2013 que la creó para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada procede sólo respecto de la bonificación mensual.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5. Costas en segunda instancia.

No habrá condena en costas en esta instancia pues la demanda se presentó antes del cambio jurisprudencial explicado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda 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 del 19 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovido por el señor **Jaime Pérez Martínez** contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

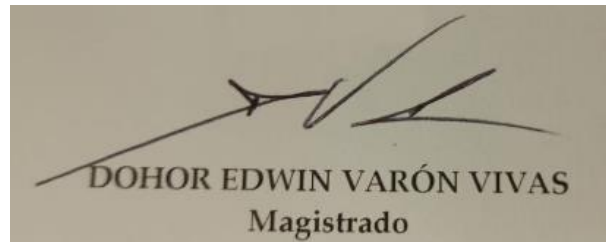
¹² Radicación 17001-33-39-006-2017-00025-02 Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

Tercero: 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, 19 de noviembre de 2021

A.I. 314

REF. MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA. DEMANDANTES GLORIA AMPARO GARCÍA CASTAÑO Y OTROS. DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL. RADICACIÓN 170013339 008 2018 00321

Se dispone la Sala a decidir el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra el Auto del 10 de septiembre de 2020 de la Jueza Octava Administrativa de Manizales mediante el cual declaró probada la excepción de caducidad y ordenó terminar el proceso.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de reparación directa, la sra Gloria Amparo García Castaño y otros, demandaron a la Nación- Ministerio de Defensa -Ejército Nacional – Policía Nacional, al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, formulando las siguientes pretensiones:

-Declarar a las entidades demandadas, responsables del daño antijurídico padecido por los demandantes, con ocasión del desplazamiento forzado, secuestro, tortura, tratos crueles y degradantes, por la omisión en su deber de garantes y defender la vida, la tranquilidad, los bienes y la seguridad pública.

-Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el daño moral en su equivalente entre 100 y 300 S.M.L.M.V. por tratarse de un delito de lesa humanidad y atentatorio contra el derecho internacional humanitario; así como por el valor de los perjuicios materiales.

Como sustento fáctico, relató que la sra Gloria Amparo García Castaño encontrándose en compañía de algunos de los ahora demandantes, fue secuestrada por la guerrillera conocida como alias “Karina” el 16 de enero de 2002 en la vía Samaná – La Dorada, y liberada al día siguiente con el compromiso de presentarse ante el comandante del frente 47 de ese grupo, en la Vereda Encimadas del municipio de Samaná.

Para esa fecha la sra García se desempeñaba como Inspectora de Policía de dicho municipio y por ende debió solicitar una *licencia forzada no remunerada* entre el 1° de marzo de 2002 y el 16 de julio de 2003, por motivo de las constantes amenazas que recibía, dejando por ende de percibir los salarios y prestaciones sociales.

Luego del secuestro, fue desplazada hacia la ciudad de Manizales, abandonando a su esposo e hijos, trabajo y bienes materiales.

Tiempo después la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional le reconoció la calidad de víctima según acta No. 011 del 16 de abril de 2010, por ende recibió reparación por vía administrativa en la suma de \$20'600.000 dejándose de reconocer otros perjuicios que le causaron producto del secuestro y del desplazamiento forzado.

LA EXCEPCIÓN

Las demandadas al unísono propusieron la excepción de caducidad del medio de control. Afirman que el hecho objeto del reclamo acaeció el día 13 de junio de 2002 fecha a partir de la cual se contaba el término de dos años para demandar, o en su defecto, a partir de la inclusión en el registro nacional de víctimas. Incluso aplicando la sentencia SU-254 de 2013 por ser la fecha de los hechos anteriores a la ejecutoria de la sentencia, el plazo máximo para demandar venció el 22 de mayo de 2015.

LA DECISIÓN RECURRIDA

A través del Auto del 10 de septiembre de 2020 la Jueza Octava Administrativa de Manizales declaró probada la excepción de caducidad y terminó el proceso.

Como fundamento de su decisión citó el artículo 164 literal i) de la ley 1437 de 2011, la sentencia SU-254 de 2013 y la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020 del Consejo de Estado con radicado 85001-33-33-002-2014-00144, y afirmó que según las pruebas, la sra García Castaño retornó al municipio de Samaná el día 17 de julio de 2003, y desde esa fecha iniciaba el conteo del término de caducidad hasta el 17 de julio de 2005, según el C.C.A.

LA APELACIÓN

La parte demandante a través de apoderado, presentó recurso de apelación contra la decisión anterior. Afirmó que se analizó la caducidad sólo frente al desplazamiento forzado de la actora, inadvirtiéndole que dicho desplazamiento tuvo su origen en el secuestro y constante hostigamiento en contra de la sra Gloria Amparo García en su cargo como Inspectora de Policía de Samaná, delitos que debieron ser analizados en conjunto sin desconocer el escenario de violencia que se vivía en la región y que los enmarcan como delito de lesa humanidad de naturaleza imprescriptible.

Refiere a la violencia vivida en el país para la época de los hechos y concretamente en el Departamento de Caldas, y a la presencia guerrillera que ocasionó desplazamientos y hostigamientos de la población, así como las circunstancias del secuestro de la sra García para afirmar que fue ejecutado de manera selectiva, planeada y deliberada por miembros del conflicto armado, no como suceso aislado, configurando el delito de lesa humanidad.

Añade que el hostigamiento continuó y por ello debió desplazarse, sin posibilidad de interponer una acción judicial por ese motivo y por la condición de miembro de la fuerza pública de su esposo, pues de haber demandado ponían en riesgo sus vidas y la de sus familiares.

Añade que no regresó a Samaná porque hubieran cesado los hechos de violencia, pues los mismos continuaban, sino porque allí estaban su familia y sus pertenencias.

CONSIDERACIONES

Persigue la parte actora se revoque el auto mediante el cual se declaró fundada la excepción de caducidad y en su lugar se continúe con el trámite del medio de control de la referencia.

Ahora bien, se hace necesario recordar que en el sub júdice, el desplazamiento forzado que se aduce como hecho generador del daño deprecado por la parte demandante, tuvo lugar entre los meses de mayo de 2002 a julio de 2003 en el Municipio de Samaná, Caldas.

En reciente Sentencia de Unificación emanada del H. Consejo de Estado¹ se dispuso de tres elementos que se deben tener en cuenta a efectos del conteo del término de caducidad en lo que a delitos de lesa humanidad se refiere, veamos:

“(…)

Entre las Subsecciones que integran esta Sala, según se explicó en auto del 17 de mayo de 2018, mediante el cual se avocó el conocimiento del presente asunto para efectos de unificación de jurisprudencia, no existe un criterio uniforme en cuanto a la exigibilidad del término para demandar cuando se invoca un delito de lesa humanidad o un crimen de guerra, razón por la cual en esta oportunidad se fijará un criterio uniforme para tales eventos.

(…)

El literal i) del numeral 2 de la Ley 1437 de 201136 prevé la misma regla frente a la desaparición forzada y para los demás casos establece como determinante la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño o del momento en el que el afectado la conoció o debió conocerla, si fue en fecha posterior, “siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”. Así las cosas, para computar el plazo de caducidad no basta con la ocurrencia “de la acción u omisión causante del daño”, pues, además, se debe determinar si el interesado advirtió o tuvo la posibilidad de saber que el Estado participó en tales hechos y que le era imputable el daño.

(…)

Precisado lo anterior, a modo de conclusión, la Sección Tercera aclara que, mientras no se cuente con elementos de juicio para inferir que el Estado estuvo implicado en la acción u omisión causante del daño y que le era imputable el daño, el plazo de caducidad de la reparación directa no resulta exigible, pero si

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera – Sala Plena. Radicación número: 85001-33-33-002-2014-00144-01 (61.033). Fecha: 29 de enero de 2020.

el interesado estaba en condiciones de inferir tal situación y, pese a ello no acudió a esta jurisdicción, el juez de lo contencioso administrativo debe declarar que el derecho de acción no se ejerció en tiempo, bien sea al analizar la admisión de la demanda, al resolver las excepciones en la audiencia inicial o al dictar sentencia, según el caso. Lo expuesto resulta aplicable a todos los asuntos de reparación directa, al margen de que se trate de delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra, pues ni el Decreto 01 de 1984 ni la Ley 1437 de 2011 establecen una regla especial frente a estas conductas, salvo lo referente al delito de desaparición forzada.

(...)

En conclusión, en nuestro ordenamiento, frente a la caducidad de la pretensión de reparación directa, se encuentra consagrado un supuesto que aplica a todos los eventos, incluidos aquellos en los que se invocan delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, relacionado con el conocimiento de las situaciones que permiten deducir la participación y responsabilidad del Estado, como supuesto habilitante para exigir el plazo para demandar, regla que fue analizada en el numeral 3.1. de la parte considerativa de esta providencia. Así las cosas, la Sección Tercera concluye que las situaciones que se pretenden salvaguardar con la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra se encuentran previstas en materia de lo contencioso administrativo al amparo de la hipótesis del conocimiento del hecho dañoso y en virtud de lo cual el término de caducidad sí debe exigirse en estos eventos, pero a partir de que se advierta que el interesado sabía o tenía la posibilidad de advertir que el Estado tuvo alguna injerencia en la controversia y era susceptible de ser demandado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

(...)

En suma, las situaciones que se pretenden salvaguardar con la imprescriptibilidad penal en los casos de lesa humanidad y los crímenes de guerra también se encuentran previstas en el

campo de lo contencioso administrativo, bajo la premisa del conocimiento de la participación por acción u omisión del Estado, al margen de que se trate de delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra.

Así las cosas, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se unificará en relación con la caducidad de las pretensiones indemnizatorias formuladas con ocasión de los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado, bajo las siguientes premisas: i) en tales eventos resulta exigible el término para demandar establecido por el legislador; ii) este plazo, salvo el caso de la desaparición forzada, que tiene regulación legal expresa, se computa desde cuando los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial, y iii) el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley.

(...)" /Líneas y Negrillas fuera del Texto/

Esta regla jurisprudencial fue avalada por la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-312 de 2020 en la cual precisó:

“Sin embargo, en la Sentencia del 29 de enero de 2020¹¹, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia, señalado que, salvo el caso de la desaparición forzada que tiene regulación legal especial, el término de caducidad de dos años estipulado en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es aplicable cuando a través del medio de control de reparación directa se alega que el daño causado tuvo su origen en un delito de lesa humanidad, un crimen de guerrera o genocidio. Lo anterior, porque dicha disposición

contempla la posibilidad de contar el plazo de extinción a partir del momento en que el afectado tuvo efectivo conocimiento de la participación del Estado en el menoscabo a indemnizar, lo que constituye una regla que tiene efectos semejantes a la imprescriptibilidad en materia penal.

(...)

Así las cosas, según el precedente contencioso administrativo en vigor, el medio de control de reparación directa está sujeto al término de caducidad legal, cuando el hecho generador del daño alegado en el mismo constituye un delito de lesa humanidad o un crimen de guerra¹¹, bajo el entendido de que el plazo de dos años para acudir al sistema judicial se computa desde el momento en que los afectados conocieron o debieron conocer la participación, por acción u omisión, del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle la responsabilidad patrimonial respectiva.

(...)

- Unificación de la jurisprudencia constitucional

6.26. Para empezar, este Tribunal observa que en la jurisprudencia contencioso administrativa, de conformidad con el literal i) del numeral 2º del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ha señalado que el término de caducidad de dos años del medio de control de reparación directa sólo inicia a contabilizarse: (i) desde el momento en el cual los interesados tienen conocimiento de que el daño es imputable al Estado, y (ii) siempre que se encuentren materialmente en posibilidad de acudir al aparato judicial para interponer la demanda correspondiente.

6.27. En esta oportunidad, a fin de unificar la jurisprudencia, esta Corporación estima que dicho entendimiento del término de caducidad del medio de control de reparación directa es razonable y proporcional desde una perspectiva constitucional y convencional, incluso en casos en los que el daño que se

pretenda reparar sea causado por un delito de lesa humanidad, un crimen de guerra o genocidio.

6.28. En efecto, esta Sala considera que el referido plazo es razonable para que las víctimas de violaciones a los derechos humanos tengan la oportunidad de acceder a la administración de justicia con el fin de obtener la declaración de responsabilidad de la administración y gestionar el resarcimiento de los menoscabos padecidos, porque el término respectivo sólo empieza a contabilizarse cuando exista claridad en torno a lo sucedido, incluso sin han transcurrido lustros o décadas desde el instante en el que ocurrió el delito de lesa humanidad, el crimen de guerra o el genocidio que causó el perjuicio. Lo anterior, comoquiera que no es determinante la fecha de ocurrencia de la conducta, sino la posibilidad del interesado de identificar la participación en la misma de sujetos vinculados a una autoridad pública y de acudir al sistema jurisdiccional para presentar la reclamación respectiva.

6.29. De igual forma, este Tribunal evidencia que la exigencia del término legal de caducidad del medio de control de reparación directa en tratándose de daños originados en delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra permite, en la mayor medida de lo posible, la optimización de los intereses constitucionales en tensión en asuntos como el estudiado en la presente oportunidad. Específicamente, por una parte, protege la seguridad jurídica y, por otra, no implica una afectación grave al acceso a la administración de justicia de las víctimas de violaciones a los derechos humanos a efectos de obtener la reparación patrimonial de los daños causados por las mismas.

6.30. En concreto, por un lado, este Tribunal observa que el principio de seguridad jurídica es un eje de la Carta Política, el cual subyace a la consagración superior del Estado de derecho y que puede derivarse de una interpretación sistemática del preámbulo y el título primero de la Constitución¹⁴¹. En

términos generales, dicho mandato “supone una garantía de certeza” que busca permitir a los ciudadanos anticipar las consecuencias de sus actuaciones ante la presunción de estabilidad de las competencias de las autoridades públicas frente a sus acciones u omisiones^[2].

6.31. En este sentido, esta Corte observa que la seguridad jurídica se protege con el establecimiento de la caducidad del medio de control de reparación directa, en tanto que la misma “se ha entendido, por regla general, como la extinción del derecho a la acción judicial por el transcurso del tiempo. De manera que si el sujeto procesal deja, por su inactividad o negligencia, transcurrir los plazos fijados por la Ley en forma objetiva sin presentar la demanda correspondiente o impulsar el litigio, el mencionado derecho fenecerá inexorablemente, sin que pueda alegar excusa alguna para revivirlos”^[3].

6.32. Asimismo, es pertinente recordar que este Tribunal ha sostenido que es imperioso que exista un término de caducidad de las acciones judiciales, pues a fin de mantener el orden social resulta necesario la resolución definitiva de los conflictos que surgen a diario entre los ciudadanos, garantizando el derecho de acceso a la administración de justicia dentro de los límites de su ejercicio razonable y proporcional^[4].

(...)

6.34. Al respecto, este Tribunal evidencia que el establecimiento del término de caducidad para pretender por vía judicial la reparación de los menoscabos patrimoniales causados por el Estado con ocasión de un delito de lesa humanidad, un crimen de guerra o genocidio, no representa una afectación del derecho al acceso a la justicia de las víctimas de violaciones a los derechos humanos con el fin de obtener una compensación por el daño padecido, porque:

(i) Los interesados en la reparación patrimonial cuentan con un plazo razonable de dos años para acudir al aparato jurisdiccional y satisfacer sus pretensiones, el cual no se cuenta necesariamente desde el momento del daño que origina el perjuicio, sino que sólo se inicia a contabilizar cuando el afectado tenga conocimiento de que el menoscabo fue causado por el Estado y se encuentre en la capacidad material de imputarle el mismo ante el aparato jurisdiccional;

(ii) La procedencia de la demanda de reparación debe ser analizada por el juez contencioso administrativo competente, atendiendo a las particularidades de cada asunto en concreto; y

(iii) La desestimación del medio de control de reparación directa por caducidad, no le impide al perjudicado obtener la compensación económica del daño causado por otras vías, como el incidente de reparación integral en el marco del proceso penal que se adelante en contra del responsable material del delito de lesa humanidad o el trámite de indemnización administrativa¹¹. “

Dicho esto y dando aplicación al caso concreto, el término establecido por el legislador para acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se encuentra en el artículo 164 numeral 2 literal i, que a renglón seguido estipula:

“Art. 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA:

La demanda deberá ser presentada:

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.” /Negrillas fuera del Texto/

En este sentido, es claro que el término establecido por el legislador para efectos del cómputo de la caducidad en el medio de control de reparación directa es de dos (2) años; seguidamente, las sentencias de unificación mencionadas establecen el punto de partida del cómputo del referido término, el que se debe contabilizar desde el momento en el cual los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial, circunstancia que en el asunto bajo estudio a juicio de este Tribunal, no se ha establecido en etapa tan temprana del proceso ni se desprende siquiera de la relación de hechos que sustentan la demanda.

Por ende será menester ahondar en la etapa probatoria para establecer a partir de los hechos probados desde cuándo los ahora demandantes conocieron o debieron conocer la participación del Estado en los hechos determinantes del desplazamiento forzado del cual fueron víctimas, para al momento de dictar sentencia, resolver si acudieron o no oportunamente a la jurisdicción.

En consecuencia, será revocado el auto proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el 10 de septiembre de 2020, por medio del cual se declaró la caducidad del medio de control incoado.

Por lo expuesto,

III. RESUELVE:

REVOCAR el auto proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el 10 de septiembre de 2020, por medio del cual se declaró la caducidad del medio de control incoado.

EJECUTORIADA esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala 2ª de Decisión Oral

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación:	17-001-33-39-004-2018-00434-02
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Fanny García Cifuentes
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 92

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de diciembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

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:

*“1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0905 del 16 de DICIEMBRE de 2010, suscrita por el Doctor (a) : **MARÍA CONSTANZA MONTOYA NARANJO SECRETARIA DE DESPACHO EN LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, JOSÉ ABAD CÁRDENAS RENDÓN PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y LILIANA PIEDRAHITA MERCHÁN TÉCNICO OPERATIVO EN PRESTACIONES SOCIALES EN LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN,** en cuanto le reconoció una **PENSION VITALICIA DE JUBILACION** a mi representado y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior al momento del retiro definitivo del cargo.*

*“2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** le reconozca y pague una **Pensión Ordinaria de Jubilación,** a partir del **11 de AGOSTO de 2010,** equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de*

pensionado (a) y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior al momento del retiro definitivo del cargo, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. **Condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que le reconozca y pague una **Pensión Ordinaria de Jubilación**, a partir del **10 de AGOSTO de 2010**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior al momento del retiro definitivo del cargo, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.
(...)

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

Manifestó el apoderado que su mandante prestó sus servicios a la docencia oficial, cumpliendo con los requisitos exigidos para que le fuera reconocida pensión de Jubilación.

Refirió que la entidad demandada al momento de determinar la cuantía de la pensión de jubilación, incluyó solo la asignación básica; omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada la parte demandante durante el último año de servicios.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 Artículo 15

Ley 33 de 1985 Artículo 1º.

Ley 62 de 1985

Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que la Ley 33 de 1985 no consagra taxativamente los factores salariales que forman parte de la base de liquidación de la pensión de vejez y por lo tanto se deben incluir todos aquellos factores devengados en el último año de servicio como se desprende de la sentencia del Consejo de Estado, proferida el 4 de agosto de 2010 por el Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Guardó silencio.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 18 de diciembre de 2019, resolvió negar las pretensiones de la parte demandante.

Manifestó que a la parte demandante le aplica el régimen pensional de la Ley 33 de 1985 en consideración a la fecha de ingreso al servicio docente; y frente a los factores salariales se le aplica la Ley 62 de 1985. Todo lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, vertida en providencias que para el efecto se sirve citar. Indicó que a la parte actora le fue reconocida la pensión de vejez con inclusión de la asignación básica y la prima de vacaciones. Entre tanto, los factores devengados en el año estatus fueron, además del salario básico, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

El a quo estimó que la entidad no está obligada a incluir la prima de navidad como quiera que ésta no se encuentra taxativamente señaladas en la Ley 62 de 1985, norma que establece los factores sobre los cuales ha de hacerse los descuentos para pensión y aquellas no están enlistados en la citada norma. (fls. 199 – 203, C. 1)

6. Recurso de Apelación

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al estimar que la demanda de la referencia fue promovida cuando imperaba la tesis del Consejo de Estado vertida en la sentencia del 26 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila, motivo por el cual invoca el principio de confianza legítima en la administración de justicia. Aude al principio de seguridad jurídica y destaca que con la nueva posición de Consejo de Estado se afectan los derechos de las personas que estaban a la espera de una decisión con fundamento en la postura anterior al amparo de la cual fue presentada la demanda. Considera que la nueva postura del Consejo de Estado resulta contradictoria y regresiva frente a la tesis acogida desde el año 2010, además, genera desigualdad de trato frente a quienes se encuentran en la misma situación de hecho. Agrega que los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, razón para reclamar el pago de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el docente en el último año de servicios. (fls. 207-214, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Insiste en el argumento según el cual, el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una Sentencia de Unificación del año 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Por lo tanto, solicita que en este caso se analice de manera concreta, cuál es la jurisprudencia aplicable toda vez que al momento de la radicación del respectivo medio de control, estaba claro el sentido en que se decidían estos temas, lo cual generaba una confianza legítima frente a la aplicación de la sentencia del año 2010 proferida por el Consejo de Estado. (fls. 24 – 28, C. 2)

7.2 La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Guardó silencio.

7.3. Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

Estima que de conformidad con la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en abril de 2019, la liquidación de la pensión de vejez de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 – que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985 – debe tener en cuenta los factores sobre los cuales se haya hecho la respectiva cotización de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y por lo tanto no se puede incluir ningún otro factor diferente de los enlistados en dicho artículo. (fls. 4-11, C. 2)

II. Consideraciones

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- i) ¿La sentencia de unificación SUJ-014-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, tiene efecto vinculante frente a quienes presentaron la demanda con anterioridad a su expedición?
- ii) ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la reliquidación de la pensión de vejez deprecada por la parte demandante?
- iii) ¿Cuáles son los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante?

1. Precedente jurisprudencial vinculante.

Ciertamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado fija unos parámetros para la interpretación y aplicación de la ley y por lo tanto, emerge como una fuente de derecho que propende por la garantía del principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley. Así pues, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está llamado a proferir sentencias de unificación en determinadas materias que requieren de la fijación de un criterio de interpretación que resulte razonable y uniforme para resolver casos de perfiles fácticos y jurídicos análogos.

Desde luego, el efecto vinculante y la obligatoriedad del precedente jurisprudencial también se aplica a la misma Corte de donde emana y por ello, cuando la misma se va a apartar de aquel o cuando va a fijar un nuevo precedente sobre determinada materia, adquiere la carga de argumentar con suficiencia las razones que la mueven para proceder en tal forma; es decir, el precedente no es inmutable pero un cambio en este supone la exposición de unas razones sustentables jurídicamente a fin de no defraudar la confianza legítima de los usuarios de la administración de justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que *“... ante ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es posible que se modifiquen las reglas fijadas en los precedentes jurisprudenciales. Así las cosas, tales exigencias permiten, a su vez, reforzar los mismos principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.”*¹

En este caso, se observa que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida en el año 2019, expuso las razones por las cuales considera que el ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, está constituido por el salario devengado en el último año de servicio con inclusión de los factores sobre los cuales se hizo el respectivo aporte al sistema de pensiones, los cuales no pueden ser otros que los definidos en la Ley 62 de 1985. De la exposición normativa que hace en dicha providencia, colige que no es dado liquidar la pensión sobre *“todos y cada uno de los devengados en el último año de servicio”* como se reconocía anteriormente por la Alta Corporación. Al respecto dice:

“Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta

¹ SU-406/16.

los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

Aunado al anterior argumento, en cuanto a los efectos de dicha sentencia de unificación, dispuso lo siguiente:

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”. 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. /Líneas de la Sala/

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

Como puede verse, la sentencia de unificación debe aplicarse de manera inmediata, incluso en los casos que se encuentren en trámite administrativo o judicial porque frente a éstos no se predica el fenómeno de la cosa juzgada; luego, es un precedente que vincula a esta jurisdicción tanto en sentido horizontal como vertical.

Ha de colegirse entonces, que la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado es la que orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

2. Entidad obligada al pago de la pensión.

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de Decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la reliquidación pensional en este caso, por las siguientes razones:

²La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235) [...]»

- a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.
- c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política³.
- d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.
- e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

³“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la reliquidación pensional deprecada por la parte actora.

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

El Decreto 3135 de 1968, 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, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

*“**Pensión de jubilación o vejez.** El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 % del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.*

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley determine expresamente.”

Este artículo fue reglamentado por el 68 del Decreto 1848 de 1969, así:

*“**Derecho a la pensión.** Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 1 de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.”*

La Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, derogó, en forma expresa, los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 que, a su vez, fue reformada por la Ley 62 de 1985. Al respecto, la primera de las normas aquí citadas, dispuso:

*“**Artículo 1.** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75 %) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)*

***Parágrafo 2.** Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55)

si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3. *En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”*

Como puede observarse, ésta norma resulta aplicable a todos los empleados oficiales (del orden nacional, departamental o municipal) salvo, a quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción que determine expresamente la ley ni a quienes disfruten de un régimen especial.

Posteriormente se expidió la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 estableció:

“Artículo 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Subraya la sala).

En el año 1993 se expidió la Ley 100, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 279 consagró:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del 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 a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”

Los docentes fueron excluidos expresamente del Sistema Integral de Seguridad Social por ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de la pensión de vejez de éstos.

Por su parte, la Ley 115 del 8 de febrero de 1994 -Ley General de la Educación- dispuso:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

De acuerdo con la parte final del inciso 1 del artículo 115, el régimen prestacional de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, que remiten a las Leyes 33 y 62 de 1985 para los docentes nacionales, aplicables a los territoriales que no contaban con un régimen específico en sus respectivas circunscripciones.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵, mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, consideró lo siguiente:

“{...} de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en materia de pensión de vejez de los docentes, ni la Ley 91 de 1989 ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen especial. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994⁶, pues en el artículo 115 no estableció condiciones excepcionales.⁷ Por esta razón, fuerza concluir que la pensión de jubilación de los docentes sigue sometida al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el cual continuaron adquiriendo su derecho a la pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

...

No obstante, la Ley 812 del 27 de junio de 2003⁸, por la cual se aprobó el plan de desarrollo, dispuso en el artículo 81 lo siguiente:

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 la ley 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.

Luego, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley

⁵ Rad. 2015-00871. C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado. FNPSM.

⁶ Ley general de la educación.

⁷ “Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

⁸ Rad. 2015-00871. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado FNPSM

812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el párrafo transitorio dispuso:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficiales es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. 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 estos términos, reiteró el legislador que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público oficial es el consagrado en la Ley 91 de 1989. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de esta.”

De manera reciente, el Consejo de Estado⁹ se volvió a pronunciar mediante sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableciendo lo siguiente:

“{...} La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

⁹ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, CP: césar palomino cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno:0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag

4. El caso concreto.

A la señora **Fanny García Cifuentes** le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución N°. 000905 del 18 de diciembre de 2010, con base en el sueldo mensual, y prima de vacaciones, esto es, sin incluir la prima de navidad (fl. 19, C. 1)

Por tal razón, reclama en su favor el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo del servicio, incluida la prima de navidad devengada conforme se acredita con los comprobantes de pago visibles a folios 22 y 23 del cuaderno 1.

En atención al criterio fijado por el Consejo de Estado en las sentencias ya referidas, esta Sala de Decisión colige que la demandante no tiene derecho a que su pensión se reliquide con todos aquellos rubros constitutivos del salario devengado en el último año de servicios y las razones son las siguientes:

Como se señaló anteriormente, la norma que ampara la situación particular de la parte accionante es la contenida en las Leyes 91 de 1989, la Ley 33 y 62 de 1985.

El parágrafo B. del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispone:

*“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Subraya la Sala)*

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación¹⁰, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: **“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”** (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 constitucional que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.*

Agregó que *“la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, sólo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.”*

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Indica que, con esta interpretación “(i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”

En consonancia con lo anterior, mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Alta Corporación retomó el tema para sentar la regla jurisprudencial según la cual “*En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. /Líneas de la Sala/*

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante con inclusión de la prima de navidad, pues ciertamente, este factor se encuentra por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Esto es, la entidad solamente estaba obligada a incluir los factores enlistados en la referida norma, que hubiesen sido devengados en el año anterior al retiro del servicio y sobre los cuales se hubiese realizado el respectivo aporte al sistema de pensiones.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5. Costas en segunda instancia.

No habrá condena en costas en esta instancia pues la demanda se presentó antes del cambio jurisprudencial.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda 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 del 18 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que en

ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovido por la señora **Fanny García Cifuentes** contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Notifíquese 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
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 211

Manizales, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-39-006-2018-00646-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Corporación Servicios Médicos Internacionales Them Y
Compañía Ltda. - En adelante Cosmitet
Demandado: Dirección Territorial de Salud de Caldas – en adelante DTSC

Se emite fallo de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia mediante la cual se negaron sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de: i) la Resolución 0353 del 7 de junio de 2017 mediante la cual se impuso a Cosmitet una sanción de 250 salarios mínimos diarios legales vigentes y ii) la Resolución 262 del 16 de mayo de 2018 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición.

Que se restablezca el derecho del demandante ordenando: i) que en el evento en que se haya cancelado la sanción por parte del demandante, se reintegre el valor con intereses causados hasta el momento en que se haga efectiva la devolución; ii) que en el evento que no se hubiera cancelado la sanción, se exonere del pago de la misma al demandante; iii) que se condene en costas a la parte demandada y que se ejecute la sentencia en los términos del capítulo VI del Título V del CPACA.

1.2. Sustento Fáctico Relevante

En síntesis se señala que, el 20 de diciembre de 2016, la DTSC inicia procedimiento administrativo sancionatorio en que se formularon cargos contra Cosmitet mediante. Que el 27 de febrero 2017, se presenta descargos; posteriormente mediante Resolución 012 del 14 de febrero de 2017 la DTSC resuelve la solicitud de decreto y practica de pruebas; mediante Resolución 062 del 11 de mayo de 2017 notificada personalmente el 22 de mayo de 2017 la DTSC, concede el término de 10 días hábiles para presentar alegatos.

Que el 06 de junio de 2017, Cosmitet presenta alegatos finales; el 07 de junio de 2017, la DTSC mediante Resolución 353 sanciona a la Cosmitet a 250 salarios mínimos diarios legales vigentes. Mediante escrito del 7 de junio de 2017, recibido el 8 de junio del mismo año la DTSC requiere a Cosmitet para que se presente a fin de notificarle personalmente la Resolución 353, concediendo el termino de cinco días y advirtiéndole que en caso de no

notificarse personalmente esta se notificaría por aviso.

Que el 15 de junio de 2017 Cosmitet presentó solicitud de nulidad de lo actuado y en especial del proceso de notificación del acto administrativo demandado, petición que fue ratificada mediante escrito del 16 de junio de 2017. A través de Resolución 417 del 23 de junio de 2017, la DTSC no accedió a la solicitud de nulidad. El 4 de julio de 2017 estando en términos Cosmitet presentó recurso de reposición frente a la Resolución 353 del 07 de junio de 2017, el cual fue resuelto mediante Resolución 262 del 16 de mayo de 2018, en la cual confirma la sanción impuesta.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Se señalan como vulnerados, los artículos 15, 29 de la Constitución y 52, 68 y 69 de la Ley 1437 del 2011. En el concepto de violación, la actora afirma que, en el proceso adelantado por la DTSC se evidencia la vulneración al debido proceso, teniendo en cuenta que no se decretaron la pruebas solicitadas; que se desconoció el derecho a la doble instancia concediendo en todas las actuaciones únicamente el recurso de reposición y no se citó en debida forma ni se cumplieron plazos para la notificación por aviso.

Que el actuar desplegado por la entidad demanda en el proceso de notificación es arbitrario y desconocen la facultad que se tiene de utilizar los cinco días para notificación personal o de hacer uso de la notificación por aviso que solo podía haberse realizado a partir del 16 de junio, entendiéndose debidamente notificado al otro día hábil esto es el 20 de junio de 2017, de conformidad con lo dispuesto en la misma Ley 1437 de 2011, a menos que se hubiera renunciado a los términos, cosa que no ocurrió en este caso.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

La DTSC, se opuso a las pretensiones, para lo cual expuso que su actuar estuvo ajustado a derecho, respetando el debido proceso; que cumplió con la finalidad de dar publicidad al acto administrativo a la entidad demandante y de igual forma le fueron notificados personalmente los autos que formalizaron la respectiva investigación administrativa.

Propuso como excepciones las que denominó: "*CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL*" basada en que, la sanción impuesta se adelantó con sujeción a la normativa prevista en el artículo 43 de la Ley 715 de 2001 y los artículos 7 y 19 del Decreto 1011; "*EXISTENCIA DE LOS HECHOS QUE DIERON LUGAR A IMPONER MULTA A COSMITET LTDA*" teniendo en cuenta el incumplimiento de los estándares de calidad, así como el incumplimiento de los componentes de habilitación de los estándares de calidad detectados en la visita realizada a la entidad demandante; "*CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*" e "*INEPTA DEMANDA*" (resuelta en la etapa de resolución de excepciones previas); "*LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS*" pues considera que estos fueron expedidos de conformidad con el ordenamiento jurídico.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción denominada "*LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS*" propuesta por la DTSC, negó las pretensiones de la demandante y la condenó en costas.

Como fundamento de su decisión señaló que, no le asiste razón al demandante en la alegada existencia de una causal de nulidad, en tanto el defecto procesal cuestionado -notificación- no tuvo lugar en la producción de la decisión de la administración sino posterior a ella, esto es, al momento de ponerse en conocimiento de la entidad afectada con la sanción.

Que aunado a lo anterior, el acto administrativo sí fue efectivamente notificado pues en su calidad de entidad sancionada, la parte demandante hizo uso de su derecho de defensa toda vez que formuló la causal de nulidad por el hecho del acto de notificación por aviso e interpuso recurso de reposición, situación que por sí misma configura el acto de notificación por conducta concluyente al tenor de lo dispuesto en el artículo 72 del CPACA, de manera que, su derecho de contradicción y el principio de publicidad estuvo garantizado siendo entonces oponible la decisión sancionatoria.

En relación con la caducidad de la facultad sancionatoria señaló que, la norma prevé el término de tres años para la imposición de la sanción y llevar a cabo la respectiva notificación de la decisión, contados desde que la autoridad administrativa tuvo conocimiento de los hechos. Que para el caso, tuvieron lugar con ocasión de las visitas de inspección y vigilancia así como el proceso de verificación de condiciones de habilitación realizadas por el grupo de funcionarios de la DTSC en la sede principal del municipio de Manizales entre el 25 a 27 de junio de 2014; en la sede del municipio Aguadas el 28 de julio de 2014 y entre el 28 al 31 de octubre de 2014 en el municipio de Anserma; hechos a partir de los cuales se levantaron cargos contra Cosmitet mediante Resolución 1570 del 20 de diciembre de 2016.

Teniendo en cuenta que el proceso de inspección y verificación de las sedes en mención, culminó el 31 de octubre de 2014; es a partir de esta data que debe iniciar el conteo de los tres años que consagra la ley para expedir el acto administrativo sancionatorio y realizar la respectiva notificación. Por lo tanto, la caducidad de la facultad sancionatoria no se encuentra configurado en la medida que, el acto de notificación se hizo efectivo a la entidad demandante el 16 junio de 2017, fecha en la que alegó la nulidad por indebida notificación y puso de presente que conoció la decisión emitida en la Resolución 353 por medio de la cual se impuso la sanción.

4. Apelación

La entidad demandante solicitó revocar el fallo y en su lugar acceder a sus pretensiones, para ello luego de relatar las actuaciones que rodearon el proceso sancionatorio señaló que, en la Resolución 1570 del 20 de diciembre de 2016, mediante la cual la DTSC formulan cargos, se establece a folio uno reverso, como fuente para determinar los hallazgos y formulación de cargos, es decir el medio mediante el cual se tuvo conocimiento de los hechos - la denominada "*acta de inspección y vigilancia del 25 de junio de 2014*".

Que mediante Resolución 062 del 11 de mayo de 2017 se resuelve una solicitud de pruebas, decretando todas las pruebas documentales, pero sin hacer ni siquiera pronunciamiento alguno frente a la prueba testimonial de la señora Martha Teresa Henao Londoño, con la cual se buscaba demostrar el cumplimiento de condiciones de habilitación en la sede, condiciones de pertinencia y oportunidad, acciones desplegadas y otros; vulnerando el derecho de defensa y contradicción, ya que ni siquiera se permitía interponer recurso alguno contra la negativa de las pruebas.

Que el 07 de junio de 2017, es decir a solo un día después de presentados los alegatos, en tiempo récord, de manera bastante ágil, resuelven mediante Resolución 353 imponer sanción de 250 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Que mediante escrito del 07 de junio de 2017, recibido el 08 de junio de 2017, la DTSC requirió a Cosmitet para que se presente en las oficinas de la Territorial de Caldas a fin de notificarlo personalmente de la Resolución 353 del 07 de junio de 2017, indicando que para ello se concede un término de cinco (5) días siguientes al recibo del requerimiento; advirtiendo en el mismo requerimiento de notificación de fecha 07 de junio, recibido el 08 de junio de 2017, que en caso de no notificarse personalmente, la notificación se surtirá por aviso conforme lo establece el

artículo 69 de la Ley 1437 de 2011.

Que así las cosas, los cinco días para ir a la DTSC para que surtiera la notificación personal empezaban a correr entre el viernes 09 de junio y el jueves 15 de junio de 2017, pero de manera extraña, e ilegal, aun sin estar aún vencido el plazo para la notificación personal e incluso con fecha anterior al 15 de junio, esto es para el 14 de junio despachan de la entidad por la empresa de correspondencia 4/72, notificación por aviso que solo pudo haberse enviado en términos legales a partir del 16 de junio y se entendía con efectos de notificación el 20 de junio de 2017, lo cual evidentemente se desconoció por la DTSC, vulnerando sin duda alguna las disposiciones de la Ley citada, especialmente lo dispuesto en los artículos 68 y 69 de la ley 1437 del 2011.

Que como se observa, el comunicado de notificación por aviso solo podía haber sido enviado a partir del 16 de junio de 2017, es decir una vez se vencieran los cinco días para ejercer el derecho la notificación personal, términos que corrían entre el 09 de junio y el 15 de junio, y solo hasta el 16 podían haber enviado el aviso, pero que contrario en derecho y a lo dispuesto en la normativa vigente decidieron entregar notificación por aviso en la empresa 4/72 desde el 14 de junio sin estar aún vencido el plazo para la notificación personal, incurriendo con ello incluso en una posible falsedad ideológica.

Que la DTSC actuó contrario a la normatividad vigente y utilizó una *sui generis* forma de interpretar los procedimientos señalados en las distintas leyes aplicables al proceso de responsabilidad fiscal, posiblemente en su afán de decidir antes de que les prescribiera o caducara el proceso sancionatorio.

Que ante el evidente monumento a la arbitrariedad y dadas las consecuencias que ello conlleva, se presentó el 15 de junio de 2017, solicitud de nulidad de lo actuado y en especial del proceso de notificación, buscando salvaguardar el debido proceso y el cumplimiento del proceso en los términos de la Ley 1437 de 2011.

Dentro de los argumentos expuestos en la solicitud de nulidad se indagó sobre en qué parte de la norma se establece que antes de los 5 días se puede enviar la notificación por aviso, y restringir el derecho a utilizar cualquiera de las dos formas de notificación; desconociendo con esa decisión la libertad de notificarse sea personalmente o por aviso, sin poderse vulnerar ese derecho, como arbitrariamente se hizo.

Que el 16 de junio de 2018, se presentó nuevamente reiteración a la solicitud de nulidad; y posterior a ello para el 23 de junio de 2018 mediante Resolución 417 del 23 de junio de 2017, la DTSC no accede a la solicitud de nulidad, acto administrativo que fue notificado el 06 de julio de 2017, contra el cual advirtieron nuevamente de manera arbitraria que no procedía recurso alguno.

El 04 de julio de 2017 estando en términos y ante la notificación arbitraria que hizo la Dirección Territorial de Caldas, se presentó el único recurso permitido en la Resolución 353 del 07 de junio de 2017, esto es el recurso de reposición dejando presente todas las irregularidades presentadas. Llegado el 16 de mayo de 2018 la DTSC resuelve mediante Resolución 262, el recurso de reposición que confirmó la imposición de la sanción.

Que en este sentido, con todo el proceder ilegal de la entidad sancionatoria, evidentemente se vulneró sustancialmente el derecho de defensa pues pretendió hacer una notificación por aviso sin ni siquiera haberse vencido el plazo de notificación personal.

Frente a la caducidad señaló que, el Estado tiene la facultad para sancionar administrativamente a una persona, jurídica o natural, nacional o extranjera, pero se limita

con el paso del tiempo, esto es a tres años a partir del momento de producido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impuso la sanción debe haber sido expedido y notificado, según lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, es decir, que pasado ese tiempo sin que la administración haya culminado el procedimiento administrativo se entiende que decae esa facultad sancionatoria por efecto de la caducidad, dándole derecho al administrado a no ser sancionado por los hechos motivo de partida de dicho proceso.

Que al no ser debidamente notificado de la sanción y al transcurrir ya más de los tres años después de realizada la visita debía aplicarse la caducidad que claramente se presentó en este caso, y no puede premiarse una notificación indebida para que para que surtiera efectos una sanción por demás ilegal.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

De conformidad con la sentencia y los argumentos expuestos en la apelación, se centra en establecer si: *¿Los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad, por cuanto la entidad demandada vulneró el derecho al debido proceso de la demandante?*

2. Tesis del Tribunal

La Resolución 0353 del 7 de junio de 2017 mediante la cual se impuso a Cosmitet una sanción de 250 salarios mínimos diarios legales vigentes y la Resolución 262 del 16 de mayo de 2018 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, no se encuentran viciados de nulidad, por cuanto las irregularidades del procedimiento alegadas no constituyeron una vulneración al debido proceso por cuanto:

i) La DTSC si se pronunció sobre la prueba testimonial solicitada por la investigada e indicó las razones para su rechazo.

ii) La notificación por conducta concluyente cumplió con la finalidad de la publicidad de la Resolución 0353 del 07 de junio de 2017, dotándola de oponibilidad, garantizando el derecho fundamental al debido proceso y permitiendo la contradicción de la decisiones en sede administrativa, en tanto, el 4 de julio de 2017 la entidad investigada interpuso el recurso de reposición.

iii) El hecho de no otorgarse la oportunidad de interponer el recurso de reposición contra el auto que decide sobre la solicitud de pruebas o el que niega la solicitud de declaratoria de una nulidad dentro del proceso administrativo, no genera nulidad, pues no existe norma que expresamente señale que en su contra proceden los recursos.

iv) Tampoco se configurada la nulidad por el hecho de no otorgarse la oportunidad de interponer el recurso de apelación contra la resolución sancionatoria, teniendo en cuenta que, la decisión sancionatoria fue proferida por el representante legal y jefe superior de la referida entidad territorial; por lo tanto, resultaba adecuado que se señalará que contra dicha decisión solo procedía el recurso de reposición, por resultar improcedente el de apelación, ante la inexistencia de superior jerárquico ante quien pudiera surtirse el mismo.

v) Tampoco se encuentra configurada la caducidad de la facultad sancionatoria por cuanto entre la fecha en que comenzó la primera visita de inspección y vigilancia, esto es, el 25 de junio de 2014, y el acto de notificación de la Resolución sancionadora, esto es, el 16 de junio de 2017 así, la DTSC expidió y notificó la resolución sancionadora, dentro del término de los

tres años que tenía para ejercer dicha potestad.

Para fundamentar lo anterior, se analizarán: i) los hechos acreditados; ii) el marco jurídico sobre el debido proceso sancionatorio; para descender al iii) caso concreto.

3. Hechos acreditados

De conformidad con el material probatorio allegado, se encuentran acreditados los siguientes hechos relevantes para resolver el problema jurídico planteado:

-. La DTSC mediante Resolución 1570 del 20 de diciembre de 2016 dio inicio al proceso administrativo sancionatorio dentro del expediente identificado con el número H - 759-14 y formuló cargos contra el prestador de servicios en salud Sociedad Cosmitet Ltda. (Fls. 3-359 Archivo Tomo III.pdf "Expediente Administrativo").

-. Cosmitet presentó descargos el 27 de febrero de 2017. (Fls. 363-367 Archivo Tomo III.pdf "Expediente Administrativo"). La DTSC mediante Resolución 062 de 1 de mayo de 2017 resolvió la solicitud de decreto y practica de pruebas. (Fls. 369-371 Archivo Tomo III.pdf "Expediente Administrativo")

-. La DTSC una vez surtido el proceso administrativo, la práctica de pruebas y el término conferido para formular alegaciones finales, a través de Resolución 353 del 7 de junio de 2017 decidió sancionar a Cosmitet. (Fls. 1-275 Archivo Tomo IV.pdf "Expediente Admirativo")

-. La DTSC remitió a Cosmitet el oficio de citación con número PS- 110-2460-17 de 7 de junio de 2017, con firma de recibido el 8 de junio de 2017. (Fls. 387 Archivo Tomo III.pdf 004 "Expediente Administrativo")

-. La DTSC, mediante oficio del 13 de junio de 2017 señaló que, *"En vista de que el Representante Legal de la Entidad o quien hace sus veces, o el apoderado Doctor (a) Carlos Andrés Gonzales se rehúsa a notificarse de manera personal del presente acto administrativo, [Resolución sancionatoria al 7 de junio de 2017] se expide la presente constancia en virtud de los principios de publicidad y debido proceso"*. (Fls. 396 Archivo Tomo III.pdf 004 "Expediente Administrativo")

-. La DTSC remitió al apoderado de Cosmitet el 14 de junio de 2017 el oficio PS-110-2551-17 Exp. 759-14 contentivo de la notificación por aviso de la Resolución 353 de 2017, la cual fue entregada el 15 de junio de 2017. (Fls. 398-399 Archivo Tomo III.pdf 004 "Expediente Administrativo")

-. Cosmitet el 16 de junio de 2017 solicitó la declaratoria de nulidad de lo actuado desde la citación para notificación personal. (Fls. 400-407 Archivo Tomo III.pdf 004 "Expediente Administrativo") la cual fue resuelta negativamente mediante Resolución 417 del 23 de junio de 2017. (Fls. 421-437 Archivo Tomo III.pdf 004 "Expediente Administrativo")

-. Cosmitet el 4 de julio de 2017 interpuso recurso de reposición contra la resolución sancionatoria. (Fls. 276-287 Archivo TOMO IV.pdf "Expediente Administrativo"). El recurso fue resuelto mediante Resolución 262 del 16 de mayo de 2018, confirmando la sanción. (Fls. 288-309 Archivo TOMO IV.pdf "Expediente Administrativo").

4. Marco jurídico - Debido proceso sancionatorio

El debido proceso es un derecho de rango superior que busca la protección de las garantías que instituye el ordenamiento jurídico a favor de quienes se ven llamados a hacer parte de

una actuación judicial o administrativa. Siendo el proceso disciplinario un trámite de naturaleza administrativa, es claro que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas.

El Consejo de Estado¹ al respecto ha señalado que, el derecho al debido proceso goza de una naturaleza dual, la cual se manifiesta en una perspectiva formal y otra material. La primera se refiere a las ritualidades legalmente establecidas, como lo son las etapas que deben surtirse, los términos que han de cumplirse, las oportunidades de actuación procesal, entre otras. De otro lado, su dimensión material alude a las garantías sustanciales en las que se proyectan esas formalidades, entre las cuales pueden destacarse el principio de publicidad, la doble instancia, la contradicción, la presunción de inocencia, la imparcialidad, el *non bis in ídem*, entre otros.

Con base en esa distinción, es plausible aseverar que no toda violación a la dimensión formal del debido proceso debe traducirse inexorablemente en la anulación de la actuación procesal afectada pues para tales efectos será necesario que aquella transgresión se proyecte en la esfera material de protección de aquel derecho.

En armonía con ello, se ha sostenido en cuanto a las irregularidades procesales que, para que puedan afectar la validez de lo actuado en el procedimiento disciplinario, tienen que ser determinantes, de manera que cuando se resguardan las garantías sustanciales con que cuentan los disciplinados para ejercer su derecho de defensa, los yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio.

La Corte Constitucional en la sentencia T-267 del 7 de marzo de 2000² señaló:

“no toda irregularidad se puede calificar como violación al debido proceso, sino que éste se afecta cuando hay privación o limitación del derecho de defensa, que se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales que entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en que se ventilan intereses al sujeto, respecto de los cuales las decisiones judiciales han de suponer modificación de una situación jurídica individualizada. Si bien es cierto “ toda clase de actuaciones judiciales”, pueden acarrear una violación al debido proceso, la connotación constitucional se da si alguna de las partes es ubicada en tal condición de indefensión que afectaría el orden justo, violándolo ostensiblemente”.

El Consejo de Estado³ ha reiterado de acuerdo con la Jurisprudencia Constitucional que, *“no toda irregularidad procesal da lugar a nulidad, en ese orden, para que el defecto bajo análisis - atendiendo a las condiciones del caso concreto- conduzca a la anulación del proceso correspondiente debe afectar el núcleo esencial del debido proceso y ser trascendental para la modificación de la decisión objeto de cuestionamiento judicial”.*

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". C.P.: William Hernández Gómez. Sentencia de 20 de septiembre de 2018. Rad.: 11001-03-25-000-2014-00754-00(2353-14)

² Corte Constitucional, Sentencia T-267 del 7 de marzo de 2000; reiterada Sentencia T-125 de 2010; Auto 029A del 16 de abril de 2002, en el que dicha Corporación sostuvo que: «[...] ha de valorarse si la irregularidad observada tiene la capacidad de alterar de manera grave el proceso, tornándolo en injusto, es decir, violatorio del debido proceso. En consecuencia, sólo cuando además del vicio procesal se vulnera el fin buscado con la norma, ha de dictarse la nulidad de lo actuado. Por el contrario, cuando la irregularidad no impide la realización efectiva de la función o propósito perseguido por el instrumento procesal, no puede endilgarse de injusto e indebido el proceso. De otra parte, el vicio debe ser trascendente; es decir, que de no haberse producido, otra hubiera sido la evolución del proceso. Por ende, si se incurre en una grave irregularidad en un fallo, pero el fallo de reemplazo debe dictarse en el mismo sentido del anterior, a pesar del defecto es improcedente la nulidad por falta de trascendencia del vicio [...]».

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección B. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez; sentencia de 4 de abril de 2013, radicado: 11001-03-25-000-2011-00599-00 (2307-2011). Reiterada Sentencia de 28 de julio de 2014, sección segunda, subsección B, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E), radicado: 11001-03-25-000-2011-00365-00 (1377-11).

5. Caso concreto

La parte demandante en su recurso de apelación insiste en que se configura la causal de nulidad por violación del debido proceso y del derecho de defensa, en la medida en que: i) no se decretaron la pruebas solicitadas; ii) se presentó una indebida notificación del acto sancionatorio; iii) se desconoció el derecho a la doble instancia y iv) se presentó la caducidad de la facultad sancionatoria.

Para resolver el problema jurídico planteado, conforme a los desarrollos jurisprudenciales expuestos y los hechos acreditados, se analizarán las causales de nulidad alegadas por la demandante y los argumentos de defensa expuestos por la entidad demandada:

5.1. El decreto de la pruebas solicitadas

Señala la actora que, mediante Resolución 062 del 11 de mayo de 2017 se decidió sobre una solicitud de pruebas, decretando todas las pruebas documentales, pero sin hacer pronunciamiento alguno frente a la prueba testimonial de la señora Martha Teresa Henao Londoño, con el cual se buscaba demostrar el cumplimiento de condiciones de habilitación en la sede, condiciones de pertinencia y oportunidad, acciones desplegadas y otros; vulnerando el derecho de defensa y contradicción, ya que ni siquiera se permitía interponer recurso alguno contra la negativa de las pruebas.

Al respecto, de conformidad con las pruebas aportadas, la Sala encuentra acreditado que, Cosmitet presentó descargos el 27 de febrero de 2017 y además de la prueba documental solicitó *“SE ORDENE COMO PRUEBA TESTIMONIAL TÉCNICA con la que pretendo probar la pertinencia y oportunidad en los procedimientos, medidas implementadas sobre los hallazgos y acciones que se han adelantado, a la Dra. MARÍA TERESA HENAO LONDOÑO, Auditora de Calidad de servicio de Salud de COSMITET LTDA...”*.

La DTSC mediante Resolución 062 de 1 de mayo de 2017 resolvió la solicitud de decreto y practica de pruebas, negando la prueba testimonial, basada en que:

“La prueba testimonial, se pueden tornar superfluas en la medida en la que se pretenda desvirtuar hechos con elementos de prueba documentales que serán decretados en el proceso y que pueden entorpecer y dificultar la actividad probatoria, puesto que son elementos que no prestarán utilidad alguna a la investigación.

Con las consideraciones esbozadas anteriormente, debemos referirnos a la solicitud de la prueba testimonial que el prestador solicita se decrete como prueba en las presentes diligencias No encontrando este Despacho ningún elemento que considere útil para la investigación.

Los soportes documentales aportados al proceso, poseen suficiente certeza y demuestran las acciones adelantadas por el prestador de servicios de salud, por lo cual es el medio de prueba primordial para este proceso. (Fls. 369-371 Archivo Tomo III.pdf “Expediente Administrativo”)

De acuerdo a lo anterior se concluye que, contrario a lo afirmado por la parte demandante, la DTSC si realizó un pronunciamiento expreso sobre la prueba testimonial solicitada, indicando las razones por las cuales se negaba su decreto, específicamente se hizo referencia a la carencia de utilidad de la prueba teniendo en cuenta la prueba documental aportada.

Por lo anterior, el cargo de nulidad formulado por la demandante contra los actos administrativos demandados no prospera.

5.2. En cuanto a la indebida notificación del acto sancionatorio

En la sentencia se señaló que, no le asiste razón al demandante en la alegada existencia de una causal de nulidad, en tanto el defecto procesal cuestionado -notificación- no tuvo lugar en la producción de la decisión de la administración sino posterior a ella, esto es, al momento de ponerse en conocimiento de la entidad afectada con la sanción. Que aunado a lo anterior, el acto administrativo sí fue efectivamente notificado pues en su calidad de entidad sancionada, la parte demandante hizo uso de su derecho de defensa toda vez que formuló la causal de nulidad por el hecho del acto de notificación por aviso e interpuso recurso de reposición, situación que configura el acto de notificación “*por conducta concluyente*”.

La actora al respecto reiteró lo expuesto en la demanda en cuanto que, el 07 de junio de 2017, es decir un día después de presentados los alegatos, en tiempo récord, de manera bastante ágil, la DTSC mediante Resolución 353 impuso la sanción; que mediante escrito del 07 de junio de 2017, recibido el 08 de junio de 2017, la DTSC requirió a Cosmitet para que se presente en sus oficinas a fin de notificarlo personalmente, indicando que para ello se concede un término de cinco días siguientes al recibo del requerimiento; advirtiendo que, en caso de no notificarse personalmente, la notificación se surtirá por aviso.

Que así las cosas, los cinco días para ir a la DTSC para que surtiera la notificación personal empezaban a correr entre el viernes 09 de junio y el jueves 15 de junio de 2017, pero de manera extraña e ilegal, aun sin estar aún vencido el plazo para la notificación personal e incluso con fecha anterior al 15 de junio, esto es para el 14 de junio despachan de la entidad por la empresa de correspondencia 4/72, notificación por aviso que solo pudo haberse enviado en términos legales a partir del 16 de junio y se entendía con efectos de notificación el 20 de junio de 2017, lo cual vulneró especialmente lo dispuesto en los artículos 68 y 69 de la Ley 1437 del 2011.

Para analizar los argumentos expuestos por la recurrente, a continuación se analizarán las pruebas aportadas y se señalará el fundamento normativo para descender al análisis concreto de la causal invocada.

6.2.1. Análisis de las pruebas

Se encuentra probado que, la DTSC con número PS- 110-2460-17 de 7 de junio de 2017 remitió a Cosmitet el oficio de citación para notificación personal de la Resolución 353 de 2017, con firma de recibido el 8 de junio de 2017. Mediante oficio del 13 de junio de 2017 la DTSC señaló que, “*En vista de que el Representante Legal de la Entidad o quien hace sus veces, o el apoderado Doctor (a) Carlos Andrés Gonzales se rehúsa a notificarse de manera personal del presente acto administrativo, [Resolución sancionatoria al 7 de junio de 2017] se expide la presente constancia en virtud de los principios de publicidad y debido proceso*”.

Posteriormente la DTSC remitió al apoderado de Cosmitet el 14 de junio de 2017 el oficio PS-110-2551-17 Exp. 759-14 contentivo de la notificación por aviso de la Resolución 353 de 2017, el cual fue entregado el 15 de junio de 2017. Cosmitet el 16 de junio de 2017 solicitó la declaratoria de nulidad de lo actuado desde la citación para notificación personal.

La solicitud de nulidad fue resuelta negativamente mediante Resolución 417 del 23 de junio de 2017. Posteriormente, el 4 de julio de 2017 Cosmitet interpuso recurso de reposición contra la resolución sancionatoria. (Fls. 288-309 Archivo TOMO IV.pdf “Expediente Administrativo”).

6.2.2. Fundamento jurídico aplicable

El Consejo de Estado se ha referido de manera reiterada y pacífica en torno a la diferencia entre los requisitos de validez y los presupuestos de eficacia de los actos administrativos, en sentencia del 13 de mayo de 2021⁴, precisó, por un lado que, cuando se incumplen los primeros, como cuando el acto administrativo es expedido sin facultad o atribución asignada en norma expresa al funcionario, con falsa motivación o con desviación de poder, el instrumento procesal puesto a disposición de la ciudadanía para controlar la voluntad unilateral de la administración es la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto se trata de analizar los posibles vicios en su formación, esto es, su legalidad en sentido amplio.

Por otro lado, ha advertido que, son tres (3) los elementos que predeterminan la eficacia del acto, a saber: la presunción de legalidad, la publicidad y la firmeza. Así, la eficacia alude al atributo de la ejecutoriedad, esto es, a la oponibilidad y obligatoriedad del acto administrativo expedido, de manera que si se trata de un acto general y abstracto, la obligatoriedad se predica desde el momento de su publicación, mientras que el acto de contenido concreto es oponible desde que se produce la notificación⁵.

Tal criterio ha sido reiterado por esa Sección, como lo hizo en la sentencia de 30 de mayo de 2019, en la cual manifestó:

“La Sala estima necesario poner de presente que la posible declaración de pérdida de fuerza ejecutoria y la consecuente inejecutabilidad de los actos administrativos no es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, pues ésta está instituida para dirimir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

*Concretamente, le corresponde a la juez contencioso administrativo declarar la nulidad de la resoluciones acusadas de conformidad con las causales establecidas en el ordenamiento jurídico⁶, esto es, por infringir las normas en que deberían fundarse, por haber sido expedidos por funcionario incompetente, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió, esto es, **por vicios en los elementos de validez de los mismos.***

Lo anterior tiene fundamento en el hecho de que la institución jurídica en comentario trae sus propias causales, cuales son, que el acto administrativo haya sido suspendido provisionalmente, que hayan desaparecido sus fundamentos de hecho o de derecho, que al cabo de cinco (5) años de estar en firme la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlo, que se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto o cuando pierde su vigencia.

Entonces, la presunta falta de publicación e inscripción del Acuerdo 30 de 1976, aprobado por la Resolución Ejecutiva 076 del 30 de marzo de 1977, no trae como consecuencia la nulidad de los actos objeto de la presente acción, por cuanto tal actuación se refiere a

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia de 13 de mayo de 2021. Rad.: 08001-23-31-000-2011-00673-01

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 03 de diciembre de 1997. Radicado: CE-SEC1-EXP1997-N4660. M. P. Juan Alberto Polo Figueroa. Actor: Cesar Augusto Solanilla / Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 12 de julio de 2010. Radicado: 11001-03-24-000-2012-00073-00. M. P.: Oswaldo Giraldo López. Actor: Ingrid Soraya Ortiz Baquero.

⁶ “[...] Artículo 84. Modificado por el art. 14, Decreto Nacional 2304 de 1989 Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió [...]”.

*la eficacia y no a la validez del acto administrativo”.*⁷ (la negrita es de la Sala).

Lo dicho, es una simple aplicación del principio según el cual el examen de validez jurídica de los actos administrativos que hace el contralor jurisdiccional se debe efectuar, por regla general, en el momento de su nacimiento, de modo que las circunstancias posteriores no afectan una situación inicial⁸.

6.2.3. Análisis de la causal de nulidad – notificación irregular

Del análisis de los argumentos expuestos por la parte actora se observa que, estos se dirigen a controvertir los efectos de la Resolución 0353 del 07 de junio de 2017 mediante la cual se impuso una sanción, es decir, en su eficacia o ineficacia, al estar directamente relacionados con su publicidad y de ahí con la garantía del derecho de contradicción y de defensa.

Tras las acotaciones jurisprudenciales señaladas en el acápite anterior, la Sala concluye que, la ausencia de notificación de los actos particulares, no conlleva a su inexistencia o invalidez sino a su ineficacia o inoponibilidad, pues se trata de una circunstancia extrínseca y posterior al acto, que se erige en una condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, para su obligatoriedad.

Por lo anterior, el cargo de nulidad de la Resolución 0353 del 07 de junio de 2017 por su indebida notificación no prospera.

Por otra parte, encuentra la Sala que la entidad sancionada hizo uso de su derecho de defensa y contradicción frente a la Resolución 0353 del 07 de junio de 2017 por la cual se impuso la sanción, toda vez que, dentro del proceso sancionatorio formuló la solicitud de nulidad por el trámite de la notificación e interpuso recurso de reposición contra aquella.

El apoderado de la entidad sancionada claramente en su escrito del 16 de junio de 2017, en el que solicitó la declaración de nulidad por la indebida notificación, reveló conocer el acto; al respecto en el primer escrito señaló:

*“... presento mediante este escrito solicitud de nulidad por la violación sustancial del derecho de defensa, debido proceso, y contradicción con ocasión a que la primera instancia en el **auto No. 353 del 07 de junio de 2017** resuelta en un solo día después de presentados mis alegatos, vulnero evidentemente normatividad aplicable en el proceso de notificación, lo que exige se decrete la nulidad de esta actuación y se inicie nuevamente el proceso de notificación, por las razones que paso a explicar a continuación.*

...

Se felicita la capacidad del despacho para analizar los alegatos y proferir acto administrativo sancionatorio en menos de un día, pero eso no da la autoridad para desconocer el proceso de notificación”.

De manera que la entidad sancionada, en escrito del 16 de junio de 2017 reveló inequívocamente que conocía la Resolución 0353 del 07 de junio de 2017, por lo que se configuró el acto de notificación por conducta concluyente, con lo cual quedó convalidada cualquier irregularidad en las notificaciones, al tenor de lo dispuesto en el artículo 72 del CPACA, que señala:

“Artículo 72. Falta o irregularidad de las notificaciones y notificación por conducta

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia de 30 de mayo de 2019. Rad: 11001-03-24-000-2005-00312-00.

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 1996. Expediente: 2431. M. P.: Juan de Dios Montes Hernández.

concluyente. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales”.

Además, la notificación por conducta concluyente cumplió con la finalidad de la publicidad de la Resolución 0353 del 07 de junio de 2017, esto es, dotándola de oponibilidad, garantizando el derecho fundamental al debido proceso y permitiendo la contradicción de la decisiones en sede administrativa, en tanto, el 4 de julio de 2017 la entidad investigada interpuso el recurso de reposición contra la resolución sancionatoria.

Por lo anterior se concluye que, el cargo de nulidad de la Resolución 0353 del 07 de junio de 2017 por su indebida notificación no prospera; además que se encuentra acreditado que, se garantizó el principio de publicidad y el derecho de contradicción de la entidad sancionada, siendo entonces oponible la decisión sancionatoria.

5.3. El derecho a interponer recursos y a la doble instancia

Señala la actora que se vulneró el derecho de defensa y contradicción, ya que no se permitió interponer recurso contra la negativa de las pruebas, ni contra el auto que negó la nulidad, además que, contra la resolución sancionatoria solo se permitió presentar el recurso de reposición.

La Sala de las pruebas aportadas encuentra que, en efecto contra la decisión que negó unas pruebas y contra el auto que negó la nulidad se indicó que no procedía recurso alguno, y contra la resolución sancionatoria solo se permitió presentar el recurso de reposición.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, el artículo 176 numeral 4 de la Ley 100 de 1993⁹ y el artículo 43 de la ley 715 de 2001¹⁰ prevén que las direcciones seccionales del sistema de salud, son competentes para adelantar la inspección y vigilancia de la aplicación de las normas científicas, administrativas y financieras que expida el Ministerio de Salud así como los requisitos de funcionamiento y, para ese fin, el artículo 54 del Decreto 1101 de 2006¹¹ las autoriza para adelantar los procedimientos y aplicar las sanciones a que haya lugar.

Así, el procedimiento sancionatorio adelantado por las Direcciones Territoriales de Salud, dado su carácter administrativo, está regulado en el CPACA; por tanto los recursos que proceden contra los actos dictados en el ejercicio de la facultad de vigilancia y control están reguladas por la Ley 1437 de 2011, vigente al momento de iniciarse el procedimiento administrativo sancionatorio que dio origen a la multa impuesta a Cosmitet.

En cuanto a los recursos procedentes contra el acto que decide la solicitud de pruebas, el

⁹ De las funciones de la dirección seccional, distrital y municipal del sistema de salud. Las direcciones seccionales, distrital y municipal de salud, además de las funciones previstas en las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993 tendrán las siguientes funciones:

4.(...) a inspección y vigilancia de la aplicación de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras que expida el Ministerio de Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.

¹⁰ Competencias de los departamentos en salud. ...

43.1. De dirección del sector salud en el ámbito departamental.

(...)

4.3.1.5. Vigilar y controlar el cumplimiento de las políticas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de Salud, así como las actividades que desarrollan los municipios de su jurisdicción, para garantizar e I logro de las metas del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.

¹¹ Artículo 54. Sanciones. Sin perjuicio de la competencia atribuida a otras autoridades, corresponde a las Entidades Territoriales de Salud, adelantar los procedimientos y aplicar las sanciones a que haya lugar de acuerdo con lo previsto en el artículo 577 y siguientes de la Ley 09 de 1979 y las normas que las modifiquen o sustituyan.

artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 expresamente señala:

*“Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. **Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos.** El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo”.*

La Corte Constitucional en sentencia C-034 de 2014¹² se pronunció sobre el aparte resaltado señalando que, dicha exclusión resulta adecuada y razonable, así:

“8.1. En concepto de la Corte la medida escogida por el Legislador persigue un fin legítimo desde el punto de vista constitucional. Ese fin consiste en dotar de especial agilidad a las actuaciones administrativas, lo que a su vez se asocia a la satisfacción de los principios de eficiencia, eficacia y celeridad, propios de la función pública. En tanto el artículo 209 los define como los mandatos orientadores de esa actividad, el Congreso de la República puede y debe adoptar medidas en procura de su eficacia. En ese sentido, y en atención al amplio margen de configuración de los procedimientos administrativos con que cuenta el Legislador, la exclusión de recursos en esa etapa del trámite es razonable.

...

La exclusión de recursos contra la decisión que resuelve las solicitudes de pruebas durante el trámite administrativo es además adecuada para lograr esos fines, pues en un procedimiento que permite al interesado solicitar pruebas durante toda la actuación, sin prever una etapa preclusiva para el efecto, la eventual presentación de recursos contra cada acto administrativo que niegue una prueba implica costos temporales, y hace menos ágil la adopción de las decisiones pertinentes.

Así las cosas, la norma objeto de censura permite que el trámite administrativo se adelante de manera ágil, sin que sea constantemente suspendido o afectado por la discusión sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas. Y así satisface intensamente los principios de economía, celeridad, eficacia, eficiencia. En otros términos, si durante toda la actuación pueden solicitarse pruebas, la interposición sucesiva de recursos contra cada acto que resuelva esas solicitudes atentaría contra la diligencia del procedimiento, y comportaría el empleo de recursos administrativos y temporales considerables.

...

11. En virtud de las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional declarará exequible la expresión “contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos”, contenida en el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, es claro que, no existe norma que expresamente señale que, contra el auto que decide sobre la solicitud de pruebas proceden recursos. Igual sucede con el acto que niega la solicitud de declaratoria de una nulidad dentro del proceso administrativo, frente al cual la norma no prevé la posibilidad de interponer recursos; por el contrario, el artículo 75 del CPACA señala que, no proceden, contra *“los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”*; y el artículo 43 ibidem precisa que: *“Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”*.

Por lo anterior la Sala no encuentra configurada la nulidad de los actos administrativos demandados por el hecho de no otorgarse la oportunidad de interponer el recurso de reposición contra el auto que decide sobre la solicitud de pruebas o el que niega la solicitud de declaratoria de una nulidad dentro del proceso administrativo.

¹² Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia 29 de enero de 2014.

Ahora, frente al argumento de la demandante sobre la configuración de la nulidad, por el hecho de haberse permitido presentar únicamente el recurso de reposición, el artículo 74 del CPACA expresamente señala:

“Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

- 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.*
- 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.*

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial. (...)

La Corte Constitucional en sentencia C-248 de 2013 se pronunció sobre la constitucionalidad del aparte resaltado, precisando lo siguiente:

“5.7.2. En ejercicio de dicha facultad, corresponde al legislador la determinación de los recursos que tienen cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar con todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales estos pueden ser interpuestos, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos que deben acreditarse para su ejercicio, competencia que contempla la potestad de definir recursos distintos a la apelación y por razones de conveniencia o economía procesal consagrar un recurso con relación a ciertas actuaciones y excluir el mismo de otras.

5.7.3. En ejercicio de dicha competencia, el Congreso de la República expidió la Ley 1437 de 2011, mediante la cual adoptó el “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, en el que se establecieron las actuaciones, los procesos, el procedimiento, las etapas, características, términos y demás elementos, que se surten ante la administración – procedimiento administrativo – y ante la jurisdicción – de lo Contencioso Administrativo-, y prescribió en su artículo 74 los recursos contra los actos administrativos, restringiendo el recurso de apelación contra las decisiones “de los representantes legales jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.”

...

Con arreglo a lo anterior, encuentra la Corte que la facultad de controvertir o de impugnar una decisión de la administración, entendida como la acción de oponerse o de interponer un recurso, puede ser satisfecha no solamente a través del recurso de apelación, sino mediante el uso de diversos medios. Y en el caso de la Ley 1437 de 2011, se concreta: (i) en la posibilidad de interponer el recurso de reposición ante el mismo funcionario que expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque, contenida en el artículo 74, numeral 1; (ii) y en la facultad de acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para que, mediante los medios de control establecidos y contenidos en los artículos 135 a 148 de la Ley 1437/11, se decida la controversia de que se trate, mediante sentencia judicial, sujeta a los recursos de ley.

5.7.6. El derecho de la doble instancia, si bien se encuentra elevado a rango constitucional, es un derecho que puede ser restringido por el Legislador siempre que se funde en criterios especiales de la razonabilidad y proporcionalidad frente a las consecuencias

de los actos que no pueden ser objeto de la apelación o consulta. En el caso subexamine, la restricción impuesta reúne las condiciones precitadas al: i) perseguir un fin legítimo, cual es la autonomía de las entidades territoriales en la gestión de sus propios asuntos, consagrada constitucionalmente (CP, 287); ii) ser necesaria al no existir otro método que permita la garantía de dicha autonomía frente a las decisiones que sus máximas autoridades adopten, y iii) no impone una carga desproporcionada a los derechos del administrado, en la medida que este puede controvertir la decisión, mediante la interposición del recurso de reposición, o mediante la iniciación de un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

5.7.7. La Corte considera relevante resaltar que la improcedencia del recurso de apelación contra las decisiones de las máximas autoridades del nivel territorial, es una consecuencia de la inexistencia de un superior jerárquico ante quien pueda surtir el mismo, que surge de la autonomía que la Constitución le asigna a los entes territoriales (CP, 287). También encuentra la Corte importante anotar, que los actos administrativos que sean proferidos por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial, pueden ser controvertidos judicialmente, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante las acciones previstas para el efecto, por el Código Contencioso Administrativo.

5.7.8. Además de lo anterior, no encuentra la Corte que la disposición acusada infrinja alguna de las demás garantías referidas al debido proceso en materia administrativa, al no afectar los derechos de los administrados a conocer el inicio de la actuación, a ser oído durante su trámite, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen, a que las actuaciones se realicen por autoridad competente y de acuerdo a las formas propias de cada juicio previamente definidas por el legislador y a que no se presenten dilaciones injustificadas.

5.7.9. En suma, el Legislador al restringir el recurso de apelación frente a las decisiones de las máximas autoridades del nivel territorial, lo hizo en ejercicio de su amplia libertad de configuración legislativa en la expedición de los códigos de las diversas ramas del derecho que le otorga el artículo 150.2 CP, y en su ejercicio no transgredió el derecho al debido proceso, en tanto previó otros medios para garantizar el derecho de los administrados a controvertir las decisiones de la administración.

De acuerdo con lo anterior es claro que, el derecho de la doble instancia, si bien se encuentra elevado a rango constitucional, es un derecho que puede ser restringido por el Legislador; además, la Corte Constitucional consideró que, la improcedencia del recurso de apelación contra las decisiones de las máximas autoridades del nivel territorial, es una consecuencia de la inexistencia de un superior jerárquico ante quien pueda surtir el mismo.

En el caso objeto de análisis, se tiene que, la Resolución 353 del 7 de junio de 2017 por medio de la cual se decidió sancionar a Cosmitet, fue proferida por el Director General de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, esto es, por el representante legal y jefe superior de la referida entidad territorial; por lo tanto, resultaba adecuado que se señalará que contra dicha decisión solo procedía el recurso de reposición, por resultar improcedente el de apelación, ante la inexistencia de superior jerárquico ante quien pudiera surtir el mismo.

Por lo anterior, la Sala concluye que, no encuentra configurada la nulidad de los actos administrativos demandados por el hecho de no otorgarse la oportunidad de interponer el recurso de apelación contra la resolución sancionatoria.

5.4. En cuanto a la caducidad de la facultad sancionatoria

En la sentencia recurrida se señaló que, la autoridad administrativa tuvo conocimiento de los hechos, con ocasión de las visitas de inspección y vigilancia así como el proceso de

verificación de condiciones de habilitación realizadas por el grupo de funcionarios de la DTSC. Que teniendo en cuenta que el proceso de inspección y verificación, culminó el 31 de octubre de 2014; es a partir de esta data que debe iniciar el conteo de los tres años para expedir el acto administrativo sancionatorio y realizar la respectiva notificación. Por lo tanto concluyó que, la caducidad no se encuentra configurada, en la medida que, el acto de notificación se hizo efectivo a la demandante el 16 junio de 2017, fecha en la demandante alegó la nulidad por indebida notificación y puso de presente que conoció la decisión emitida en la Resolución 353 del 7 de junio de 2017.

La parte actora en su recurso de apelación señaló que, el Estado tiene la facultad para sancionar administrativamente a una persona, pero se limita con el paso del tiempo esto es a tres años a partir del momento de producido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impuso la sanción debe haber sido expedido y notificado, según lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, es decir, que pasado ese tiempo sin que la administración haya culminado el procedimiento administrativo se entiende que decae esa facultad sancionatoria por efecto de la caducidad, dándole derecho al administrado a no ser sancionado por los hechos motivo de partida de dicho proceso.

Que al no ser debidamente notificado de la sanción y al transcurrir ya más de los tres años después de realizada la visita -25 de junio de 2014-, debía aplicarse la caducidad que claramente se presentó en este caso, y no puede premiarse una notificación indebida para que para que surtiera efectos una sanción por demás ilegal.

Para analizar los argumentos expuestos por la recurrente, a continuación se analizaran las pruebas aportadas Y se señalara el fundamento normativo para descender al análisis concreto de la causal invocada.

5.4.1. Análisis de las pruebas

la Sala encuentra probado que, la DTSC realizó visitas de inspección y vigilancia al prestador de servicios de salud Cosmitet, así como el proceso de verificación de condiciones de habilitación en la sede principal del municipio de Manizales que inició el 25 y término el 27 de junio de 2014; en la sede del municipio Aguadas el 28 de julio de 2014 y en el municipio de Anserma entre los días 28 al 31 de octubre de 2014.¹³

Igualmente y como ya se señaló, la DTSC una vez surtido el proceso administrativo, la práctica de pruebas y el término conferido para formular alegaciones finales, a través de Resolución 353 del 7 de junio de 2017 decidió sancionar a Cosmitet.¹⁴

En la misma fecha, la DTSC remitió a Cosmitet el oficio de citación con número PS- 110-2460-17 de 7 de junio de 2017, con firma de recibido el 8 de junio de 2017. (Fls. 387 Archivo Tomo III.pdf 004 "Expediente Administrativo"). Mediante oficio del 13 de junio de 2017 la DTSC señaló que, *"En vista de que el Representante Legal de la Entidad o quien hace sus veces, o el apoderado Doctor (a) Carlos Andrés Gonzales se rehúsa a notificarse de manera personal del presente acto administrativo, [Resolución sancionatoria al 7 de junio de 2017] se expide la presente constancia en virtud de los principios de publicidad y debido proceso"*. (Fls. 396 Archivo Tomo III.pdf 004 "Expediente Administrativo")

Con fundamento en lo anterior, la DTSC remitió al apoderado de Cosmitet el 14 de junio de 2017 el oficio PS-110-2551-17 Exp. 759-14 contentivo de la notificación por aviso de la Resolución 353 de 2017, la cual fue entregada el 15 de junio de 2017. (Fls. 398-399 Archivo

¹³ Fls. 1-205 Archivo Tomo III.pdf "Expediente Administrativo".

¹⁴ Fls. 1-275 Archivo Tomo IV.pdf "Expediente Adminirativo".

Cosmitet el 16 de junio de 2017 solicitó la declaratoria de nulidad de lo actuado desde la citación para notificación personal, la cual fue resuelta negativamente mediante Resolución 417 del 23 de junio de 2017¹⁵. Cosmitet el 4 de julio de 2017 interpuso recurso de reposición contra la resolución sancionatoria, el cual fue resuelto mediante Resolución 262 del 16 de mayo de 2018, confirmando la sanción.¹⁶

5.4.2. Fundamento jurídico aplicable

El artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 establece que, salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad sancionatoria de las autoridades administrativas caduca a los tres años de ocurrido el hecho, omisión o conducta que se reprocha, término en el que el acto sancionatorio debe haber sido expedido y notificado al interesado.

Además prevé que "dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver".

Precisa además que, "Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución."

En tratándose de determinar el momento a partir del cual comienza a contabilizarse el ejercicio oportuno de la potestad sancionatoria de la Administración, el Consejo de Estado ha sido claro al manifestar que se deben tener en cuenta los dos tipos de conductas que son objeto de investigación, a saber: (i) cuando la conducta objeto de infracción se concreta en una única conducta de ejecución instantánea o (ii) cuando se trata de un comportamiento permanente o continuado.

Así las cosas, cuando estamos en presencia del primer supuesto, el término para investigar y sancionar oportunamente esa decisión al administrado comienza a contarse desde que se produce el hecho; en tanto que si nos hallamos frente al segundo supuesto, el término de los tres años comienza a contarse a partir del momento en que cesa la infracción¹⁷.

De otro lado, el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 delimitó el momento en el cual se entiende configurada la caducidad al señalar que, el acto sancionatorio debe haber sido expedido y notificado al interesado dentro del referido plazo, so pena de la pérdida de competencia.

5.4.3. Análisis de la causal de nulidad

De acuerdo con lo expuesto, es claro que, la DTSC, contaba con tres años para expedir las decisión sancionatoria y notificarlas al interesado, so pena de que se genere la pérdida de competencia.

En cuanto a la fecha en que empezaba a correr la caducidad de la facultad sancionadora se tiene que, la DTSC realizó visitas de inspección y vigilancia al prestador de servicios de salud Cosmitet, así como el proceso de verificación de condiciones de habilitación en la sede principal del municipio de Manizales que inició el 25 y término el 27 de junio de 2014; en la

¹⁵ Fls. 400-407, 421-437 Archivo Tomo III.pdf 004 "Expediente Administrativo".

¹⁶ Fls. 276-287, 288-309 Archivo TOMO IV.pdf "Expediente Administrativo".

¹⁷ Tal planteamiento jurisprudencial acogido de manera unánime por la Corporación fue incorporado en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

sede del municipio Aguadas el 28 de julio de 2014 y en el municipio de Anserma entre los días 28 al 31 de octubre de 2014, encontrando presuntos incumplimientos para funcionar en las referidas sedes.

En cuanto a la fecha en que fue proferida la resolución sancionatoria se tiene que, la DTSC profirió la Resolución 0353 el 07 de junio de 2017. Y en cuanto a la notificación, como se señaló anteriormente, se encuentra acreditado que, el apoderado de la entidad sancionada en su escrito del 16 de junio de 2017, reveló conocer la decisión sancionatoria; al respecto en dicho escrito señaló:

*“... presento mediante este escrito solicitud de nulidad por la violación sustancial del derecho de defensa, debido proceso, y contradicción con ocasión a que la primera instancia en el **auto No. 353 del 07 de junio de 2017** resuelta en un solo día después de presentados mis alegatos, vulnero evidentemente normatividad aplicable en el proceso de notificación, lo que exige se decrete la nulidad de esta actuación y se inicie nuevamente el proceso de notificación, por las razones que paso a explicar a continuación.*

...

Se felicita la capacidad del despacho para analizar los alegatos y proferir acto administrativo sancionatorio en menos de un día, pero eso no da la autoridad para desconocer el proceso de notificación”.

De manera que, la entidad sancionada, en escrito del 16 de junio de 2017 reveló que conocía la Resolución 0353 del 07 de junio de 2017, por lo que se configuró el acto de notificación por conducta concluyente, con lo cual quedó convalidada cualquier irregularidad en las notificaciones, al tenor de lo dispuesto en el artículo 72 del CPACA.

A su vez, el artículo 301 del Código General del Proceso sobre la fecha en que se considera surtida la notificación por conducta concluyente señala:

*“Artículo 301. Notificación por conducta concluyente. La notificación por conducta concluyente surte los mismos efectos de la notificación personal. Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda registro de ello, **se considerará notificada por conducta concluyente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la manifestación verbal**”. (Se resalta)*

Por lo anterior, aun cuando se tenga como fecha de inicio del término de caducidad de la facultad sancionadora de la DTSC, la fecha en que comenzó la primera visita de inspección y vigilancia, esto es, el **25 de junio de 2014**, - como lo aduce la demandante-, teniendo en cuenta el acto de notificación de la Resolución sancionadora, esto es, el **16 de junio de 2017** se concluye que, la DTSC expidió y notificó la resolución sancionadora, dentro del término de los tres años que tenía para ejercer dicha potestad.

Por lo tanto, el cargo de nulidad de los actos administrativos demandados, por la caducidad de la facultad sancionadora no prospera.

6. Conclusión

Con base en los anteriores planteamientos se concluye que, la parte actora no logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados, por lo que se confirmara la sentencia apelada.

7. Costas

No se condenará en costas en esta instancia de conformidad con el artículo 188 del

17-001-33-39-006-2018-00646-02

CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso), toda vez que, no se evidencia que la demanda se presentara con manifiesta carencia de fundamento legal, además que no se encuentran causadas ya que no hubo intervención de las partes en esta instancia.

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

Sentencia:

Primero: **Se confirma** la sentencia del 30 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Internacionales Them Y Compañía Ltda. - Cosmitet Ltda., contra Dirección Territorial de Salud de Caldas.

Segundo: **Sin Costas** en esta instancia.

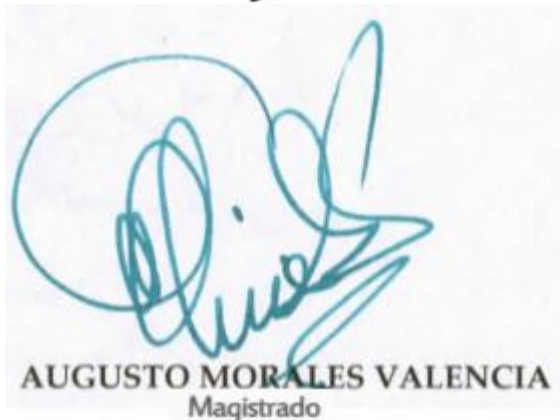
Tercero: **Ejecutoriada** esta providencia, devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 60 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍ
(Ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, 19 de noviembre de 2021

AI. 313

REF: MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA. DEMANDANTE MARÍA YORMET GÓMEZ PULGARÍN Y OTROS. DEMANDADO: HOSPITAL SAN MARCOS DE CHINCHINÁ E.S.E. RADICACIÓN 17 001 33 39 008 2019 00343

Se dispone la Sala a decidir el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra del Auto del 13 de febrero de 2020 de la Jueza Octava Administrativa de Manizales, por medio del cual rechazó la demanda por caducidad.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de reparación directa, la sra María Yormet Gómez Pulgarín y otros presentaron demanda en contra del Hospital San Marcos de Chinchiná E.S.E con las siguientes pretensiones:

- Declarar administrativa y solidariamente -sic- responsable al hospital por motivo de la falla del servicio materializada el día 6 de septiembre de 2017 por una omisión en el protocolo de entrega de información al paciente.
- Como consecuencia de lo anterior, condenar a la E.S.E. demandada al pago de los perjuicios morales en cantidad de 100 S.M.L.M.V para cada uno de los demandantes, e igual suma por perjuicios a la salud a las víctimas directas del daño.

Como fundamento de estas pretensiones afirmó que el día 6 de septiembre de 2017 la sra María Yormet Gómez Pulgarín se encontraba como usuaria en el Servicio de Salud Oral del puesto de salud del Barrio La Nubia de Chinchiná-Caldas y por sugerencia de una auxiliar de enfermería le realizaron una prueba rápida de detección de VIH ó virus de inmunodeficiencia adquirida, pero no le indicaron previamente sobre la prueba, los riesgos, implicaciones y consecuencias, ni la firma del consentimiento informado. En total le tomaron tres pruebas rápidas.

El día siguiente, 7 de septiembre de 2017, le tomaron una prueba de sangre en el mismo puesto de salud, según le informaron, para tener mayor seguridad en el resultado pero no le solicitaron el consentimiento informado. En consulta externa del 14 de septiembre de 2019 -sic- la doctora quien la atendió, le manifestó que “acá está esto positivo (...)”.

Esta situación la llevó a confrontar a su esposo José Jair Agudelo Meza, al considerarlo medio de contagio y dando lugar a una crisis en la relación de pareja. Luego, el día 19 de septiembre de 2017 les iniciaron tratamiento con medicamentos para el VIH y le tomaron la prueba de VIH al sr Agudelo, la que resultó negativa el día 25 de septiembre siguiente. Luego, el día 30 de septiembre repitieron la prueba a la sra Gómez, que resultó negativa el 5 de octubre de 2017.

Esta situación generó el deterioro de la relación de pareja al punto que el sr José Jair debió ser sometido a tratamiento por trastorno de pánico.

Resalta que el día 6 de octubre de 2017 la familia Agudelo Gómez tuvo la certeza de la no enfermedad en los progenitores, a partir de la entrega de la información y de las disculpas brindadas por el Hospital.

LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

A través del Auto del 13 de febrero de 2020 la Jueza Octava Administrativa de Manizales rechazó la demanda por caducidad del medio de control.

Como fundamento de la decisión citó el artículo 164 numeral 2 de la ley 1437 de 2011 sobre el término de caducidad para demandar en reparación directa y citó providencia del 22 de marzo de 2017 de la sección tercera del Consejo de Estado, radicado 76001-23-31-000-2005-04726-01. Afirmó que en este caso el hecho dañoso que sirve como fundamento a las pretensiones es la omisión en la entrega del protocolo de información a la paciente, ocurrido el 6 de septiembre de 2017, y por

ende el término de caducidad debe empezar a contarse desde el día siguiente a esa fecha. Por lo tanto, dice, dicho término corrió hasta el 7 de septiembre de 2019, habiéndose presentado la solicitud de conciliación prejudicial el 12 de septiembre de 2019 y la demanda el 20 de noviembre del mismo año, siendo presentada por fuera del término.

EL RECURSO

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la decisión anterior. Realiza un recuento del trámite de la conciliación prejudicial y afirma que el último referente para determinar la posibilidad de ejercer la acción de reparación directa es el día en que se tuvo certeza del error en el manejo de la información, es decir, el día 6 de octubre de 2017, fecha en la cual a través de la entrega de los resultados se pudo verificar que los demandantes no eran portadores del virus de inmunodeficiencia adquirida.

Considera que la atención se perpetuó en el tiempo y hubo una cadena de errores que fueron desestimados a través de la entrega de resultados el día 6 de octubre de 2017, y cita providencia del 10 de febrero de 2011 del Consejo de Estado, sección tercera, radicado 25000-23-26-000-1996-02714-01 para solicitar se revoque la decisión.

CONSIDERACIONES

El artículo 140 de la ley 1437 de 2011 regula el medio de control de reparación directa así:

“En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

(...)”.

Y, el término para demandar, es el que regula el artículo 164, numeral 2, literal i, ibídem, que indica: *“Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. (...)”*.

En el presente caso se demanda la reparación de los perjuicios presuntamente causados a los demandantes, por el error en el resultado de la prueba de laboratorio que indicó positivo para el virus del VIH en la sra María Yormet Gómez, la cual a la postre salió negativa en prueba posterior.

Ahora bien, los documentos relevantes aportados con la demanda, dan cuenta de los siguientes hechos:

-La prueba rápida realizada el 7 de septiembre de 2017 a la sra Gómez Pulgarín en el laboratorio clínico del Hospital San Marcos para “HIV” con resultado positivo, anotándose en las observaciones “PRUEBA CONFIRMATORIA”.

-La atención por consulta externa del 14 de septiembre de 2017 a la sra María Yormet Gómez en el Hospital San Marcos de Chinchiná en cuyo registro se anotó como diagnóstico: “B24X ENFERMEDAD POR VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH), SIN OTRA ESPECIFICACIÓN” y en la conducta se anotó: *“se le explica a la paciente en qué consiste la patología, se da formulación para iniciar tratamiento, (...)”*.

-El mismo día 14 de septiembre de 2017 se hizo entrega de formulación médica expedida por la ESE HOSPITAL SAN MARCOS a la sra María Yormet Gómez en la cual se anotó como diagnóstico “B24X ENFERMEDAD POR VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH)” con firma de recibido por la sra Gómez.

-El día 30 de septiembre de 2017 se recepcionó muestra de la sra María Yormet para PRUEBA CONFIRMATORIA de VIH la cual se imprimió el día 5 de octubre de 2017 con resultado NEGATIVO.

Para la Jueza de primera instancia el hecho dañoso se presentó el día 6 de septiembre de 2017 y consistió en la omisión en el protocolo de la entrega de la información a la paciente, en tanto para el demandante el daño se configuró desde el 6 de octubre de 2017 fecha en la cual al conocer el resultado negativo de la segunda prueba, tuvieron certeza del mismo.

Frente a lo anterior debe precisar la Sala que en este caso la parte demandante tuvo conocimiento del daño a partir del momento que conoció que en realidad la sra Gómez Pulgarín no era portadora del virus VIH, siendo la única prueba de dicha circunstancia el resultado negativo impreso el día 5 de octubre de 2017, pues la parte actora no aportó prueba de la fecha en que les fue informado.

Por ende el término de dos años para demandar corría entre el 6 de octubre de 2017 al 6 de octubre de 2019, previo agotamiento de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

Ahora bien, en el acta de la diligencia de conciliación ante la Procuraduría 28 Judicial II para Asuntos Administrativos de fecha 14 de noviembre de 2019 y en la cual se declaró fallida, consta que la solicitud de conciliación se radicó el día 12 de septiembre de 2019, fecha a partir de la cual se suspendía el término de caducidad al tenor del artículo 3° del decreto 1716 de 2009 que señala:

“Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:

- a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o*
- b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, o*
- c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.*

En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbadado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanuda a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.

La improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada.

Parágrafo único. *Las partes por mutuo acuerdo podrán prorrogar el término de tres (3) meses consagrado para el trámite conciliatorio extrajudicial, pero en dicho lapso no operará la suspensión del término de caducidad o prescripción.”*

Aplicando lo anterior al caso concreto se tiene, en resumen:

-Conocimiento del daño: 5 de octubre de 2017

-Término para demandar: 6 de octubre de 2017 al 6 de octubre de 2019

-Solicitud de conciliación prejudicial: 12 de septiembre de 2019, esto es, faltando 25 días para completar los 2 años para demandar.

-Constancia de audiencia de conciliación fallida con devolución de anexos al interesado: 20 de noviembre de 2019.

-Vencimiento del término para demandar: 15 de diciembre de 2019 (resulta de sumar 25 días que faltaban para completar la caducidad), pero como correspondió a día domingo, el término máximo para demandar corrió hasta el día 16 de diciembre de 2019.

-La demanda se presentó el día 20 de noviembre de 2019, según el acta individual de reparto.

El anterior recuento cronológico le permite afirmar a la Sala que la demanda se presentó oportunamente como lo alega el recurrente, conclusión que impone revocar el auto apelado.

En consecuencia,

RESUELVE

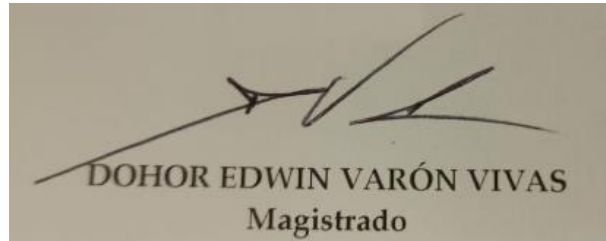
REVOCAR el auto del 13 de febrero de 2020 dictado por la Jueza Octava Administrativa del Circuito de Manizales, por medio del cual rechazó la demanda por caducidad en el medio de control de reparación directa promovido por la sra María Yormet Gómez Pulgarín y otros en contra del Hospital San Marcos de Chinchiná E.S.E

En firme este Auto devuélvase el expediente al Juzgado de origen previas las anotaciones en el programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Patricia Valencia

Magistrada Ponente



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 214

Manizales, diecinueve (19) noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17001-33-23-000-2019-00494-00
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Esnelia Suaza de Lesmes
Demandados: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR
Vinculada: Ana Rubilma Marín Malavera

Se procede a dictar sentencia de primera instancia.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, que se declare la nulidad de las resoluciones 2498 del 4 de mayo de 2017, 4319 del 26 de julio de 2017, oficio E-00003201807695 – ID320437 del 26 de abril de 2018 y el oficio 201922000170531 ID455941 del 8 de julio de 2019, y a título de restablecimiento del derecho se ordene reconocer y pagar la sustitución de asignación mensual de retiro a favor de la señora Esnelia Suaza de Lesmes, en calidad de cónyuge supérstite del pensionado Jorge Arturo Lesmes Cano, de manera retroactiva a partir del 30 de octubre de 2016, junto con los intereses de mora o en su defecto la indexación.

1.2. Sustento fáctico relevante

Expuso que, el señor Jorge Arturo Lesmes Cano y Esnelia Suaza de Lesmes, contrajeron matrimonio católico el 21 de abril de 1979, unión de la cual procrearon un hijo de nombre Sebastián Lesmes Suaza. Que Casur reconoció asignación de retiro al señor Lesmes desde el 5 de julio de 1991. Que por razones económicas, la señora Esnelia Suaza debió radicarse en España por más de trece años, sin embargo, nunca dejó de existir el vínculo matrimonial con el señor Lesmes, ni la ayuda mutua.

El señor Jorge Arturo Lesmes Cano falleció el 29 de octubre de 2016, razón por la cual la señora Esnelia Suaza el 28 de noviembre de 2016 solicitó ante Casur el reconocimiento y

pago de la sustitución de asignación mensual de retiro, petición que fue resuelta negativamente a través de la Resolución 2498 del 4 de mayo de 2017.

La señora Suaza el 15 de abril de 2018, radicó por segunda ocasión solicitud de reconocimiento de sustitución de asignación de retiro, resuelta negativamente por Casur a través de oficio radicado E 00003-2018 07 695 CASUR ID 320437 del 26 de abril de 2018. Que además, el 22 de mayo de 2019, nuevamente solicitó a Casur el reconocimiento de la prestación, siendo negada por medio de oficio 2019 22000170531ID455941 del 8 de julio de 2019 expedido por Casur.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión.

Invocó los artículos 1, 2, 6, 25 y 53 de la Constitución de 1991; la Ley 923 de 2004; y Decreto 4433 de 2004. Argumentó que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro que devengó en vida el señor Jorge Arturo Lesmes Cano, toda vez que reúne los requisitos para acceder a dicha prestación establecidos en la Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2003.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

Casur se opuso a las pretensiones de la demandante. Tuvo como cierto el hecho que, mediante Resolución 3183 del 31 de julio de 1991, le fue reconocida asignación de retiro al señor Jorge Arturo Lesmes Cano, así como el fallecimiento de éste. Conforme a ello sostuvo que, la accionante no cumplió con el requisito de convivencia ininterrumpida por el lapso de 5 años y/o los requisitos establecidos para el reconocimiento de convivencia simultánea.

Con fundamento en lo expuesto propuso las excepciones que denominó: 1) *Falta de competencia factor territorial*; 2) *Falta de litisconsorte necesario y*; 3) *Falta de fundamentos jurídicos en las pretensiones*. Las dos primeras fueron resueltas como previas mediante auto.

Ana Rubilma Marín Malavera (vinculada) se opuso a las pretensiones de la demandante, por considerar que goza con igual o mayor derecho que la demandante a percibir la sustitución pensional del causante. Frente a los hechos de la demanda, tuvo como ciertos aquellos relativos a la asignación de retiro que devengó el señor Jorge Arturo Lesmes Cano, así como la fecha de su fallecimiento.

De otra parte expresó que, inició relación afectiva de manera furtiva con el señor Jorge Arturo Lesmes Cano desde 1998, la cual se solidificó y era de público conocimiento hasta el momento del fallecimiento del señor Lesmes el 29 de octubre de 2016.

Señaló que, entre 1998 y 2005 ambos residieron en domicilios diferente, afirmando que el señor Jorge contribuía con los gastos del hogar de la señora Ana Rubilma. Que para el 2005 empezaron a vivir en el mismo domicilio junto con las hijas de ésta última hasta el

29 de octubre de 2016, fecha en la que falleció el señor Jorge Arturo; que durante ese tiempo, compartieron techo, lecho y mesa, manteniendo una relación de compañeros permanentes, de amor y ayuda mutua.

Finalmente, solicitó que se le reconozca como única beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro que devengó el señor Jorge Arturo Lesmes Cano.

3. Alegatos de conclusión

Esnelia Suaza de Lesmes – demandante- afirmó que, el vínculo con el causante permaneció hasta la fecha de su fallecimiento y que pese a que esta tuvo que radicarse fuera del país, ambos continuaron prestándose apoyo y ayuda mutua, ya que tenían comunicación telefónica permanente, se ayudaban económicamente, se reconocían uno al otro como cónyuges; que además, para el momento en que falleció el causante la señora Suaza, se encontraba como beneficiaria en calidad de cónyuge del señor Jorge Arturo Lesmes. Con fundamento en lo anterior, solicitó que se acceda a sus pretensiones.

Ana Rubilma Marín Malavera afirmó que, el derecho a la sustitución pensional lo tiene en un 100%, por cuanto no solo fue la compañera permanente del señor Jorge Arturo Lesmes Cano por más de 12 años, sino que también fue quien compartió techo, mesa y lecho por los últimos 5 años de vida del causante, señalando que la cónyuge solo apareció en el momento del deceso del señor Lesmes para reclamar la pensión, debiéndose privilegiar el criterio material de convivencia.

Casur reiteró todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Precisó que, según el Acta 01 de fecha 12 de Enero de 2017, *“Ratificación política institucional para la prevención del daño antijurídico”*, numeral 10 *“POLÍTICA DE RECONOCIMIENTO SUSTITUCIÓN ASIGNACIÓN MENSUAL DE RETIRO”*; se acoge a lo preceptuado en el artículo 146 del Decreto 1213 de 1990 que señala que: *“Si se presentare controversia judicial o administrativa entre los reclamantes de una prestación por causa de muerte, el pago de la cuota en litigio se suspenderá hasta tanto se decida judicialmente a qué persona corresponde el valor de esta cuota”*.

Que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 797 de 2003, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, la cónyuge o la compañera permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

El **Ministerio Público** no presentó concepto.

II. Consideraciones

1. Problemas Jurídicos

Corresponde a la Sala determinar:

-¿Cuenta Esnelia Suaza Gómez o Ana Rubilma Marín Malavera con derecho a que les sea reconocida la sustitución de la asignación de retiro con ocasión del fallecimiento del señor Jorge Arturo Lesmes Cano?

-¿De ser así, cuál debe ser el porcentaje que le corresponde a la cónyuge superviviente y a la compañera superviviente de la asignación de retiro?

¿Se ha presentado el fenómeno jurídico de prescripción respecto de las mesadas pensionales?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

Esnelia Suaza y Ana Rubilma Marín Malavera cuentan con derecho a que les sea reconocida la sustitución de la asignación de retiro que en vida devengó el señor Jorge Arturo Lesmes Cano, en tanto:

Esnelia Suaza Gómez acreditó: i) El vínculo matrimonial civil que existió entre Jorge Arturo Lesmes Cano y Esnelia Suaza Gómez desde el 21 de abril de 1979 hasta 2004; ii) Que a pesar que hubo separación de cuerpos desde 2004 hasta el 29 de octubre de 2016 - fecha de fallecimiento del causante-, la sociedad conyugal permaneció vigente.

Ana Rubilma Marín Malavera acreditó que: i) sostuvo una relación de convivencia real y efectiva con el señor Jorge Arturo Lesmes, haciendo una vida en común, y ii) que dicha relación se mantuvo desde 2004 hasta el 29 de octubre de 2016, fecha del fallecimiento del señor Lesmes, es decir que convivieron por más de cinco años anteriores al deceso del causante.

Para resolver los interrogantes planteados, se hará referencia a: i) las situaciones jurídicas acreditadas; ii) el marco jurídico aplicable y iii) el análisis del caso concreto.

2.2. Situaciones jurídicas acreditadas

➤ De conformidad con el Registro Civil de Matrimonio, el 21 de abril de 1979 Jorge Arturo Lesmes Cano y Esnelia Suaza Gómez contrajeron matrimonio. (fl. 16 archivo digital "2019-00494 C.1")

➤ Mediante Resolución 3183 del 31 de julio de 1991, Casur reconoció al señor Jorge Arturo Lesmes Cano asignación de retiro efectiva a partir del 5 de julio de 1991. (Archivo digital "05Contestación")

➤ Según la hoja de servicio No. 001987 PN-RDP del 13 de junio de 1991, el Sargento (r) Jorge Arturo Lesmes registró como cónyuge a la señora Esnelia Suaza Gómez. (Archivo digital "05Contestación")

➤ La señora Esnelia Suaza de Lesmes remitía dinero al señor Jorge Arturo Lesmes Cano, según recibos de transferencias bancarias "Ria Autorización Banco de España", de fechas: 13/02/2005; 15/05/2005; 19/05/2005; 31/07/2005; 3/02/2006; 05/03/2006; 05/04/2006; 20/11/2006; 15/06/2007; 19/05/2008; 10/07/2008; 20/10/2011; 10/11/2011; 01/12/2011; 07/02/2012; 31/08/2012; 09/10/2012. (Archivo digital "05Contestación").

➤ Según Registro Civil de Defunción, el señor Jorge Arturo Lesmes Cano falleció el 29 de octubre de 2016. (fl. 38 archivo digital "2019-00494 C.1")

➤ La señora Esnelia Suaza, el 17 de noviembre de 2016 solicitó a Casur el reconocimiento de la sustitución de pensión con ocasión al fallecimiento de su esposo Jorge Arturo Lesmes Cano. (Archivo digital "05Contestación") Mediante Resolución 2498 del 4 de mayo de 2017, Casur negó la solicitud. (Archivo digital "05Contestación")

➤ Mediante Resolución 4319 del 26 de julio de 2017, Casur resolvió el recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución 2498 de 2017 confirmando la decisión inicial. (Archivo digital "05Contestación").

➤ A través de petición radicada ante Casur el 15 de febrero de 2018, la señora Esnelia Suaza solicitó la revocatoria directa de la Resolución 2498 del 4 de mayo de 2017 (Archivo digital "05Contestación").

➤ Mediante Oficio No. E-00003201807695 – id320437 del 26 de abril de 2018, Casur resolvió la solicitud de revocatoria directa, confirmando el acto administrativo (fl. 47 archivo digital "2019-00494 C.1")

➤ Mediante oficio No. 201922000170531 ID 455941 del 8 de julio de 2019, Casur dio respuesta a solicitud elevada a través de apoderada por la señora Esnelia Suaza Gómez, en el sentido de indicarle que los actos administrativos mediante los cuales se negó la sustitución de la asignación de retiro, se encuentran ejecutoriados y gozan de presunción de legalidad (fl. 53 archivo digital "2019-00494 C.1")

➤ Se recibieron las declaraciones de las siguientes personas:

- **Esnelia Suaza** (demandante), manifestó que vive en la actualidad en la carrera 20B No. 3B-21 del barrio de los Alcázares, vivienda en la que se encuentra desde hace aproximadamente 18 años, no obstante refirió que, desde septiembre de 2004 viajó a España con su hijo y regresó en 2016 cuando falleció su esposo Jorge Arturo Lesmes Cano. Refirió que mantuvo permanente comunicación con su esposo, que la razón del viaje fue por motivos económicos, para poder darle estudio a su hijo y pagar una hipoteca. Señaló que le giraba dinero a su esposo cada mes; que su esposo vivía en la

residencia ubicada en la carrera 20B No. 3B-21 del barrio los Alcázares. Indicó que no tuvo conocimiento de que el señor Lesmes tenía una relación extramatrimonial.

- **Ana Rubilma Marín Malavera** (Vinculada), señaló que vive en la carrera 45 No. 8-10 del barrio Centenario de Manizales; que conoció al señor Jorge Arturo Lesmes desde hacía aproximadamente 18 años, con el cual sostuvo una relación sentimental desde aproximadamente 1998, que además conocía que el señor Lesmes tenía esposa. Manifestó que vivió junto el señor Lesmes, sosteniendo una relación en la que se brindaban cariño y apoyo mutuo, además que el señor Lesmes ayudaba con los gastos ordinarios de su familia y que además compartían juntos las fechas especiales.

- **Martha Lucía Lesmes Cano**, hermana del señor Jorge Arturo Lesmes Cano, señaló que, le consta que su hermano estuvo casado con la señora Esnelia Suaza de Lesmes hasta el momento del fallecimiento del señor Lesmes, matrimonio que duró más o menos 35 años. Afirmó constarle que la señora Esnelia viajó a España, porque debía acompañar a su hijo que era menor de edad; que le consta que mientras la señora Esnelia permaneció en España, mantuvo la relación matrimonial con el señor Lesmes, que hablaban todos los días por teléfono. Sostuvo que el señor Lesmes, vivió con ella (testigo) en el barrio Alcázares mientras su esposa estuvo en España.

- **Alberto Marín Arias**, manifestó que vive en el barrio Alcázares de Manizales, que conoce desde 1999 a la señora Esnelia Suaza porque son vecinos, que además fue amigo del señor Jorge Arturo Lesmes Cano. Sostuvo que desde el 2000 aproximadamente hasta el fallecimiento del señor Lesmes, en virtud a la relación de vecindad coincidían ambos a la salida de sus viviendas a coger transporte público. Que le consta la existencia de la relación sostenida entre el señor Lesmes Cano y la señora Suaza, indicó que según le comentó el señor Lesmes, su esposa se vio en la obligación de viajar a España por problemas económicos, sin embargo, afirmó que la pareja de esposos se comunicaban constantemente por teléfono. Manifestó que el señor Lesmes, dormía en el barrio Alcázares porque lo veía pasar en la noche hacia su residencia, que además convivía con la hermana de él de nombre Martha Lesmes. Señaló que la pareja conformada por Jorge Arturo y Esnelia tuvo un hijo dentro del matrimonio.

- **Solangel Villegas**, sostuvo que es amiga de la señora Esnelia Suaza, que le consta que la señora Esnelia contrajo matrimonio con el señor Jorge Arturo Lesmes, en 1979, toda vez que asistió a la ceremonia; que debido a problemas económicos en el hogar, la señora Esnelia viajó a España con su hijo Sebastián; que no sabe la razón por la cual el señor Lesmes no los acompañó a dicho país. Que la señora Esnelia mantuvo la relación familiar con el señor Lesmes por el lapso de 12 años que estuvo en España, donde se llamaban por teléfono y además la señora Suaza enviaba dinero al señor Lesmes, situación que le consta porque la hermana le comentaba y porque en algunas ocasiones la señora Esnelia se comunicaba con ella (la testigo) y le contaba ese hecho. Que mientras la señora Esnelia estuvo en España, el señor Lesmes vivió con la hermana Martha Lucía Lesmes Cano en la casa de Alcázares, situación que le consta toda vez que es vecina del señor Lesmes.

- **Luz Adriana Estrada Galvis**, manifestó que le consta la relación sostenida por el señor Jorge Arturo Lesmes Cano y Ana Rubilma Marín Malavera, toda vez que es amiga de las hijas de la señora Marín desde hace 15 años; que la vivienda de la pareja era en el barrio *Las Delicias*, situación que le consta porque en esa época era vecina de ellos. Que conoció del fallecimiento del señor Lesmes, porque le contó la hija de la señora Ana Rubilma, que además asistió a las exequias. Sostuvo que el señor Lesmes vivía en la misma casa con la señora Marín, situación que le consta porque asistía a esa casa alrededor de dos a tres veces por semana porque eran vecinos; que además, asistía a reuniones familiares y siempre estaba el señor Lesmes, incluso en ocasiones vio como éste se iba a dormir en la habitación con la señora Marín.

- **Edwin Hernán Valencia Rodríguez**, manifestó que conoce a la señora Ana Rubilma Marín y al señor Jorge Arturo Lesmes, con ocasión a una amistad que sostiene con Arianis Andrea Garzón, hija de la señora Marín; aseguró que la señora Ana Rubilma y Jorge Arturo mantuvieron una relación sentimental desde alrededor 20 años, lo que le consta porque frecuentaba la vivienda de esta pareja en el barrio *Las Delicias*; que en ocasiones se quedaba en la casa de la señora Ana Rubilma hasta altas horas de la noche y veía que el señor Jorge Arturo, permanecía ahí durmiendo.

- **Mauricio López Jiménez**, manifestó que es el esposo de Ivonne Erieth Garzón Marín (hija de la señora Ana Rubilma); sostuvo que conoció a su actual esposa en 2009, año en el cual conoció al señor Jorge Arturo Lesmes, momento a partir del cual compartieron múltiples y diversos escenarios con el señor Lesmes y su familia, en razón a la relación sentimental que él entabló con Ivonne Erieth; indicó que en 2011, Ivonne se fue a vivir a Pereira, no obstante la relación se mantuvo y, cuando ella llegaba los fines de semana, él (testigo) pernoctaba en la casa de su pareja, lugar donde siempre veía que estaba el señor Lesmes con su esposa Ana Rubilma, situación que se presentaba en el barrio *Las Delicias*; que en 2014, decidió en compañía de su esposa Ivonne comprar una casa en el barrio *Senderos de Normandía*, domicilio en el cual quedaron viviendo la señora Ana Rubilma, el señor Jorge Arturo y Andrea (hija de Ana Rubilma) y, cuando venía de Pereira su esposa Ivonne; en cuanto a la relación de Ana Rubilma y Jorge Arturo señaló que era afectuosa, que le consta que en la noche compartían juntos y luego veía que la pareja de Ana Rubilma y Jorge Arturo, se iban a dormir en la misma habitación. Que el señor Lesmes pagaba junto con la señora Marín el arriendo en el barrio *Las Delicias*, que además el señor Lesmes contribuía mensualmente con gastos de alimentación, que ello le consta porque lo acompañaba a realizar dichas compras. Indicó además que conoce a la señora Martha Lucía Lesmes Cano, hermana del señor Jorge Arturo, quien vivía en una casa en el barrio *Alcázares*, que además le consta que esa casa era del señor Lesmes.

- **Arianis Andrea Garzón Marín**, hija de la señora Ana Rubilma Marín Malavera; afirmó constarle la relación conyugal que sostuvo su madre con el señor Jorge Arturo, que éste último, se fue a vivir en el 2005 aproximadamente, en la vivienda donde residían Ana Rubilma, y sus hijas Arianis e Ivonne. Sostuvo que el señor Jorge Arturo le colaboraba con los pasajes para ir a la Universidad que, adicionalmente eran una familia muy unida; adujo que la relación que sostuvieron la señora Marín y el señor Lesmes era de esposos,

dormían juntos, el señor Lesmes contribuía económicamente a los gastos ordinarios del hogar, tales como facturas, arriendo y demás gastos. Señaló que sabía que el señor Jorge era separado y que tenía un hijo de nombre Sebastián.

-. **Ivonne Erieth Garzón Marín**, hija de la señora Ana Rubilma Marín Malavera; afirmó constarle la relación de esposos que sostuvo su madre con el señor Jorge Arturo, desde que ella tenía 17 años, relación en la que existía apoyo moral, sentimental, económico, se prodigaban amor y ayuda mutua; que dicha pareja habitaba en el barrio *Las Delicias* en una casa arrendada; posteriormente, en 2014 compró con su pareja un apartamento, al que se fueron a vivir la pareja conformada con por Jorge Arturo y Ana Rubilma; adujo que le consta que el señor Lesmes contribuía pagando facturas y mercado; que tenía conocimiento de que el señor Lesmes tenía un hijo de nombre Sebastián, sin embargo, mientras se desarrolló la relación entre su padastro y la señora Marín, nunca lo vio, no tuvo conocimiento que visitara al señor Lesmes; indicó que le consta que el señor Lesmes se afilió a una Asociación de Jubilados, donde tenía como beneficiarias a la señora Ana Rubilma y a sus hijas en el servicio funerario.

➤ En audiencia de pruebas¹, la apoderada de la parte demandante, tachó de sospechosos los testimonios rendidos por Arianis Andrea Garzón Marín, Ivonne Erieth Garzón Marín y Mauricio López Jiménez afirmando que en razón al vínculo familiar que tienen con la vinculada Ana Rubilma Marín Malavera, por ser hijas las dos primeras y el segundo su yerno, podrían interesarles el resultado y decisión del presente proceso.

Respecto a la imparcialidad del testigo, el artículo 217 del C.G.P., establece:

“ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

Por su parte el Consejo de Estado, ha sido claro en señalar que *“los testimonios que resulten sospechosos no pueden despacharse de plano, sino que deben valorarse de manera más rigurosa, de cara a las demás pruebas obrantes en el expediente y a las circunstancias de cada caso, todo ello basado en la sana crítica”*²

En el caso concreto, se encuentra acreditada la existencia del vínculo de familiaridad que tienen los declarantes tachados, con la señora Marín Malavera, sin embargo dicho vínculo no basta para desestimar los testimonios, pues del análisis riguroso de sus declaraciones, aplicación de los criterios de la sana crítica y de forma integral con los

¹ Artículo 181 del CPACA

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2016, C.P. Hernán Andrade Rincón, exp. 36932.

demás medio probatorio aportados al expediente, se observa que, las respuestas de los testigos fueron coherentes, congruentes, con hilo conductual, sin vacilaciones ni de su versión, ni comportamiento en la audiencia, por lo que no se observan algún ánimo de favorecer a alguna de las partes del proceso. o falta de credibilidad en sus declaraciones

Así pues, frente a las tachas realizadas, esta Sala considera que no se advierte por parte de los declarantes un interés directo en las resultas del proceso.

3.3. Marco jurídico

De acuerdo con los hechos acreditados, debe precisarse el marco normativo que rige la Sustitución pensional de los Agentes de la Policía Nacional, así como la pensión de sobrevivientes y sustitución de la pensión de vejez en la Ley 100 de 1993

3.3.1. Sustitución pensional de los Agentes de la Policía Nacional

Con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó las denominadas pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, para suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

El Consejo de Estado³ ha aclarado que, la **sustitución pensional** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece, en tanto que la **pensión de sobrevivientes** es aquella que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.

El Decreto 097 de 1989⁴, mediante el cual se reorganizó la carrera de los Agentes de la Policía Nacional, reguló la sustitución de la asignación de retiro en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 128. A la muerte de un Agente de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el presente estatuto, tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía gozando el causante.

Así mismo, el cónyuge y los hijos hasta la edad de veintiún (21) años tendrán derecho a que el Gobierno les suministre asistencia médica quirúrgica, odontológica, servicios hospitalarios y farmacéuticos mientras disfruten de la pensión decretada con base en los servicios del Agente fallecido.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P: Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de 7 de febrero de 2019, expediente 0161-17.

⁴ “(...) Por el cual se reforma el estatuto de carrera de Agentes de la Policía Nacional. (...)”.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno establecerá tarifas variables para la prestación de los servicios asistenciales a los beneficiarios de los Agentes de la Policía Nacional, fallecidos en goce de asignación de retiro o pensión.

PARÁGRAFO 2o. Si el Agente muriere sin haber cobrado sus prestaciones sociales por retiro, éstas se cancelarán en el orden de beneficiarios establecidos en este estatuto (...)”.

El orden de beneficiarios a que se refiere la disposición trascrita corresponde al regulado en el artículo 130 ídem, que señala:

“ARTÍCULO 130. ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, se pagarán según el siguiente orden preferencial:

a) La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley;

b) Si no hubiere cónyuge sobreviviente la prestación se dividirá por partes iguales entre los hijos;

c) A falta de hijos las prestaciones corresponden al cónyuge;

d) Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, las prestaciones se dividirán entre los padres, así:

-Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación los padres.

-Si el causante es hijo adoptivo pleno, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

-Si el causante es hijo adoptivo simple, la prestación se dividirá proporcionalmente entre los padres adoptantes y los padres de sangre.

-Si el causante es hijo extramatrimonial la prestación se dividirá en partes iguales entre los padres.

-Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción plena, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptivos en igual proporción.

-Si no concurre ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén, a los hermanos menores de edad del Agente.

-Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

-A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuge, la prestación corresponderá a la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional. (...)”.

Estas disposiciones fueron derogadas por el Decreto 1213 de 1990, mediante el cual se estableció y reguló la carrera de los agentes de la Policía Nacional, en el cual, tanto la regulación de la asignación de retiro como la posibilidad de sustituir dicha prestación y el listado de beneficiarios, se mantuvieron en similares términos, esto es, y para lo que interesa al caso concreto, con exclusión de los compañeros permanentes.

Posteriormente, la Ley 923 de 2004⁵ estableció en el artículo 3, los requisitos mínimos para el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho pensional de sobreviviente, de invalidez y sus sustituciones, en los siguientes términos:

“3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres.

En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones.

3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. (...).”

En el numeral 3.7 y 3.8 de la citada normativa se determinó, respectivamente, el orden de beneficiarios de la sustitución pensional y el monto de la prestación, así:

“3.7.1. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.

3.7.2. En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años

⁵ “(...) Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política (...).”

de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante aplicará el numeral 3.7.1.

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los numerales 3.7.1 y 3.7.2. del presente numeral, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al numeral 3.7.1 en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

3.8. Las asignaciones de retiro, las pensiones de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y su sustitución, así como las pensiones de sobrevivientes en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley. En todo caso, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)"

El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-209 de 2009 en el entendido de que, en igualdad de condiciones, las mismas también se aplican en relación con los integrantes de parejas del mismo sexo y, posteriormente, el texto resaltado en negrilla también fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-456 de 2015, entendiéndose que también son beneficiarios de la pensión de sobreviviente, de invalidez y de la sustitución de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la compañera o el compañero permanente del causante y que dicha pensión o sustitución se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el difunto.

Ahora bien, el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 4433 de 31 de diciembre 2004⁶

⁶ "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública."

«por medio de la cual fue reglamentada la Ley 923 de 2004⁷» incluyó como beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro y/o de la pensión de sobrevivientes, a que se alude en el artículo 40⁸ de esta disposición, al compañero o compañera permanente sobreviviente, en el mismo orden del cónyuge supérstite, de la siguiente manera:

“Artículo 11. Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.

11.2 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante.

11.3 Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante.

11.4 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante.

(...)

Parágrafo 2º. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte;

⁷ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política (...).”

⁸ “**Artículo 40.** Sustitución de la asignación de retiro o de la pensión. A la muerte de un Oficial, Suboficial, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante (...).”

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior.

*Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, **con sociedad anterior conyugal no disuelta** y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y b del presente párrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. **Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente**". (Se resalta)*

Nótese que la normativa a que se hizo referencia en los Decretos 97 de 1989 y 1213 de 1990, que es de carácter especial, no incluyó entre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes al compañero o compañera permanente, pues fue solo hasta la expedición de la Ley 923 de 2003 y el decreto que lo reglamentó, esto es, el Decreto 4433 de 2004, que tuvo en cuenta a la compañera sobreviviente para acceder en igualdad de condiciones a la referida prestación, sin embargo, ha de entenderse que está contemplada en la citada normatividad, por mandato del artículo 13⁹ y 42¹⁰ de la

⁹ "(...) Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

(...)" (Lo subrayado es de la Sala).

¹⁰ "(...) **ARTICULO 42.** La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

Constitución Política.

3.3.2. Pensión de sobrevivientes y Sustitución de la pensión de vejez en la Ley 100 de 1993

A través de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el sistema de seguridad social integral, en lo que tiene que ver con el régimen de pensiones, su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

El Consejo de Estado¹¹ ha señalado que, la normativa aplicable a la pensión de sobreviviente o la sustitución pensional es la vigente al momento del deceso, en virtud del principio de irretroactividad de la ley. Si este ocurre en vigor de la Ley 100 de 1993, ha de recordarse que su aplicación, según su artículo 279, no se extiende a “los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Pública, ni aquellos que se encuentran afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

La Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995¹², declaró exequible esta exclusión “siempre que su aplicación no vulnere el principio de igualdad”, por lo que al momento de resolver cada caso, el juez debe analizar no solamente la norma especial, sino también el régimen general y en el evento en que este sea más favorable debe proceder a su aplicación.

El literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, señalaba que el cónyuge o compañero permanente tendrá derecho a la sustitución pensional, así:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante ~~por lo menos desde el~~

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.(...)”.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de abril de 2013, expediente 1605-09, magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

¹² M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

~~momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido...~~

Dicho artículo fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; así:

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible¹³> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (...)

¹³ Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño ‘en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido’.

De los aludidos grupos de beneficiarios, la Corte Constitucional resumió los requisitos que deben acreditar para el reconocimiento prestacional, en sentencia C- 336 de 2014, así:

<i>Beneficiario</i>	<i>Causante</i>	<i>Modalidad</i>	<i>Condiciones</i>
<i>Cónyuge o Compañero permanente mayor de 30 años de edad.</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Vitalicia</i>	<i>Edad cumplida al momento del fallecimiento y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Temporal -20 años-</i>	<i>No haber procreado hijos con el causante.</i>
<i>Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Vitalicia</i>	<i>Haber procreado hijos con el causante y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Compañero permanente</i>	<i>Pensionado</i>	<i>Cuota parte</i>	<i>Sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir</i>
<i>Cónyuge y Compañero permanente</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Partes iguales</i>	<i>Convivencia simultánea durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Cónyuge con separación de hecho y Compañero permanente</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Partes</i>	<i>Inexistencia de convivencia simultánea, acreditación por parte del cónyuge de la separación de hecho, compañero permanente con convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>

En línea con los requisitos que establece la normativa en cita, en lo que respecta a la denominada “vida marital” o “convivencia” el Consejo de Estado en sentencia del 26 de julio de 2012¹⁴ precisó:

“El criterio material de convivencia efectiva, cuya expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es entonces una herramienta legal de protección a la familia bajo el marco constitucional inicialmente esbozado y constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación, que busca además favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, como también el amparo del patrimonio del pensionado, en cuanto a posibles maniobras fraudulentas de personas que a partir de la constitución de convivencias de última hora, pretendan obtener el beneficio económico derivado de la transmisión pensional, razón por la cual debe existir en cada caso la

¹⁴ Sección Segunda. Subsección A. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06559-01(2071-11).

comprobación fehaciente de los requisitos consagrados en la Ley para tal efecto”.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁵ ha dicho que la convivencia con el causante no inferior a un lustro, puede darse en cualquier tiempo, pero tratándose de la cónyuge, sin importar que existe compañero o compañera permanente que le dispute el derecho, a condición de que el lazo matrimonial estuviera incólume. Sin embargo, la recomposición de la Sala dio lugar a reexaminar la problemática jurídica, con el fin de fijar una nueva postura en punto a la interpretación del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, de manera que se ajustara a los fines del sistema integral de seguridad social y en particular, de la pensión de sobrevivientes.

En efecto, a partir de la sentencia CSJ SL1730-2020, para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge o compañero o compañera permanente superviviente **del afiliado fallecido**, no se requiere ningún tiempo mínimo de convivencia, sino que es suficiente acreditar la condición invocada para cumplir el presupuesto del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, **de suerte que la cohabitación de 5 años, solo es exigible en caso de muerte del pensionado**. Así lo explicó, dicho proveído:

“En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente superviviente del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Así las cosas, siguiendo las directrices fijadas en precedencia por la Corte Suprema de Justicia, tratándose de afiliados fallecidos, no se requiere la acreditación de un tiempo mínimo de convivencia, empero sí la demostración de la calidad de compañera permanente y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento del deceso; mientras que, en tratándose de pensionados fallecidos, debe necesariamente acreditarse la convivencia de cinco años.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia SU-149 de 21 de mayo de 2021¹⁶ al referirse a la sentencia CSJ SL1730-2020 del 3 de junio de 2020 de la Corte Suprema de Justicia previamente analizada, señaló que: *“La distinción introducida por la Corte Suprema*

¹⁵ A manera de ejemplo, se tiene entre muchas otras, la sentencia CSJ SL, 24 en 2012, rad. 41637, reivindicada en la CSJ SL16419-2017.

¹⁶ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

de Justicia, al disponer que la exigencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente de acreditar el mínimo de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante solo era aplicable cuando estos fueran pensionados, mas no en el caso de los afiliados, no armoniza con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia. Así mismo, esa diferenciación carece de una justificación objetiva que atienda al principio de igualdad, por lo que resulta arbitraria". Que además de la violación directa de la Constitución también se presentó por desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

3.4. Caso concreto

3.4.1. Sustitución pensional frente a Esnelia Suaza de Lesmes (demandante)

Sostiene la parte actora que, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro que devengó el señor Jorge Arturo Lesmes Cano, en calidad de cónyuge supérstite.

Dicha prestación fue negada por Casur aduciendo que, no reúne los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, concretamente por cuanto no acreditó estar haciendo vida marital durante los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante.

3.4.1.1. Fundamento normativo específico

Al respecto, la Sala para efectos de resolver el punto objeto de controversia, precisa que, el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 31 de diciembre 2004¹⁷ señala:

"Parágrafo 2°. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte;

(...)

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y b del presente parágrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

¹⁷ "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública."

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente". (Se resalta)

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 señala:

*"(b) <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible¹⁸> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...". (Se resalta)*

En cuanto a la **forma de verificarse el tiempo de la convivencia entre el cónyuge supérstite y el causante en el supuesto de convivencia no simultánea**, la Corte Constitucional explicó que "(...) si bien es el compañero permanente quién debe acreditar de forma clara e inequívoca la vocación de estabilidad y permanencia con el causante durante los cinco años previos a su muerte, para caso del cónyuge supérstite con separación de hecho el quinquenio de la convivencia naturalmente deberá verificarse con antelación al inicio de la última unión marital de hecho" (Subrayado fuera del texto original). En todo caso, tal convivencia deberá ser efectiva, esto es, "*clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia*", de manera que están proscritas con el fin de acceder a la pensión de sobrevivientes, aquellas "*relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante*"¹⁹.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado, creó una regla general al momento de establecer los requisitos para los cónyuges o compañeros permanentes (literal a) e incisos 1, 2 y parte inicial del 3 del literal b)), que

¹⁸ Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño '*en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido*'.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1035 de 2008, reiterada por la sentencia C-336 de 2014.

da prelación a la convivencia con el causante por más de 5 años antes de su fallecimiento, por encima de cualquier vínculo formal.

Sin embargo, el legislador, decidió a su vez crear una excepción a dicha regla -parte final del inciso 3 del literal b-, determinando que, el derecho a la pensión de sobrevivientes se conservaría en una cuota parte a los cónyuges que en algún momento hubiesen convivido por más de 5 años, pero que esté separados de hecho (sin convivencia al momento de la muerte del causante), pero que hubiesen decidido mantener los efectos patrimoniales del matrimonio, esto es, la sociedad conyugal vigente.

Por lo cual, en esta excepción, el legislador optó por desplazar el criterio de convivencia, por el de vigencia o no de la sociedad conyugal, como se resumió por la Corte Constitucional en sentencia C-515 de 2019:

<i>Pensión de sobrevivientes -convivencia no simultánea-</i>			
<i>Beneficiario</i>	<i>Causante</i>	<i>Modalidad de la pensión</i>	<i>Condiciones</i>
<i>Cónyuge supérstite</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Vitalicia -Cuota parte en proporción a la convivencia-</i>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Convivencia de cinco años con el causante con antelación al inicio de la última unión marital de hecho de más de 5 años.</i> • <i>Separación de hecho.</i> • <i>Sociedad conyugal vigente.</i>
<i>Compañero o compañera permanente</i>	<i>Afiliado o pensionado</i>	<i>Vitalicia -Cuota parte en proporción a la convivencia-</i>	<i>Convivencia con el causante de por lo menos 5 años anteriores al fallecimiento del causante.</i>

La Corte Constitucional en dicha sentencia concluyó que, no viola la igualdad la expresión “con sociedad conyugal vigente”, contenida en el último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al exigir para el reconocimiento de la cuota parte de la pensión de sobrevivientes que el cónyuge supérstite separado de hecho mantenga en vigor la sociedad conyugal a la fecha del fallecimiento del causante, lo cual excluye al cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta. Al respecto señaló:

“72. En primer lugar, señala la Corte que estos dos grupos de sujetos están en un diferente plano jurídico y fáctico. Por un lado, el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente mantiene en su totalidad los efectos de orden patrimonial. Si bien existe una ruptura de la cohabitación o convivencia y apoyo mutuo -a pesar de haber existido por lo menos 5 años-, los cónyuges no han expresado su deseo de dar por terminada su sociedad conyugal, al punto que preservan el vínculo económico y los derechos que de este se derivan. Por otro lado, en el caso del cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta, por decisión libre de los cónyuges se extinguen los efectos patrimoniales del vínculo

*matrimonial, aunado a la separación de hecho, por lo que, no existen en este caso vínculos afectivos o económicos que permitan inferir su calidad de beneficiario*²⁰.

73. *En segundo lugar, los grupos cuya comparación se propone no pueden ser considerados equiparables en el supuesto previsto en la disposición acusada –convivencia no simultánea– en razón a que el requisito de la vigencia de la sociedad conyugal tiene la finalidad de concretar el objeto de la pensión de sobrevivientes, esto es, proteger el núcleo familiar del causante que resulta afectado por su deceso (ver supra, numerales 54 y 55). La configuración normativa de esta prestación económica tiene como base el requisito de convivencia efectiva con el causante²¹. Sin embargo, en los supuestos de convivencia no simultánea entre el cónyuge y la compañera o compañero permanente, la ausencia de una convivencia efectiva dentro de los 5 años anteriores a la muerte del causante, justifica que el legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración en materia pensional (ver supra, numerales 54 y 55), establezca la vigencia de la sociedad conyugal como una condición necesaria para reconocer este derecho pensional al cónyuge supérstite, que separado de hecho, mantuvo el vínculo patrimonial con el causante, guiada por los principios que definen la pensión de sobrevivientes²². Por lo anterior, es dado concluir que le asisten razones al legislador para distinguir en situaciones donde no es posible que el cónyuge acredite la convivencia hasta la muerte del causante –convivencia no simultánea–, que el cónyuge supérstite acredite la vigencia del vínculo patrimonial –sociedad conyugal–, que de manera voluntaria decidieron mantener con el causante, pese a la separación de hecho.*

²⁰ Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 5 de abril de 2005, rad. 22560, señaló que debía entenderse por cónyuges “a quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida esta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias como podrían ser exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia”. En opinión del Ministerio de Hacienda, “un elemento económico y un elemento de vocación de convivencia, son los elementos esenciales de la definición de cónyuge. Resulta discutible la condición de beneficiario de la norma demandada, para el caso del esposo o esposa que voluntariamente consintió la disolución de la sociedad conyugal, dividió bienes y no sostuvo una unión marital hasta la muerte del causante”.

²¹ Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la convivencia es aquella “comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva –durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o pensionado.” (Subrayado fuera del texto original). Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 2 de marzo de 1999 y 14 de junio de 2011. Radicado 31605.

²² En la sentencia C-1035 de 2008, la Corte explicó que los principios que definen la pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, según corresponda, son: “(i) Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, cuyo objeto es que a través de la sustitución pensional se mantengan, al menos en el mismo grado de seguridad social y económica, a los beneficiarios afectados con la muerte del pensionado, que de no ser así conduciría a una desprotección y a una posible miseria, de allí la necesidad de establecer los grados de prelación para efectos de determinar las personas más cercanas al causante y que más dependían del mismo. (ii) Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados, el cual busca impedir que con ocasión de la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea en la obligación de soportar las cargas materiales y espirituales que conlleva el deceso. (iii) Principio material para la definición del beneficiario, que consiste en determinar, bajo el criterio material acogido por el legislador, quien es el beneficiario de la sustitución pensional, el cual se obtiene de verificar quien tuvo mayor convivencia efectiva al momento de la muerte del pensionado”.

74. En tercer lugar, la condición acusada de inconstitucional contenida en la norma bajo estudio es determinante para verificar la calidad de beneficiario respecto del causante, no solo desde la perspectiva del régimen pensional sino también en consideración a los efectos que produce la disolución de la sociedad conyugal. En este punto, el artículo 1781 del Código Civil establece que mientras que la comunidad de bienes subsista, y a falta de capitulaciones, el haber social se entiende conformado por los bienes establecidos en el mencionado artículo. La sociedad conyugal se integra por dos tipos de haberes: el haber absoluto y el haber relatico. Los bienes del haber absoluto incluyen las “pensiones”²³ (numeral 2° del artículo 1781), así como todos los salarios, honorarios, prestaciones sociales, utilidades, remuneraciones, indemnizaciones y, en general, todos aquellos otros dineros derivados del trabajo o de las actividades productivas (numeral 1° del mencionado artículo)²⁴. Luego, cuando la sociedad conyugal se disuelve, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial, razón por la que se extingue el derecho para sustituir al causante respecto de su pensión o cesa la expectativa de recibir una eventual prestación pensional, según corresponda²⁵. Por ello, no es posible que, en materia de acceso a la pensión de sobrevivientes, el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta esté en el mismo plano jurídico y fáctico que el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente”.

3.4.1.2. Análisis caso concreto de la demandante Esnelia Suaza Gómez - cónyuge

Del material probatorio que obra en el expediente se tiene que, según Registro Civil aportado, Jorge Arturo Lesmes Cano y Esnelia Suaza Gómez contrajeron matrimonio el 21 de abril de 1979. Sumado a ello se encuentra demostrado que la sociedad conyugal permaneció vigente, pues no existe anotación de disolución en el respectivo registro.

²³ La Corte Constitucional, en la sentencia C-081 de 1999, manifestó que no pueden confundirse los derechos herenciales con el reconocimiento de prestaciones sociales ocasionadas por la muerte de uno de los miembros de la pareja, ya que se trata de instituciones jurídicas diferentes. Así, en este caso, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge supérstite que cumpla con los requisitos señalados en el numeral 0 anterior. Adicionalmente, si bien podría considerarse que la pensión como seguridad social no se encuentra regulada en el artículo 1781 del Código Civil, no es extraño tampoco que dicho Código permitiera la celebración de contratos de renta vitalicia. En este sentido, el artículo 2287 del mismo Código señala que “La constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas de un tercero”.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-278 de 2014.

²⁵ En esa misma dirección, en cuanto a los efectos de la disolución de la sociedad conyugal, el Consejo de Estado ha señalado que la separación de hecho y la liquidación su sociedad conyugal, “son causales suficientes para perder aquel derecho que le otorga la Ley 100 de 1993 en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se refiere”. Esto, por cuanto, “los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial que alguna vez conformaron”. En todo caso, aclaró que “[n]o obstante, el cónyuge supérstite si puede tener derecho al reconocimiento de la mencionada prestación, si demuestra el apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común durante los últimos 5 años a la muerte del pensionado o afiliado, o en su defecto, que pruebe que la sociedad conyugal que conformó producto del matrimonio, no ha perdido los efectos patrimoniales.” Ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 15 de septiembre de 2016, radicación 04442-01 (1076-2015).

Además se encuentra acreditada que entre Jorge Arturo Lesmes Cano y Esnelia Suaza Gómez hubo una separación de cuerpos desde 2004 hasta el 29 de octubre de 2016 (fecha de fallecimiento del causante) de conformidad con las declaraciones recibidas en el desarrollo del proceso, así:

- La demandante en su declaración indicó que, adquirió en compañía con el señor Lesmes una inmueble ubicado en la carrera 20B No. 3B-21 del barrio los Alcázares de Manizales, en razón a ello, pesaba sobre dicha casa un gravamen hipotecario, por lo cual la señora Suaza debió trasladarse a España en 2004, con el objetivo de laborar y poder generar ingresos para sufragar dicha deuda.

Cabe advertir que obra prueba de múltiples transferencias bancarias desde 2005 hasta el 2012, donde figura como remitente la señora Suaza y como beneficiario el señor Jorge Arturo Lesmes Cano, documental que da crédito a lo afirmado por la declarante, respecto al motivo -cuando menos inicial-, del viaje a España.

- La señora Martha Lucía Lesmes Cano, hermana del causante, con su declaración confirmó tanto el vínculo matrimonial, como la época en la que la señora Suaza se desplazó fuera del país; así mismo, dio cuenta que la relación se mantuvo a través de comunicaciones telefónicas.

- El señor Alberto Marín Arias, confirmó la existencia de la relación que existió entre el señor Lesmes y la señora Suaza, quien además señaló que la señora Esnelia viajó a España por problemas económicos.

- La señora Solangel Villegas, coincidió con las demás declaraciones, en cuanto a la existencia del vínculo matrimonial que tuvieron Jorge Arturo y Esnelia, ello, toda vez que asistió a la ceremonia en 1979; además que la señora Suaza debió desplazarse por problemas económicos a España, refiriendo además que esta enviaba dinero al señor Lesmes, indicando que ello le constaba porque en algunas ocasiones la misma Esnelia la llamaba y le contaba.

Así las cosas, encuentra la Sala plenamente acreditado: i) El vínculo matrimonial civil que existió entre Jorge Arturo Lesmes Cano y Esnelia Suaza Gómez desde el 21 de abril de 1979 hasta 2004; y ii) Que a pesar que hubo separación de cuerpos desde 2004 hasta el 29 de octubre de 2016 -fecha de fallecimiento del causante-, la sociedad conyugal permaneció vigente.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la señora Esnelia Suaza Gómez, acreditó los requisitos para acceder a la sustitución de la asignación de retiro que en vida devengó su cónyuge el señor Jorge Arturo Lesmes Cano.

3.4.2. Sustitución pensional frente a Ana Rubilma Marín Malavera (vinculada)

La señora Ana Rubilma Marín Malavera, se opuso a las pretensiones de la demandante

Esnelia Suaza Gómez, por considerar que goza con igual o mayor derecho a percibir la sustitución pensional del causante.

Para dar base a lo anterior, adujo que inició relación afectiva de manera furtiva con el señor Jorge Arturo Lesmes Cano desde 1998, que para 2005 el señor Lesmes empezó a vivir con la señora Marín Malavera en el mismo domicilio junto con las hijas de ésta última hasta el 29 de octubre de 2016, fecha en la que falleció el señor Jorge Arturo; que durante ese tiempo, compartieron techo, lecho y mesa, manteniendo una relación de compañeros permanentes, de amor y ayuda mutua.

Respecto de la convivencia entre Ana Rubilma Marín Malavera y el causante Jorge Arturo Lesmes Cano, obran las siguientes pruebas:

.- Luz Adriana Estrada Galvis, quien declaró constarle la relación objeto de análisis, toda vez que es amiga de las hijas de la señora Marín desde hace 15 años; que inicialmente la pareja convivía en el barrio *Las Delicias*, situación que le consta porque asistía a esa casa alrededor de dos a tres veces por semana porque eran vecinos.

.- Coincide con lo anterior, la declaración rendida por Edwin Hernán Valencia Rodríguez, quien adujo que producto de su relación de amistad con Arianis Andrea Garzón -hija de señora Marín- desde hace 20 años, pudo evidenciar que el señor Lesmes era la pareja de la señora Marín, que además vivía con ella en la misma casa.

.- Por su parte las declaraciones de Mauricio López Jiménez, Arianis Andrea Garzón Marín y Ivonne Erieth Garzón Marín, son contestes en señalar la relación marital que sostuvo la señora Marín con el señor Lesmes, ellos debido al vínculo de familiaridad que tiene con la señora Marín, declaraciones a las cuales se les otorga credibilidad, toda vez que, señalan haber conocido que el señor Lesmes tenía esposa, no obstante son consistentes en señalar que estaban separados, situación que encuentran además coincidencia con la prueba testimonial practicada a instancia de la parte demandante, en tanto aducen que la señora Esnelia Suaza (cónyuge) se fue a vivir a España en 2004, momento a partir del cual el señor Lesmes comenzó a habitar en la misma vivienda con la señora Ana Rubilma.

Si bien es cierto, los testigos Alberto Marín Arias y Solangel Villegas, señalan constarle que el señor Jorge Arturo dormía en la casa de su propiedad ubicada en el barrio Alcázares, no pudieron suministrar mayores detalles al respecto, pues sus afirmaciones estaban basadas en lo que les contaba la señora Martha Lucía Lesmes o porque lo veían salir de ese inmueble.

Por su parte la declaración rendida por la señora Martha Lucía Lesmes, hermana del causante y quien afirmó haber vivido con él en el inmueble ubicado en el barrio Alcázares, no expresó mayores detalles de cómo era esa convivencia, tampoco indicó los extremos temporales durante los cuales se dio esa convivencia, lo cual al contrastarse con las otras declaraciones, hace colegir que si bien, la señora Martha Lucía Lesmes, sí

vivió en la casa de propiedad del señor Jorge Arturo en el barrio Alcázares, éste último, desde el momento en que su cónyuge, la señora Esnelia se fue para España, cambió su lugar de residencia para convivir junto con la señora Ana Rubilma Marín.

Adicionalmente, son creíbles y consistentes las declaraciones rendidas por los testigos aportados por la parte vinculada, en tanto señalaban sin dubitación alguna que el lugar de residencia del señor Lesmes era al lado de la señora Marín, quienes compartían como una pareja de esposos, que además contribuía con los gastos del hogar, tales como arrendamiento, pago de factura de servicios públicos y alimentación, relación que, conforme con las declaraciones anteriores, perduró hasta el fallecimiento del señor Jorge Arturo Lesmes.

Al respecto cabe indicar que, la Ley 54 de 1990 se ocupa de definir las uniones maritales de hecho y establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes; en el artículo primero se define, en los siguientes términos, la unión marital de hecho: *"la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular"*. Mientras que el Decreto 4433 de 2004²⁶ y el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contemplan entre otros, los casos de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente.

Además, en cuanto a la diferencia entre convivencia y la unión marital de hecho, el Consejo de Estado, en sentencia del 15 de abril de 2021²⁷ precisó:

*Bajo este entendido, resulta pertinente aclarar que, quien ostente la condición de cónyuge o compañera supérstite, para poder hacerse beneficiaria de la sustitución pensional, debe fundamentar esta calidad bajo una **convivencia** real y efectiva al momento de la muerte del causante; **la cual no puede confundirse con la existencia de una unión marital de hecho**, pues esta primera exige la demostración de una vida común que se mantuvo para el momento del fallecimiento ocurrido, mientras que la segunda si bien supone un vínculo sentimental y la conformación de una comunidad de vida en pareja, mal se haría al inferir que esta institución garantiza prima facie una convivencia efectiva con la presunta pareja, pues para ello es necesario acreditar la existencia del componente afectivo y de convivencia que tenía con el pensionado al momento de su muerte y durante el término que la ley lo prevé". (Se resalta)*

De las pruebas aportadas encuentra la Sala probada, la relación sentimental y la respectiva convivencia real y efectiva, entre el señor Jorge Arturo Lesmes Cano y Ana Rubilma Marín Malavera, que inició en 2004 y finalizó 29 de octubre de 2016, fecha de fallecimiento del señor Lesmes, por lo que encuentra acreditado el requisito de la convivencia con el causante por un periodo no inferior a cinco años continuos

²⁶ "(...) Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública."

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: William Hernández Gómez. Sentencia de 15 de abril de 2021. Rad.: 17001-23-33-000-2014-00402-01(3293-18)

inmediatamente anteriores al fallecimiento.

3.5. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto se concluye que:

La demandante Esnelia Suaza Gómez demostró que, reunía los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro que en vida devengó el señor Jorge Arturo Lesmes Cano, en tanto se acreditó: i) El vínculo matrimonial civil que existió entre Jorge Arturo Lesmes Cano y Esnelia Suaza Gómez desde el 21 de abril de 1979 hasta 2004; ii) Que a pesar que hubo separación de cuerpos desde 2004 hasta el 29 de octubre de 2016 -fecha de fallecimiento del causante-, la sociedad conyugal permaneció vigente, toda vez que la pareja nunca tuvo la intención de disolverla.

La vinculada Ana Rubilma Marín Malavera demostró que, reunía los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro que en vida devengó el señor Jorge Arturo Lesmes Cano, en tanto se acreditó que: i) sostuvo una relación de convivencia real y efectiva con el señor Jorge Arturo Lesmes, haciendo una vida en común, y ii) que dicha relación se mantuvo desde 2004 hasta el 29 de octubre de 2016, fecha del fallecimiento del señor Lesmes, es decir que convivieron por más de cinco años anteriores al deceso del causante.

Por consiguiente, se declarará no probada la excepción denominada *Falta de Fundamentos Jurídicos en las pretensiones* propuesta por Casur.

4. Segundo problema jurídico *¿Cuál debe ser el porcentaje que le corresponde a la cónyuge superviviente y a la compañera superviviente de la asignación de retiro?*

4.1. Tesis del Tribunal

En aplicación de las reglas de proporcionalidad señaladas por la jurisprudencia, a la señora Esnelia Suaza Gómez le corresponde el 70% de la asignación que en vida devengó el señor Lesmes Cano y a la señora Ana Rubilma Marín Malavera le corresponde el 30% restante.

4.2. Marco normativo

En cuanto al monto de la sustitución pensional, el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, señala: *“El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba. (...)”*

Por su parte, el Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, precisó:

ARTICULO 8o. Distribución entre beneficiarios de la sustitución pensional. La sustitución pensional se distribuirá entre los beneficiarios así:

1o. El 50% para el cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente del causante y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

2o. A falta de hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión, al cónyuge sobreviviente o al compañero o compañera permanente del causante. (...)

PARAGRAFO. Cuando falte alguno de los beneficiarios del respectivo orden por extinción o pérdida del derecho, la parte de su pensión acrecerá a la de los demás, en forma proporcional.(...)

Respecto al reconocimiento de la sustitución de la mesada de retiro de una persona vinculada a la fuerza pública, en los casos en que dicha sustitución es reclamada por la/el cónyuge y por la/el compañera(o) permanente, la Corte Constitucional ha señalado las siguientes reglas:

“De otro lado, cuando haya separación de hecho, se establezca una nueva relación por más de cinco años y que se mantenga vigente hasta la fecha del deceso, la asignación de la cual disfrutaba el fallecido, será compartida entre el/la cónyuge separado(a) de hecho y el/la compañero(a) permanente que tenga esa condición para el momento de la muerte, en proporción al tiempo de convivencia (Decreto 4433 de 2004, artículo 11, parágrafo 2, literal b), inciso 3º, segunda parte).”²⁸

Tal posición ha sido sostenida por el Consejo de Estado, en tanto ha señalado:

“Finalmente, anota la Sala que los porcentajes que se han debido disponer para la cónyuge y la compañera permanente respecto al derecho a la sustitución de la asignación de retiro, debieron ser distribuidos en forma proporcional al tiempo de convivencia de cada una de ellas con el causante.”²⁹

4.3. Caso concreto

Se tiene que, mediante Resolución 2498 del 4 de mayo de 2017 Casur negó la sustitución de la asignación de retiro solicitada por la cónyuge supérstite Esnelia Suaza Gómez por no reunir los requisitos de Ley y adicionalmente resolvió dejar pendiente el reconocimiento y pago de la mencionada asignación, que pueda corresponder a la señora Ana Rubilma Marín Malavera.

De acuerdo con lo anterior se tiene que, la señora Esnelia Suaza Gómez estuvo casada con el señor Jorge Arturo Lesmes Cano desde el 21 de abril de 1979 hasta la fecha de fallecimiento del causante, empero, de acuerdo a lo demostrado en el proceso, hubo

²⁸ T-616-17

²⁹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección A. Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández; 15 de abril de 2021. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06518-01(2031-19)

separación de cuerpos desde el 2004, es decir que convivieron por espacio de **25 años**. Por su parte, la señora Ana Rubilma Marín Malavera, de acuerdo a lo demostrado convivió con el señor Lesmes Cano desde 2004 hasta el 29 de octubre de 2016, fecha en la que falleció el causante, es decir **12 años** de convivencia.

4.4. Conclusión

Así las cosas, en aplicación de las reglas de proporcionalidad señaladas por la jurisprudencia, considera la Sala que a la señora Esnelia Suaza Gómez le corresponde el 67.6% de la asignación que en vida devengó el señor Lesmes Cano y a la señora Ana Rubilma Marín Malavera le corresponde el 32.4% restante.

5. Tercer problema jurídico *¿Se ha presentado el fenómeno jurídico de prescripción respecto de las mesadas pensionales?*

5.1. Tesis del Tribunal

No se ha presentado el fenómeno jurídico de prescripción respecto de las mesadas pensionales, por cuanto, el causante falleció el 29 de octubre de 2016 y la demanda fue presentada el 15 de octubre de 2019, es decir no transcurrieron más de tres años desde el momento en que se hacía exigible el derecho pensional y la presentación de la demanda.

5.2. Marco normativo

El artículo 43 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, señala:

“ARTÍCULO 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.”

5.3. Caso concreto

Se tiene que, la prestación pensional se ordenará sustituir a partir del 30 de octubre de 2016, día siguiente a la fecha de fallecimiento del causante Jorge Arturo Lesmes Cano.

Teniendo en cuenta que la señora Esnelia Suaza Lesmes, el 17 de noviembre de 2016 solicitó a Casur el reconocimiento de la sustitución de pensión con ocasión al fallecimiento de su esposo Jorge Arturo Lesmes Cano y que interpuso la demanda el 15 de octubre de 2019, es claro que no transcurrieron más de tres años desde el momento en que se hizo exigible el derecho y la fecha en que fue presentada la demanda.

6. Indexación de mesadas

Atendiendo a lo dispuesto por inciso final del artículo 187 del CPACA, se dispondrá que las sumas que resulten a favor de la demandante y la vinculada por concepto de mesadas pensionales reconocidas a partir del 30 de octubre de 2016 se ajusten en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula: $R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$. En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que será la correspondiente partida por concepto de mesada pensional, multiplicada por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el Dane (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes.

7. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, el cual dispuso lo siguiente: “*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*” y el artículo 365 del CGP no se condenará en costas al haber prosperado las pretensiones de la demandante, solo de manera parcial.

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

Resuelve:

Primero: Declarar no probada la excepción *Falta de Fundamentos Jurídicos en las pretensiones* propuesta por Casur.

Segundo: Declarar la nulidad de la Resolución No. 2498 del 4 de mayo de 2017, Resolución No. 4319 del 26 de julio de 2017, oficio No. E-00003201807695 – id320437 del 26 de abril de 2018 y el oficio No. 201922000170531 ID 455941 del 8 de julio de 2019 por medio de las cuales se negó en favor de la señora Esnelia Suaza Gómez el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro otrora devengada por el señor Jorge Arturo Lesmes Cano.

Tercero: Condenar en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, a la Caja

de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a que reconozca y pague a favor de Esnelia Suaza Gómez la sustitución de la asignación de retiro en un 67.6% y a favor de la señora Ana Rubilma Marín Malavera en un 32.4% de lo que devengó en vida el señor Jorge Arturo Lesmes Cano, a partir del 30 de octubre de 2016.

Las sumas deberán ser indexadas con base en la fórmula inserta en el cuerpo de esta providencia.

Cuarto: No se condena en costas.

Quinto: La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición mencionada.

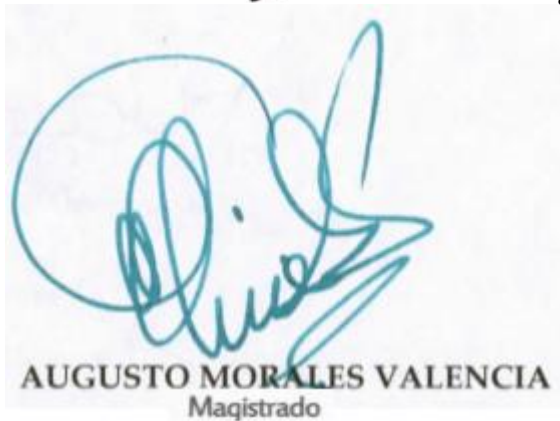
Sexto: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere y **archivar** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 60 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
(Ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

Manizales, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 265

RADICADO: 17-001-23-33-000-2021-00271-00
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: VILMA SARMIENTO
DEMANDADOS: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG

I. ASUNTO.

Procede la Sala Unitaria a decidir sobre la admisibilidad de la demanda de la referencia.

II. ANTECEDENTES.

La parte demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 2940-6 del 1 de octubre de 2020, a través de la cual el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio negó la indexación de la primera mesada pensional reconocida a la señora Vilma Sarmiento.

III. CONSIDERACIONES.

En el presente asunto, persigue la demandante el pago de \$37.826.972 por concepto de las mesadas pensionales y mesadas adicionales causadas desde el momento en que adquirió el estatus pensional.

1. Competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia:

El artículo 152 del CPACA establece la *“COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos”* y en su numeral 2º dispone que se conocerán *“2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.. (...).”*.

Así mismo, el numeral segundo del artículo 155 ibídem, establece que será competencia de los jueces administrativos en primera instancia los asuntos de *“2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*.

2. Estimación razonada de la cuantía:

En relación con la estimación razonada de la cuantía, se ha considerado que su señalamiento tiene por objeto determinar la competencia del juez y el procedimiento a seguir, aspectos que han de quedar definidos desde el comienzo de la controversia.

En este sentido, como se expuso anteriormente, el sub examine, en razón de la cuantía, se rige por la Ley 1437 que en su artículo 157 dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 157. COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA. <Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 2080 de 2021. Consultar régimen de vigencia y transición normativa en el artículo 86. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos de la competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ella pueda considerarse la estimación de los perjuicios inmateriales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen.

La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, que tomará en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, causados hasta la presentación de aquella.

Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor

(...)”.

Por su parte, el artículo 162 numeral 6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevé:

“Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

(...).

1. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia

(...)”.

De allí que, con la finalidad de establecer la cuantía del proceso y, por ende, decidir sobre la admisibilidad de la demanda, el juez debe tener en cuenta las pretensiones contenidas en dicho auto introductorio —junto con sus correcciones—, así como la estimación razonada de su cuantía.

De conformidad con lo anterior, en aplicación del aludido artículo 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la cuantía se fija por el monto de la pretensión mayor al momento de presentación de la demanda, cuando allí se acumulen varias pretensiones.

3. Caso Concreto:

Acude el extremo demandante al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución No. 2940-6 del 1 de octubre de 2020, a través de la cual el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio negó la indexación de la primera mesada pensional reconocida a la señora Vilma Sarmiento, pretensiones que estimó en \$37.826.972.

Por consiguiente, para el momento que se presentó la demanda, esto es el año 2021, corresponde conocer al Tribunal los procesos nulidad y restablecimiento del derecho

cuya cuantía exceda \$45.426.300¹; valor que no es superado por los \$37.8263972 que estimó la demandante como su pretensión.

En ese orden de ideas la Sala considera que este Despacho carece de competencia para conocer de la presente demanda en razón a la cuantía de las pretensiones, frente a esta el artículo 168 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece:

“ARTÍCULO 168. FALTA DE JURISDICCIÓN O DE COMPETENCIA. En caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el Juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión.”

Por lo tanto, se ordenará la remisión del expediente a la Oficina Judicial para que proceda a su reparto entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales, de conformidad con lo prescrito en el numeral 2º del artículo 155 del CPACA en concordancia con lo prescrito en el referido artículo 168 ibídem.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. Resuelve

Primero: Declarar la falta de competencia, por razón de la cuantía de las pretensiones, para avocar el conocimiento de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presenta Vilma Sarmiento contra el Ministerio de Educación - Fomag.

Segundo: Enviar el expediente a la Oficina Judicial para que proceda a su reparto entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales como asunto de su competencia.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

¹ \$908.526 (salario mínimo para el 2021, según Decreto 1785 de 2020) x 500

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN	17-001-23-33-000-2021-00173-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARÍA AMPARO ARIAS ESCOBAR
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS.

Ejecutoriado el auto que resolvió las excepciones previas, ingresa nuevamente este expediente a efectos de determinar si hay lugar a fijar fecha y hora para la audiencia inicial, o adelantar el trámite correspondiente a la sentencia anticipada conforme el artículo 182A del CPACA adicionado por la Ley 2080 de 2021.

ANTECEDENTES

La señora María Amparo Arias Escobar presentó demanda con la finalidad de que se declare la nulidad de la Resolución nro. 2360-6 del 03 de agosto de 2020, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales aplicando el régimen de retroactividad.

Como pruebas solicitó se oficie a la Secretaría de Educación municipal – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que alleguen el acto de nombramiento de la actora.

Al momento de contestar la demanda NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL solicita como pruebas:

- Se oficie a la Entidad Territorial **DEPARTAMENTO DE RISARALDA** para que, allegue respecto de la demandante, copia autentica, integra y legible de su

expediente administrativo, siempre y cuando el mismo no sea acercado oportunamente.

- Solicitó se oficie a la Fiduprevisora S.A. en calidad de administradora del FOMAG para que a llegue al despacho, certificación de afiliación de la docente, en la cual conste la fecha de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De igual forma el Departamento de Caldas solicita como prueba documental se oficie a la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas para que certifique con destino a este proceso la calidad de docente bajo la cual fue nombrada la señora MARÍA AMPARO ARIAS ESCOBAR identificada con cc. 24.367.550, en dicha certificación debe constar si fue vinculada al magisterio como docente nacional, nacionalizada o territorial.

CONSIDERACIONES

Respecto de la sentencia anticipada el artículo 182A del CPACA adicionado por la Ley 2080 de 2021, establece:

ARTÍCULO 182A. SENTENCIA ANTICIPADA. <Artículo adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:
 - a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;
 - b) Cuando no haya que practicar pruebas;
 - c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento;
 - d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo [173](#) del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia.

Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el inciso final del artículo [181](#) de este código y la sentencia se expedirá por escrito.

No obstante estar cumplidos los presupuestos para proferir sentencia anticipada con base en este numeral, si el juez o magistrado ponente considera necesario realizar la audiencia inicial podrá hacerlo, para lo cual se aplicará lo dispuesto en los artículos [179](#) y [180](#) de este código.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión.

Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En cualquier estado del proceso, cuando el juzgador encuentre probada la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la conciliación, la falta manifiesta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva.

4. En caso de allanamiento o transacción de conformidad con el artículo [176](#) de este código.

PARÁGRAFO. En la providencia que corra traslado para alegar, se indicará la razón por la cual dictará sentencia anticipada. Si se trata de la causal del numeral 3 de este artículo, precisará sobre cuál o cuáles de las excepciones se pronunciará.

Surtido el traslado mencionado se proferirá sentencia oral o escrita, según se considere. No obstante, escuchados los alegatos, se podrá reconsiderar la decisión de proferir sentencia anticipada. En este caso continuará el trámite del proceso.

En este orden de ideas procede el Despacho a pronunciarse sobre las pruebas solicitadas por las partes.

Consideraciones frente a las pruebas

Con respecto a las pruebas documentales allegadas por las partes, se consideran pertinentes y útiles, por lo que se decretarán.

Pruebas de la parte accionante

En el *sub lite*, la parte accionante solicita como prueba se oficie a la Secretaría de Educación municipal – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que alleguen el acto de nombramiento de la actora.

Al ser pertinente y conducente se decreta la prueba documental solicitada. En consecuencia, por la Secretaría de la Corporación ofíciase a la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas para que en un término de diez (10) días contados a partir del recibo del correspondiente oficio, se sirva allegar con destino a este proceso copia del acto de nombramiento de la señora María Amparo Arias Escobar identificada con cédula de ciudadanía nro. 24.367.550.

Pruebas parte demandada

La Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitó como pruebas documentales:

- Se oficie al departamento de Risaralda, para que allegue respecto de la demandante, copia autentica, integra y legible de su expediente administrativo, siempre y cuando el mismo no sea allegado oportunamente.
- Solicita, se oficié a Fiduprevisora S.A. en calidad de administradora del FOMAG para que a llegue al despacho, certificación de afiliación de la docente, en la cual conste la fecha de afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Respecto de estas pruebas considera el Despacho que la primera de ellas, esto es, que se oficie al departamento de Risaralda, la considera inútil, porque de acuerdo a las pruebas aportadas por la actora, ésta prestó sus servicios en el

departamento de Caldas, por lo que el departamento de Risaralda ninguna injerencia tiene le proceso de la referencia.

Con respecto de oficiar a la Fiduprevisora S.A., para que certifique desde que fecha la actora se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Despacho las denegará en aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del C.G del P. pues las partes deben allegar todas las pruebas que se encuentren en su poder.

El artículo 173 del C.G del P. señala:

ARTÍCULO 173. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. **El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.**

[...]" (Subrayas fuera del texto)

Así las cosas, cualquier certificación o prueba que provenga de la misma parte, deben ser aportadas al proceso, y el Juez se abstendrá de decretar pruebas que estén en el poder la misma parte, como es el caso que nos ocupa, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pide que se oficie a la FIDUPREVISORA S.A. para que certifique desde que fecha se encuentra afiliada la actora al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, prueba que debe reposar en los archivos de la parte, y por ello no es viable que el Juez la decrete.

El Departamento de Caldas: solicita como prueba documental se oficie a la secretaria de Educación del Departamento de Caldas, para que certifique con destino a este proceso la calidad de docente bajo la cual fue nombrada la señora María Amparo Arias Escobar identificada con cc. 24.367.550, en dicha

certificación debe constar si fue vinculada al magisterio como docente nacional, nacionalizada o territorial.

Esta prueba se denegará, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del C.G del P. pues las partes deben allegar todas las pruebas que se encuentren en su poder.

El artículo 173 del C.G del P. señala:

ARTÍCULO 173. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. **El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.**

[...]" (Subrayas fuera del texto)

Así las cosas, cualquier certificación o prueba que provenga de la misma parte, deben ser aportadas al proceso, y el Juez se abstendrá de decretar pruebas que estén en el poder la misma parte, como es el caso que nos ocupa.

Igualmente, la prueba sobre el tipo de vinculación de la actora, es un documento que reposa en la misma entidad, luego el Juez en atención a la anterior disposición debe abstenerse a decretarla.

Ahora bien, para allegar las pruebas decretadas al Proceso, se ordenará por la secretaría de este Tribunal que se solicite al Departamento de Caldas par que en el término de diez (10) días, contados a partir de la recepción del oficio correspondiente, allegue copia del acto de nombramiento de la señora María Amparo Arias Escobar identificada con cédula de ciudadanía nro. 24.367.550, y los demás antecedentes administrativos de los actos administrativos demandados.

Consideraciones Sobre la Fijación del Litigio

La parte actora sostiene que tiene derecho a que sus cesantías sean reconocidas bajo el régimen de retroactividad.

Por su parte las accionadas consideran que no le asiste derecho a la parte actora a que sus cesantías sean reconocidas bajo el régimen de retroactividad, por lo que el acto administrativo demandado fue expedido conforme a la normativa que regula el reconocimiento de las cesantías de la actora.

Conforme a la teoría del caso de las partes, considera el Despacho que la fijación del litigio se contrae a resolver los siguientes problemas jurídicos:

➤ ¿Le asiste derecho a la demandante a que se le reliquidan las cesantías aplicándole el régimen retroactivo?

Consideraciones sobre la posibilidad de sentencia anticipada

Al tenor del artículo 182A del CPACA, el despacho considera que en este caso es posible dictar sentencia anticipada, ya que la prueba documental decretada no es necesario practicarla, por lo que una vez se tenga respuesta se emitirá un auto corriendo traslado de la misma para que las partes ejerzan su derecho de defensa y contradicción. Y una vez realizada esta actuación, se correrá el traslado de alegatos correspondiente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: TENER COMO PRUEBA los documentos aportados por la parte demandante, mismos que serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECRETAR la prueba documental solicitada por la parte demandante, en consecuencia, por la secretaría de la Corporación ofíciase a la secretaria de Educación del Departamento de Caldas para que en un término de diez (10) días contados a partir del recibo del correspondiente oficio, se allegue

copia del acto de nombramiento de la señora María Amparo Arias Escobar identificada con cédula de ciudadanía nro. 24.367.550, y los demás antecedentes administrativos de los actos administrativos demandados.

TERCERO: NIÉGASE las pruebas solicitadas por las partes demandadas.

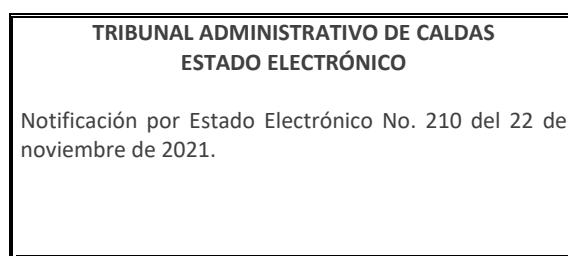
CUARTO: FÍJASE el litigio con el siguiente problema jurídico:

➤ ¿Le asiste derecho a la demandante a que se le reliquidan las cesantías aplicándole el régimen retroactivo?

QUINTO: SE ADVIERTE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, este es, sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo electrónico se tendrá por no presentado.
no presentado.

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: **f0d416f7113d9f16789aa41f8abbf00c5cb2799f6fbc90368ba2f20c6189022**
Documento generado en 19/11/2021 10:35:28 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**